



# Einschränkungen von Grundrechten Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen

Vorlesungen vom 20. und 27. Oktober 2016

BGK § 30 VI, VII und VIII

**Vorbereitung:** Lektüre von Dokument 6 (BGE 128 I 327)



Gründe für die Relativierung und Einschränkung von Grundrechten:

- Koordination mit den Grundrechten Dritter
- Koordination mit öffentlichen Interessen

Art. 36 BV

- nennt die Einschränkungsvoraussetzungen allgemein.
- ist auf die Einschränkung der Freiheitsrechte zugeschnitten, gilt aber – entsprechend differenziert – für alle Grundrechte.

Art. 36 BV setzt um

- Legalitätsprinzip (Art 5 Abs. 1 BV)
- Grundsatz des öffentlichen Interesses (Art. 5 Abs. 2 BV)
- Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV)



- Voraussetzungen für die Einschränkung entwickelt an den klassischen Freiheitsrechten.
- Es kann jedoch jedes Grundrecht eingeschränkt werden, nicht nur die Freiheitsrechte.
- Absolute Grenze für jede Einschränkung: Kerngehalt des jeweiligen Grundrechts (Art. 36 Abs. 4 BV)



## Prüfkriterien bei der Einschränkung von Freiheitsrechten (1/2)

Gächter, BGK, § 30 N 93

### 1. Frage: Welche Freiheitsrechte sind berührt?

- Wird durch die kritisierte Handlung der **Schutzbereich** eines Freiheitsrechtes berührt?
- Stellt die Handlung einen **Eingriff** in den Schutzbereich dar?
- Erfolgt die Handlung durch ein **grundrechtsverpflichtetes Gemeinwesen** (Bund, Kanton, Gemeinde etc.)?
- Ist die Person, die sich verletzt fühlt, **Träger** des betreffenden Freiheitsrechtes?
- **Falls mehrere Schutzbereiche berührt** sind (also eine Grundrechtskonkurrenz vorliegt): Ist der Schutzbereich des einen Grundrechts spezieller als derjenige eines anderen Grundrechts? Oder müssen alle Schutzbereiche geprüft werden?

Falls die ersten vier Fragen alle mit «ja» beantwortet → Weiter zur 2. Frage (Frage nach der Verletzung).

Falls eine der ersten vier Fragen mit «nein» beantwortet → Prüfung abbrechen. Es kann keine Grundrechtsverletzung vorliegen.



## Prüfkriterien (2/2)

### 2. Frage: **Falls ein Freiheitsrecht berührt ist: Wird es verletzt?**

- Gibt es für den betreffenden Eingriff (d.h. für die kritisierte Handlung oder Unterlassung)
  - eine genügende gesetzliche Grundlage?
  - einen zulässigen Eingriffszweck?
- Wahrt der betreffende Eingriff die Verhältnismässigkeit?
- Wird der Kerngehalt des betreffenden Freiheitsrechtes gewahrt?

Falls alle vier Fragen mit «ja» beantwortet → keine Verletzung.

Falls auch nur eine der vier Fragen mit «nein» beantwortet → Verletzung.



## Weitere Fragen im Zusammenhang mit der Einschränkung von Freiheitsrechten

3. Weitere Fragen, sofern diesbezüglich Zweifel bestehen:

- Ist das handelnde Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde etc.) zuständig?
- Ist die handelnde Behörde zuständig?
- Sind die einschlägigen Verfahrensvorschriften eingehalten worden?
- Ist in der richtigen Form gehandelt worden?



## Unterschiedliche Terminologie – gleicher Inhalt

Berührtsein des Freiheitsrechts (1. Frage)	Verletzung des Freiheitsrechts (2. Frage)
Gächter, BGK 30 N 93, fragt: Ist das Freiheitsrecht berührt (= tangiert)?	Gächter, BGK 30 N 93, fragt: Wird das Freiheitsrecht verletzt?
Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 304, fragen: Liegt ein Eingriff in einen durch ein Freiheitsrecht geschützten Bereich vor?	Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rz. 304, fragen: Ist der Eingriff rechtmässig?
Beide Lehrbücher meinen dasselbe.  Sie prüfen, ob der <b>Schutzbereich des betreffenden Grundrechts</b> betroffen ist, ob sich der Vorgang im geschützten Bereich abspielt. Die Antwort ergibt sich nicht aus Art. 36 BV, sondern durch Auslegung der Bestimmungen über das jeweilige Grundrecht.	Beide Lehrbücher meinen dasselbe.  Sie prüfen den fraglichen Eingriff auf die von <b>Art. 36 BV</b> genannten Kriterien.



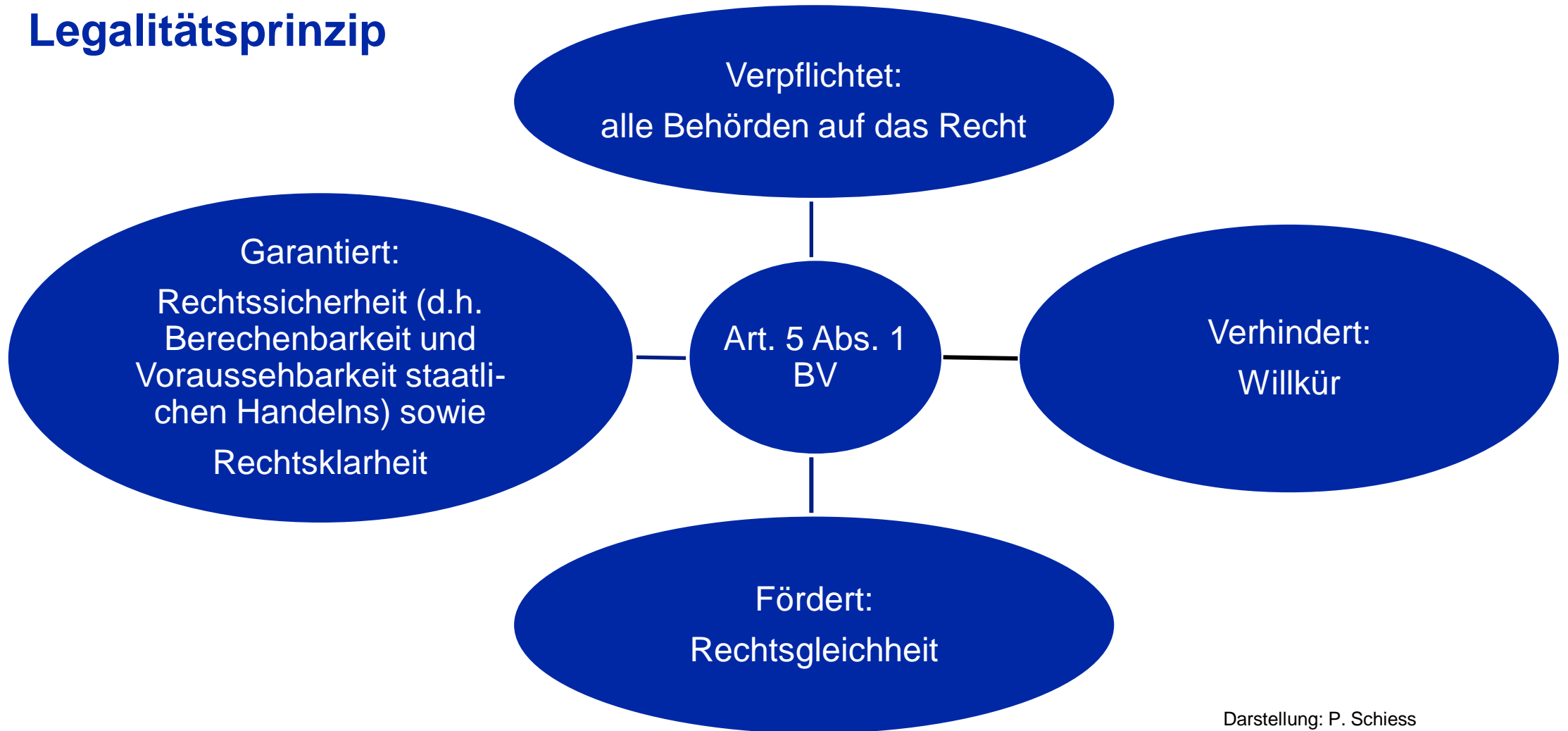
## Formen von Grundrechtseingriffen

Eingriffe können verschiedene Formen aufweisen:

- Förmliche staatliche Anordnung (insbesondere in einem Gesetz oder mittels Verfügung) z.B.
  - Auferlegen einer Pflicht
  - Aussprechen eines Verbots
- Realakt (z.B. Handlung eines Polizeibeamten)
- Unterlassung
- Reflexwirkungen einer staatlichen Handlung (wodurch das betreffende Grundrecht eine mittelbare Beeinträchtigung erlebt, die sich so auswirkt wie ein Eingriff)



## Legalitätsprinzip



Darstellung: P. Schiess



## Folgen des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) für die Einschränkung von Grundrechten: Genügende gesetzliche Grundlage (1/3)

Grundrechtseinschränkungen sind grundsätzlich **nur dann zulässig, wenn**

- **sie sich auf einen Rechtssatz stützen können**, der bestimmten qualitativen Kriterien genügt

→ Erforderlich ist eine **generell-abstrakte Norm** (= Erfordernis des Rechtssatzes)

Ausnahme gemäss Praxis des BGer: Benützung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch kann ohne generell-abstrakte Grundlage

– einer Bewilligungspflicht unterstellt werden.

– eingeschränkt oder verboten werden.

Lehre kritisiert diese Ausnahme und fordert immer eine generell-abstrakte Norm.

→ Die generell-abstrakte Norm muss **genügend bestimmt** sein (= Erfordernis der genügenden Normdichte)

Ausnahme: Geringere Anforderungen im Polizeirecht

- **sie hinreichend legitimiert sind** durch einen demokratischen Entscheid (siehe nächste Folie)



## Genügende gesetzliche Grundlage (2/3)

Grundrechtseinschränkungen sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn

- sie hinreichend legitimiert sind durch einen demokratischen Entscheid

→ Erforderlich ist **für schwerwiegende Eingriffe** eine Norm, die sich in einem **Gesetz im formellen Sinn** findet (= Anforderung an die Normstufe)

Anforderung an die Normstufe ist explizit verankert in Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV und Art. 164 Abs. 1 Bst. b BV.

→ Für nicht schwerwiegende Eingriffe braucht es keine Norm in einem Gesetz im formellen Sinn. D.h. eine Norm in einer Verordnung genügt, sofern sich die Normen der Verordnung ihrerseits auf Vorgaben in einem Gesetz im formellen Sinn stützen können.



## Genügende gesetzliche Grundlage (3/3)

Polizeiliche Generalklausel als Ausnahme von

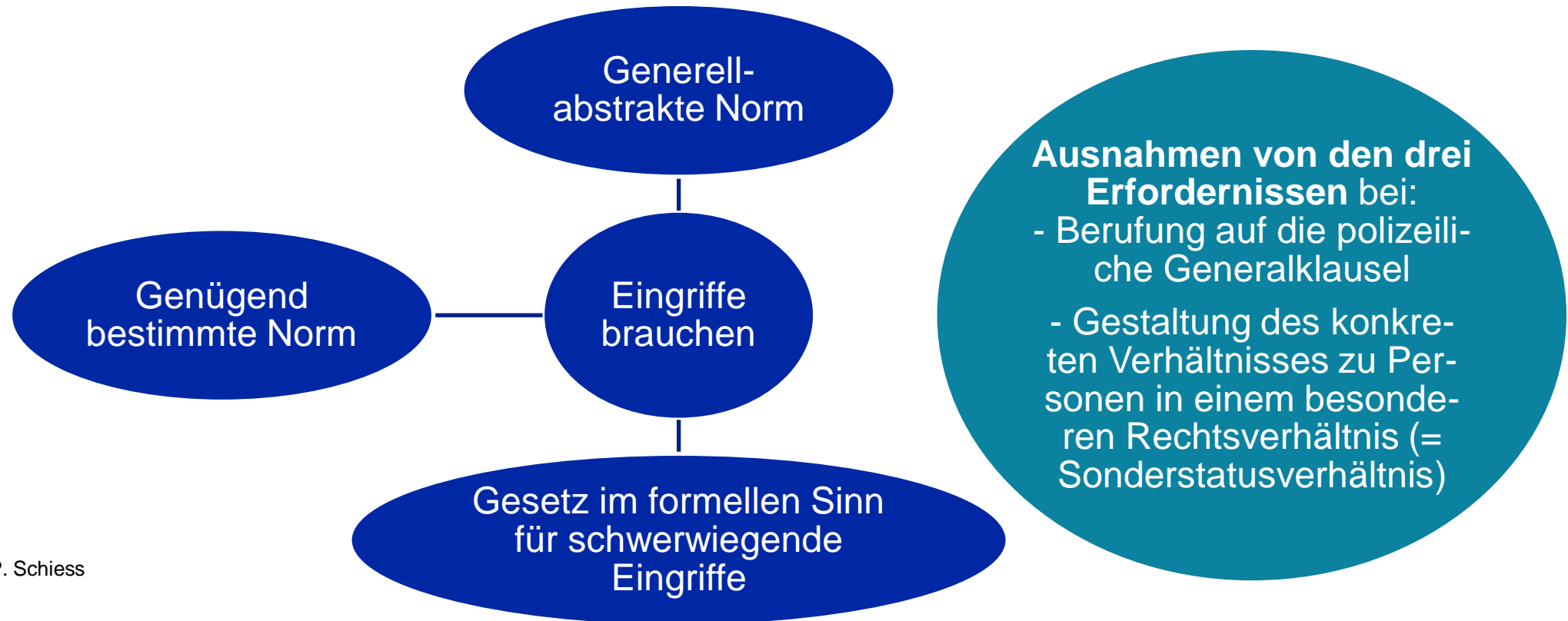
- Erfordernis des Rechtssatzes
- Erfordernis der genügenden Normdichte
- Anforderung an die Normstufe

Voraussetzung für die Anrufung der **polizeilichen Generalklausel** (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV):

Eine **ernste, unmittelbare** (d.h. Gefahr ist bereits eingetreten oder wird sich sehr bald realisieren) und **nicht anders abwendbare Gefahr**.

Der in einer solchen Situation ohne gesetzliche Grundlage erfolgende Grundrechtseingriff muss jedoch dem Schutz eines hochwertigen öffentlichen Interesses dienen. Zudem muss er verhältnismässig sein und darf nicht in den Kerngehalt der betroffenen Grundrechte eingreifen.

## Zusammenfassung zur genügenden gesetzlichen Grundlage



Darstellung: P. Schiess



## **Folgen der Verpflichtung auf die Wahrung öffentlicher Interessen (Art. 5 Abs. 2 BV) für die Einschränkung von Grundrechten: Genügendes öffentliches Interesse (1/3)**

Prüfung, ob ein legitimes Interesse vorliegt, das den Eingriff rechtfertigt, für jeden Grundrechtseingriff gesondert vornehmen.

D.h. sauber darstellen, für welche einzelne Handlung man die Prüfung vornimmt. Detailliert aufzählen, welche Aspekte durch welche Anordnungen, Handlungen, Unterlassungen etc. wie einschneidend beeinträchtigt werden.

Gründe hierfür:

- Nicht jedes Interesse rechtfertigt jeden Eingriff.
- Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit ist das angerufene öffentliche Interesse gegenüber dem betroffenen privaten Interesse zu gewichten.



## Genügendes öffentliches Interesse (2/3)

Keine abschliessende Aufzählung der öffentlichen Interessen in Verfassung und Gesetz.

(= Offenheit des Kreises der öffentlichen Interessen)

Die öffentlichen Interessen stehen nicht ein für allemal fest. Sie können sich im Laufe der Zeit und regional unterschiedlich entwickeln.

(= inhaltliche Wandelbarkeit der öffentlichen Interessen)

## Genügendes öffentliches Interesse (3/3)

Ökologische  
Interessen:  
Raumpla-  
nung, Umwelt-  
schutz

Klassisches  
öffentliches  
Interesse:  
Schutz der  
Polizeigüter

Kulturelle  
Interessen

Soziale  
Interessen

Wissen-  
schaftliche  
Interessen

Polizeigüter sind:  
Öffentliche **Ordnung**, öffentliche **Sicherheit**,  
öffentliche **Gesundheit**, öffentliche **Ruhe**,  
öffentliche **Sittlichkeit**, **Treu und Glauben im**  
**Geschäftsverkehr**

Darstellung: P. Schiess





## Schutz von Grundrechten Dritter als rechtfertigendes Eingriffsinteresse (Art. 36 Abs. 2 BV)

Relevant in den Fällen der Grundrechtskollision (d.h. wenn grundrechtlich geschützte Positionen verschiedener Personen einander gegenüberstehen und der Schutz der einen Person nur durch Einschränkungen gegenüber einer anderen Person erreicht werden kann).

Aufgabe des Gesetzgebers:

Normen erlassen, die den verschiedenen Positionen so weit als möglich gerecht werden.

Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden:

Die Interessenabwägung gestützt auf die gesetzlichen Vorgaben vornehmen.

EGMR legt Wert darauf, dass die nationalen Behörden bei der Anwendung von zivilrechtlichen Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz und von strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz vor Rassendiskriminierung den Sachverhalt sorgfältig erstellen und eine Interessenabwägung vornehmen.



## EGMR, CICAD c. Suisse, n° 17676/09, Urteil vom 7. Juni 2016 (1/2)

Zusammenfassung unter:

<http://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/egmr/ch-faelle-dok/meinungsaeusserung>

Verein CICAD bezeichnet Äusserungen von Prof. W.O. als antisemitisch. Auf Klage von W.O. stellen alle drei Schweizer Instanzen (siehe BGer 5A\_75/2008, Urteil vom 28. Juli 2008) eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB fest und verpflichten den Verein u.a., den betreffenden Text gestützt auf Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vom Netz zu nehmen.

Es stehen sich gegenüber: Art. 10 EMRK (Meinungsäusserungsfreiheit des Vereins) ↔ Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens von W.O.), Art. 10 EMRK (Meinungsäusserungsfreiheit von Prof. W.O.)

Der EGMR prüft, ob die Schweizer Instanzen bei der Anwendung von Art. 28 und Art. 28a ZGB die Tatsachen korrekt ermittelt haben und die Interessenabwägung ausgewogen vorgenommen haben.



## EGMR, CICAD c. Suisse, n° 17676/09, Urteil vom 7. Juni 2016 (2/2)

§ 46 «(...) la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10, et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...).»

§ 48 (...) «Si la mise en balance de ces deux droits par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes (...).»

§ 53 (...) «**Les tribunaux suisses ont examiné en détail les passages concernés** et ont conclu qu'ils ne pouvaient pas être interprétés comme antisémites, et ce quelle que fût la définition pertinente – traditionnelle ou moderne – retenue. (...).»

§ 63 «Enfin, la Cour observe que, **après avoir soigneusement mis en balance les droits concurrents** dans la présente affaire (...), **les juridictions nationales ont conclu que W.O. n'avait pas à tolérer** l'atteinte à ses droits de la personnalité (...). (...), la Cour conclut que les motifs avancés par les juridictions suisses pour justifier l'ingérence dans le droit de l'association requérante à la liberté d'expression étaient «pertinents et suffisants» aux fins de l'article 10 § 2 de la Convention.»

## Folgen des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 3 BV) für die Einschränkung von Grundrechten: Wahrung der Verhältnismässigkeit

Explizite Erwähnung der Wahrung der Verhältnismässigkeit als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Einschränkungen der Grundrechte in Art. 36 Abs. 3 BV.

Referenzpunkt ist

- das geltend gemachte öffentliche Interesse.
- respektive der Schutz des angerufenen Grundrechts eines Dritten.





## Wahrung der Verhältnismässigkeit

Prüfung jedes Eingriffs, jeder einschränkenden Handlung, Massnahme etc. auf:

### 1. Eignung?

Erreicht die Massnahme den **angestrebten Zweck**, das vom Gesetzgeber oder der anwendenden Behörde genannte Ziel?

Gemäss Praxis genügt in der Regel, wenn eine Massnahme nicht ungeeignet ist oder das Erreichen des Zweckes zumindest nicht vereitelt.

### 2. Erforderlichkeit?

Kann das Ziel **mit einer milderer Massnahme**, die den Betroffenen weniger belastet, ebenfalls erreicht werden?

Prüfung mit Blick auf die Auswirkungen der Massnahme in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht. Der Eingriff soll so gezielt wie möglich, so kurz wie möglich und gegen möglichst wenige Personen erfolgen.

### 3. Zumutbarkeit für den betroffenen Grundrechtsträger (= Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, Abwägung von öffentlichem und privatem Interesse)?



## Respekt vor dem Kerngehalt des Grundrechts (Art. 36 Abs. 4 BV)

Kerngehalt des Grundrechts ist jederzeit zu wahren.

Eine Verletzung des Kerngehalts kann jederzeit geltend gemacht werden (auch nach Ablauf von Rechtsmittelfristen).

Schwierig vorstellbar, dass ein Eingriff verhältnismässig ist, aber das Grundrecht so stark «aushöhlt», dass eine Verletzung des Kerngehalts bejaht werden müsste.

Wenn ein Eingriff so schwerwiegend erscheint, dass man sich fragt, ob er den Kerngehalt verletzt ist, so beginnt man die Prüfung am besten gleich mit dieser Frage.

In den anderen, weniger schweren Fällen: Sinnvoll, nach der Feststellung der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch noch zu prüfen, ob eventuell sogar der Kerngehalt nicht respektiert wurde.



## Typische Fälle der Bezugnahme des BGer auf den Kerngehalt

Qualifikation des Eingriffes, bevor seine Zulässigkeit im Detail geprüft wird

BGE 135 I 84 f.: Erw. 5.1 «(...) Zum nicht einschränkbar Kernbereich gehört einzig die innere Religionsfreiheit im Sinne der inneren Überzeugung; die äussere Glaubensfreiheit kann hingegen unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden (...). Erw. 5.2 **Dass** die in Frage stehende Verpflichtung (i.c. gemischtgeschlechtlicher Schwimmunterricht an der Primarschule) **nicht den unantastbaren Kerngehalt der Religionsfreiheit berührt, liegt auf der Hand.** Betroffen (i.c. durch die Pflicht zur Teilnahme am Schwimmunterricht) sind Konflikte, die daraus entstehen können, dass gewisse kulturell-religiös verankerte, inhaltlich jedoch das Alltagsleben betreffende Verhaltensnormen mit der in der Schweiz geltenden staatlichen Rechtsordnung kollidieren. (....)»

Bestätigung der Schwere des bereits festgestellten Eingriffes

BGE 132 V 388 Erw. 3.1: «Denn es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines für ihn nachteiligen Verwaltungsaktes zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann.»



## Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen

### Mögliche Reaktionen auf Grundrechtsverletzungen

- Direkt gegenüber dem Betroffenen
  - Restitution (d.h. Wiederherstellung des grundrechtskonformen Zustandes, Beseitigung des Eingriffes)
    - Bsp. Aufhebung oder Nichtanwendung einer Norm, Aufhebung eines Entscheides
  - Kompensation (finanzielle Entschädigung, Realkompensation)
- Gegenüber jedermann
  - Vermeidung künftiger Grundrechtsverletzungen (Prävention) z.B. durch
    - Gesetzesänderungen (Aufhebung der betreffenden Normen, Einführung neuer Straftatbestände, Anpassungen im Disziplinarverfahren)
    - Schulung von Behördenmitgliedern, Neufassung von internen Richtlinien
    - Schaffung von niederschweligen Anlaufstellen





## Vorgaben der EMRK

Recht auf wirksame Beschwerde (bei einer innerstaatlichen Instanz)

Art. 13 EMRK: Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

Prozedurale Schutzpflichten («effective judicial system») in den Fällen von Tötungen und Körperverletzungen, abgeleitet aus Art. 2 EMRK. (siehe nächste Folie)

Gerechte Entschädigung (bei Feststellung einer Verletzung durch den EGMR)

Art. 41 EMRK: Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, wenn dies notwendig ist.

Überwachung des Vollzugs der Urteile des EGMR durch den Ministerrat (ein Organ des Europarates):  
Art. 46 EMRK



## Vorgaben der EMRK: Effective judicial system

EGMR, *Budayeva and others v. Russia*, nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02, Urteil vom 20.03.2008 (Dokument 7)

§ 131 «The obligation on the part of the State to safeguard the lives of those within its jurisdiction has been interpreted so as to include both substantive and procedural aspects, notably a positive obligation to take regulatory measures and to adequately inform the public about any life-threatening emergency, and **to ensure that any occasion of the deaths caused thereby would be followed by a judicial enquiry** (Öneryıldız, § § 89-118).»

§ 138 «(...) Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response – judicial or otherwise – so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished (see, *mutatis mutandis*, *Osman*, p. 3159, § 115, and *Paul and Audrey Edwards*, § 54).»

139. «In this connection, the Court has held that if the infringement of the right to life or to physical integrity is not caused intentionally, the positive obligation to set up an “**effective judicial system**” does not necessarily require criminal proceedings to be brought in every case and may be satisfied if civil, administrative or even disciplinary remedies were available to the victims (see, for example, *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 90; *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 51; and *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, § § 90 and 94-95).»