

UNIVERSITÄT
LUZERN



PROF. DR. BERNHARD RÜTSCHÉ
ORDINARIUS FÜR ÖFFENTLICHES RECHT

EXPRESS-FORTBILDUNG FÜR
ANWÄLTINNEN UND ANWÄLTE

**AKTUELLE ENTWICKLUNGEN
IM VERWALTUNGSRECHT**

20. OKTOBER 2021
DIGITAL (ZOOM)

INHALTSÜBERSICHT

1. Rechtsweggarantie
2. Recht auf wirksame Beschwerde
3. Beschwerdefrist
4. Verweigerung der Akteneinsicht
5. Abstimmungsbeschwerde
6. Beschwerde gegen Rückzug einer Volksinitiative
7. Ausschlussgrund im Bereich Elektrizitätsrecht
8. Stellung ehemaliger Organe im Kartellverfahren
9. Qualifikation einer Siedlungsverordnung

RECHTSWEGGARANTIE

Bundesgerichtsentscheid

- **BGE 147 I 333** – Entschädigungsgesuch gestützt auf COVID-Verordnung Kultur vom 20. März 2020
- Rechtliches Thema: **Ausschluss des Rechtswegs** in der COVID-Verordnung Kultur
- Anwendbares Recht: **Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur; Art. 29a BV; Art. 86 BGG**

Sachverhalt

- Die Gesellschaft A. SA (Sitz im Kanton Waadt; Tätigkeitsbereich: Feuerwerke) reicht beim Amt für kulturelle Belange des Departements für Bildung, Jugend und Kultur des Kantons Waadt (nachfolgend: kantonales Amt) **Gesuch um Entschädigung** für finanzielle Verluste ein, da Unmöglichkeit der Durchführung vieler 1. August-Feuerwerke.
- **Abweisung** des Gesuchs durch das kantonale Amt; Begründung: Tätigkeitsbereich der A. SA falle nicht in Anwendungsbereich der COVID-Verordnung Kultur.
- A. SA erhebt **subsidiäre Verfassungsbeschwerde** beim Bundesgericht.

RECHTSWEGGARANTIE

Erwägung 1

- **Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur:** «Gegen Entscheide in Vollzug dieser Verordnung stehen keine Rechtsmittel offen.»
- Frage: **Verfassungsmässigkeit von Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur** unter Blickwinkel des Rechts auf Zugang zu einem Gericht?
- COVID-Verordnung Kultur stützt sich auf **Art. 185 Abs. 3 BV**. Es handelt sich um eine gesetzesvertretende, von einem Bundesgesetz unabhängige (selbständige) Verordnung, deren Verfassungskonformität gerichtliche Behörden überprüfen und der bei Verfassungswidrigkeit die Anwendung zu versagen ist.
- **Art. 29a BV:** «Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die **richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.**»
- **Ausnahmefälle:** kaum justiziable, politische Entscheide

RECHTSWEGGARANTIE

Erwägung 1

- **In casu kein Ausnahmefall**
 - kein Unterschied zu **anderen Entscheiden der Leistungsverwaltung** (z.B. Subventionierung der Tätigkeit in Filmbranche), die bei Gericht anfechtbar sein müssen
 - Vollzug der COVID-Verordnung Kultur wirft **keine überwiegend politischen Fragen** auf
 - Erfordernis eines **raschen Handelns des Staates** kann Ausschluss jeglichen Zugangs zu Gericht nicht rechtfertigen (andere prozessuale Massnahmen verfügbar: z.B. Entzug der aufschiebenden Wirkung, Verkürzung der Beschwerdefristen etc.)
- Frage: Möglichkeit einer **direkten Beschwerde ans Bundesgericht** im vorliegenden Fall?
 - Für den angefochtenen kantonalen Entscheid braucht es eine **richterliche Vorinstanz im Kanton** (Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 86 Abs. 2 BGG).
 - Tatsache, dass angefochtener Entscheid des kantonalen Amts Ausschluss des Rechtswegs vorsieht, ermächtigt Beschwerdeführerin nicht, direkt ans Bundesgericht zu gelangen

RECHTSWEGGARANTIE

Ergebnis

- **Art. 11 Abs. 3 COVID-Verordnung Kultur verletzt Art. 29a BV** und ist nicht anwendbar
- Bundesgericht **tritt** auf die Beschwerde **nicht ein** und **überweist** die Sache an die mutmasslich zuständige kantonale Gerichtsbehörde (Kantonsgericht Kanton Waadt)

Hinweis

- Die **neue Covid-19-Kulturverordnung** vom 14. Oktober 2020 enthält keine Bestimmung mehr, welche die Beschwerdemöglichkeit einschränkt

RECHT AUF WIRKSAME BESCHWERDE

Bundesgerichtsentscheid

- **BGE 147 I 280** – Funk- und Kabelaufklärung
- Rechtliches Thema: **Anspruch auf materielle Beurteilung von Gesuchen** betreffend geheime Überwachungsmaßnahmen gemäss Nachrichtendienstgesetz (NDG)
- Anwendbares Recht: Art. 38 ff. NDG; **Art. 25 Abs. 1 DSG**; **Art. 13 EMRK**; Art. 34 EMRK

Sachverhalt

- Der Verein Digitale Gesellschaft sowie mehrere Privatpersonen (u.a. Medienschaffende und ein Anwalt) machen mit **Gesuch an Nachrichtendienst des Bundes (NDB)** u.a. Widerrechtlichkeit der Funk- und Kabelaufklärung geltend und verlangen deren Unterlassung.
- **Antwortschreiben des NDB: Kein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellenden**, weshalb Voraussetzungen für Erlass einer Verfügung über Realakte nicht gegeben seien.
- **Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht** mit dem Antrag, NDB sei zum Erlass einer Verfügung zu verpflichten; BVGer weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.
- **Beschwerde ans Bundesgericht.**

RECHT AUF WIRKSAME BESCHWERDE

Erwägung 6

- **Funk- und Kabelaufklärung:** Im NDG vorgesehen; anlasslose Erfassung und Durchsuchung von Funksignalen und grenzüberschreitenden Datenströmen; daraus ergebende Informationen können bestimmten Personen zugeordnet werden → Personendaten i.S.v. Art. 3 lit. a DSGVO
- **Besonderheit im vorliegenden Fall:** Gesuche nicht gegen individuell-konkrete Massnahmen, sondern **gesamtes System der Funk- und Kabelaufklärung** gerichtet
- Für Gesuch um Unterlassung, Folgenbeseitigung oder Feststellung eines widerrechtlichen Bearbeitens von Personendaten nach **Art. 25 Abs. 1 DSGVO** ist ein **schutzwürdiges Interesse** erforderlich:
 - Wird bejaht, wenn Gesuch Daten betrifft, die sich direkt auf den Gesuchsteller beziehen oder Rückschlüsse auf ihn zulassen
 - Funk- und Kabelaufklärung erfasst auch Grossteil der inländischen Kommunikation, die über Netzwerke und Server im Ausland erfolgt → Beschwerdeführer sind potenziell von Funk- und Kabelaufklärung betroffen, jedoch **gleich betroffen wie alle anderen**
 - Beschwerdeführer 4–6 (Medienschaffende) und Beschwerdeführer 8 (Anwalt) sind **spezieller betroffen** aufgrund Schutz des Redaktionsgeheimnisses, Quellenschutz und Anwaltsgeheimnis

RECHT AUF WIRKSAME BESCHWERDE

Erwägung 7

- Frage: Können alle Beschwerdeführende (unabhängig vom Bestehen eines Berufsgeheimnisses) **Anspruch auf materielle Behandlung ihrer Gesuche** aus Art. 13 EMRK ableiten?
- **Art. 13 EMRK** gewährleistet mindestens, dass eine Person, die **in vertretbarer Weise behauptet, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein**, bei einer nationalen Instanz (Gericht oder Verwaltungsbehörde) eine wirksame Beschwerde einlegen kann
- **Einschränkungen** möglich bei geheimen Überwachungsmaßnahmen, wenn:
 - überwiegende Geheimhaltungsinteressen und
 - Vereinbarkeit des Überwachungssystems mit Art. 8 EMRK, d.h. angemessene und wirksame Garantien gegen Missbrauch

RECHT AUF WIRKSAME BESCHWERDE

Erwägung 7

- **Art. 13 EMRK** ist vor Hintergrund der **Subsidiarität der Individualbeschwerde an den EGMR** zu sehen (Art. 35 Ziff. 1 EMRK): Jede Person, die befugt ist, Beschwerde an EGMR wegen Verletzung der EMRK zu führen, muss Möglichkeit haben, ihre Ansprüche zuvor vor einem innerstaatlichen Gericht oder innerstaatlichen unabhängigen Behörde überprüfen zu lassen
- Zur Individualbeschwerde ist grundsätzlich diejenige Person befugt, die von einem Vollzugsakt **direkt betroffen** ist
- In der Regel keine **Beschwerden gegen Gesetz in abstracto** – **Ausnahmen** insbesondere bei geheimen Überwachungsmaßnahmen, wenn wegen des geheimen Charakters keine persönlich berührende Massnahmen getroffen werden
- **Grundsatzentscheid *Roman Zakharov gegen Russland* vom 4.12.2015:**
 - Besteht innerstaatlich kein wirksamer Rechtsschutz, ist jedermann, der in Anwendungsbereich des Gesetzes fällt, beschwerdebefugt, ohne auch nur behaupten zu müssen, konkret Opfer von Überwachungsmaßnahmen geworden zu sein
 - Besteht innerstaatlich wirksamer Rechtsschutz, müssen Beschwerdeführer darlegen, **mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit dem Risiko einer solchen Überwachung ausgesetzt** zu sein.

RECHT AUF WIRKSAME BESCHWERDE

Erwägung 8

- Erfassen und Durchsuchen von Daten stellt **grundrechtsrelevanten Eingriff** dar, der die für Art. 13 und 8 EMRK nötige minimale Intensität erreicht.
- Es besteht **hinreichende Wahrscheinlichkeit**, dass Daten der Beschwerdeführer von geheimen Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung betroffen werden, weshalb ihre «Opfereigenschaft» nach Art. 13 und 34 EMRK zu bejahen ist.

Erwägung 9

- **Keine abstrakte Normenkontrolle von Bundeserlassen** (auch nicht auf Umweg über eine Feststellungsverfügung). Bei echtem Normkonflikt zwischen Bundesrecht und EMRK, die Menschenrechte zum Gegenstand hat, geht aber EMRK vor
- **Grundsätzlich genügt Einzelaktkontrolle** zur Sicherstellung eines wirksamen Grundrechtsschutzes. So auch Rechtsprechung des EGMR, wonach in der Regel nur Vollzugsakte mit Individualbeschwerde anfechtbar sind.
- **Ausnahme:** Es ist **nicht möglich oder unzumutbar**, Anwendungsakt abzuwarten oder zu verlangen und innerstaatlich anzufechten.

RECHT AUF WIRKSAME BESCHWERDE

Erwägung 9

- Massnahmen im Rahmen der Funk- und Kabelaufklärung sind **geheim** und werden den Betroffenen auch nachträglich nicht bekannt gegeben. Unter Umständen Aufschub der Auskunft bei überwiegenden Geheimhaltungsinteressen um mehrere Jahrzehnte. Zudem stellen die in den Systemen des NDB gespeicherten Daten nur einen Bruchteil der erfassten Daten dar.
- Datenschutzrechtlicher Auskunftsanspruch (Art. 8 DSG) ermöglicht somit **keinen wirksamen Rechtsschutz im Einzelfall**. Beschwerdeführende haben keine Möglichkeit, konkrete sie betreffende Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung anzufechten; sie sind darauf angewiesen, System der Funk- und Kabelaufklärung in der Schweiz als solches überprüfen zu lassen.
- Dabei handelt es sich **nicht um eine abstrakte Normenkontrolle**: Nicht das Gesetz, sondern die **vermutete Erfassung von Daten ist Prüfungsgegenstand**.

Ergebnis

- **Gutheissung** der Beschwerde und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung.

BESCHWERDEFRIST

Bundesgerichtsentscheid

- **BGer 1C_40/2021 vom 22. April 2021** – Konzessionsentscheid
- Rechtliches Thema: Zulässigkeit des **Versands von Entscheiden mit A-Post Plus**
- Anwendbares Recht: **VRG/TG; Art. 29 Abs. 2 und Art. 29a BV**

Sachverhalt

- B. und C. stellen ein **Gesuch um Erneuerung einer Konzession** für die Nutzung einer Seeuferaufschüttung. Die A. AG erhebt **Einsprache**.
- Das Departement für Bau und Umwelt des Kantons Thurgau schreibt das Konzessionsgesuch und die Einsprache als **gegenstandslos** ab; Begründung: für die seit Jahrzehnten existierende Seeuferaufschüttung brauche es keine Konzession mehr.
- Der **Abschreibungsentscheid** wird **per A-Post Plus** an Rechtsvertreter der A. AG versandt. Gemäss «Track & Trace»-Auszug der Post wird Entscheidung am 25. August 2020 um 6:14 Uhr ins Postfach der Anwaltskanzlei des Rechtsvertreters gelegt.
- Am 15. September 2020 erhebt A. AG **Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau**, welches auf diese **nicht eintritt**; Begründung: **Rechtsmittel sei verspätet**, da die 20-tägige Beschwerdefrist am 14. September 2020 abgelaufen sei
- **Beschwerde ans Bundesgericht** mit Antrag, Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben

BESCHWERDEFRIST

Erwägung 2

- **Rüge der Beschwerdeführerin: Beschwerde ans Verwaltungsgericht sei rechtzeitig** erfolgt. Versand fristauslösender Entscheide dürfe **nicht mittels A-Post Plus**, sondern müsse mit eingeschriebener Postsendung oder auf andere Weise **gegen Empfangsbestätigung** erfolgen. Zudem sei Entscheid – entgegen «Track & Trace»-Auszug – erst am 26. August 2020 im Postfach der Kanzlei eingegangen.

Erwägung 3

- Verfügungen bzw. Entscheide gelten als eröffnet, sobald sie **ordnungsgemäss zugestellt** sind und die betroffene Person davon **Kenntnis nehmen kann**.

Erwägung 4

- Hinweis: In **zivilprozessualen Verfahren** und im **Strafverfahren** erfolgt Zustellung durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise durch Empfangsbestätigung (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO und Art. 85 Abs. 2 StPO).
- **Fehlt – wie im VRG/TG – eine gesetzliche Regelung über Art der Zustellung** und schweigen auch Materialien zu dieser Frage, können die Behörden die **Art des Versands frei wählen**; dies unter der Voraussetzung, dass die Eröffnung so erfolgt, dass es Adressat möglich ist, von der Verfügung Kenntnis zu erlangen.

BESCHWERDEFRIST

Erwägung 4

- Bundesgericht räumt ein, dass **A-Post-Plus-Versand** den Zugang zu Gerichten in einer im Lichte der **Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)** problematischen Weise erschweren und mit Beeinträchtigung des **rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV)** verbunden sein kann.
 - Empfang wird durch Empfänger nicht quittiert; **keine Abholungseinladung**
 - Empfänger, welcher weder vom Inhalt der Sendung Kenntnis hat, noch um Tatsache weiss, dass überhaupt eine Zustellung erfolgt ist, muss hinnehmen, dass er **Rechtsmittelfrist verpasst**
- Demgegenüber könnte bei **Zustellung mittels Einschreiben** der Adressat, der nicht angetroffen wird, die Abholung der Sendung bewusst bis zum letzten Tag der Abholfrist von 7 Tagen hinauszögern, ohne dass Rechtsmittelfrist verkürzt würde
- Erfolgt **A-Post-Plus-Versand im Rahmen eines hängigen Verfahrens** und mussten Verfahrensbeteiligte deshalb mit Zustellung einer Verfügung oder Entscheids rechnen, sind die genannten Nachteile jedoch hinzunehmen (zumindest wenn Beteiligte rechtsvertreten sind). Anders, wenn noch **kein Prozessrechts- oder Verfahrensverhältnis** begründet worden ist (diesfalls greift auch Zustellfiktion bei eingeschriebenen Sendungen nicht).

BESCHWERDEFRIST

Erwägung 4

- Dem **kantonalen Gesetzgeber** ist es mit Blick auf Art. 29a und Art. 29 Abs. 2 BV somit **freigestellt, ob** er für Zustellung eines **im hängigen Verfahren** ergangenen und per Post versandten Entscheids eine Empfangsbestätigung voraussetzt oder nicht
- **Zwischenergebnis**
 - vorliegend stand die rechtsvertretene Beschwerdeführerin aufgrund der Einsprache in einem **Prozessrechtsverhältnis**
 - **keine Verletzung von Bundesrecht**, soweit Vorinstanz die vom Departement gewählte Zustellungsart A-Post-Plus als zulässig erachtet hat

BESCHWERDEFRIST

Erwägung 5

- Mit «**Track & Trace**»- **Auszug der Post** wird nicht direkt bewiesen, dass Sendung tatsächlich in Empfangsbereich des Empfängers gelangt ist, sondern bloss, dass Post Eintrag in Erfassungssystem gemacht hat. Indiz bzw. **natürliche Vermutung**, dass Sendung in Briefkasten oder Postfach des Adressaten gelegt wurde. Um Vermutung umzustossen, müssen **konkrete Anzeichen für Zustellungsfehler** vorhanden sein.
- Die Vorinstanz hat in bundesrechtskonformer Würdigung **konkrete Anzeichen für Zustellungsfehler verneint**. Beschwerdeführerin kann aus Darstellung, dass Kanzlei so organisiert war, dass Post an (Werk-)Tagen täglich aus Postfach geholt wurde, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Sendung am 25. August 2020 ins Postfach gelegt und aufgrund Versehen unbeachtet blieb.

Ergebnis

- **Abweisung** der Beschwerde

VERWEIGERUNG DER AKTENEINSICHT

Bundesgerichtsentscheid

- **BGer 1C_597/2020 vom 14. Juni 2021** (zur Publikation vorgesehen) – Auskunftsgesuch betreffend Daten in den Informationssystemen des fedpol
- Rechtliches Thema: **zulässige Auskunftsverweigerung** betreffend Daten im Schengener Informationssystem (SIS) **durch fedpol?**
- Anwendbares Recht: Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 (**SIS-II-Verordnung**); Beschluss Nr. 2007/533/JI des Rates vom 12. Juni 2007 (**SIS-II-Beschluss**); Art. 7 Abs. 1 BPI; **Art. 8 und 9 DSG**; Art. 29 Abs. 2 BV; **Art. 26 ff. und 35 VwVG**

Sachverhalt

- **A. (Journalist, schweizerischer und bulgarischer Staatsangehöriger)** stellt **Auskunftsgesuch beim fedpol**, ob er in Systemen von Europol – u.a. im **Schengener Informationssystem (SIS)** – verzeichnet sei; **Grund**: er wird bei jeder Einreise in Schengenraum angehalten und vermutet, dass bulgarische Behörden Europol-System dazu missbrauchen, ihn wegen seiner regierungskritischen journalistischen Tätigkeit einzuschüchtern.
- Fedpol **verweigert Auskunft**
- **Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht**, die in Bezug auf Auskunftsverweigerung über allfällige Einträge im SIS **abgewiesen** wird. **Beschwerde ans Bundesgericht.**

VERWEIGERUNG DER AKTENEINSICHT

Erwägung 2

- Gemäss **Art. 58 SIS-II-Beschluss** und **Art. 41 SIS-II-Verordnung** richtet sich das **Auskunftsrecht** nach dem Recht desjenigen Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet es beansprucht wird (Abs. 1). Die Auskunft an die betroffene Person ist zu **verweigern**, wenn dies zur Durchführung einer rechtmässigen Aufgabe im Zusammenhang mit einer Personenausschreibung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter unerlässlich ist (Abs. 4).
- Gemäss **Art. 7 Abs. 1 BPI** richtet sich Auskunftsrecht bezüglich polizeilicher Informationssysteme des Bundes nach Art. 8 und 9 DSG
- **Auskunftsrecht** in **Art. 8 DSG**
- Gemäss **Art. 9 DSG** kann Bundesorgan **Auskunft verweigern**, soweit
 - ein **Gesetz im formellen Sinn** dies vorsieht, wozu auch Art. 58 Abs. 4 SIS-II-Beschluss und Art. 44 Abs. 4 SIS-II-Verordnung gehören
 - dies wegen **überwiegender öffentlicher Interessen**, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft, erforderlich ist oder die Auskunft den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens in Frage stellt.

VERWEIGERUNG DER AKTENEINSICHT

Erwägungen 3 und 4

- **Fedpol** begründete **Ablehnung des Auskunftsgesuchs** mit Vorliegen von Verweigerungsgründen: Auskunftserteilung würde Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens gefährden.
- **Beschwerdeführer rügt Verletzung der Begründungs- und Untersuchungspflicht**; es sei unklar, ob fedpol einzig auf Stellungnahme der (wohl bulgarischen) Behörde abgestellt oder weitere Sachverhaltsabklärungen vorgenommen sowie die erforderlichen Voraussetzungen geprüft habe

Erwägung 5

- **Begründungspflicht** folgt aus Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie Art. 35 Abs. 1 VwVG (vgl. auch Art. 9 Abs. 5 DSGVO)
- **Recht auf Akteneinsicht** folgt ebenfalls aus Anspruch auf rechtliches Gehör sowie Art. 26 ff. VwVG
- **Verweigerung der Akteneinsicht** gemäss **Art. 27 Abs. 1 VwVG**
«Die Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft (lit. a), wesentliche private Interessen (lit. b) oder das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung (lit. c) die Geheimhaltung erfordern.»

VERWEIGERUNG DER AKTENEINSICHT

Erwägung 5

- **Art. 28 VwVG:** «Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.»
- Erschwerung der sachgerechten Anfechtung der Auskunftsverweigerung → Ausgleich: **keine hohen Anforderungen an Beschwerdebegründung** im Rechtsmittelverfahren
- Gründe für **Einschränkung der Begründungspflicht und Akteneinsicht** decken sich mit denjenigen für **Auskunftsverweigerung**, weshalb sie **gemeinsam geprüft** werden
- Frage, ob **wesentlicher Inhalt des Aktenstücks bekanntgegeben** wurde:
 - Fedpol hat dem Beschwerdeführer A. Folgendes **bekanntgegeben**:
Personenausschreibung im SIS vorhanden; Ausschreibung erfolgte im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit bzw. der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen; ausschreibende bulgarische Behörde hat sich Auskunftserteilung widersetzt.
 - **Bekanntgabe weiterer Inhalte** des geheimen Amtsberichts wäre nicht möglich gewesen, ohne Geheimhaltung von Inhalt und Zweck der Personenausschreibung zu gefährden.

VERWEIGERUNG DER AKTENEINSICHT

Erwägung 6

- Frage, ob Geheimhaltung **überwiegendem öffentlichen Interesse** entspricht und **verhältnismässig** ist:
 - Erheblicher **Eingriff in Grundrecht** auf informationelle Selbstbestimmung; bei Massnahmen gegen Medienschaffende zudem Eingriff in die Medienfreiheit. Fedpol muss daher vor Auskunftsverweigerung Vorliegen der Voraussetzungen von **Art. 36 BV** prüfen.
 - Fedpol ist **nicht an Stellungnahme des ausschreibenden Staates gebunden** (vgl. Art. 58 Abs. 3 SIS-II-Beschluss: «Gelegenheit zur Stellungnahme»).
 - Es ist aber von **Sachverhaltsdarstellung** des ausschreibenden Staates auszugehen, sofern keine offensichtlichen Fehler.
 - Fedpol hat nicht **Rechtmässigkeit** des Verfahrens im ausschreibenden Staat zu überprüfen, sofern keine Anhaltspunkte für schwere Mängel.
 - Fedpol ist jedoch verpflichtet, anhand der erhaltenen Informationen **zu prüfen, ob Auskunftsverweigerung gerechtfertigt** ist; unter Umständen muss es ergänzende Informationen des ausschreibenden Staates einholen.

VERWEIGERUNG DER AKTENEINSICHT

Erwägung 6

- Vorliegend ist **fraglich, ob fedpol eigene Prüfung durchgeführt** hat oder sich an die negative Stellungnahme des ausschreibenden Staates gebunden fühlte.
- Die **vorhandenen Informationen genügen nicht**, um über Auskunftsgesuch zu entscheiden: Es ist unbekannt, welches Untersuchungsverfahren gegen Beschwerdeführer geführt wird; Angaben zur Dauer der Untersuchung und Erforderlichkeit ihrer Fortsetzung fehlen.
- Insbesondere wenn **Medienschaffende** Gegenstand einer Personenausschreibung sind und ausschreibender Staat SIS für Überwachung von Journalisten missbrauchen könnte, darf sich fedpol nicht mit negativer Stellungnahme des ausschreibenden Staates begnügen, sondern muss **weitere Informationen einholen** und **prüfen, ob Auskunftsverweigerung gerechtfertigt ist**.

Ergebnis

- Beschwerde wird in diesem Punkt **gutgeheissen**. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts wird aufgehoben und die **Sache** zu ergänzender Sachverhaltsfeststellung und neuem Entscheid **an das fedpol zurückgewiesen**.

ABSTIMMUNGSBESCHWERDE

Bundesgerichtsentscheid

- **BGE 147 I 194** – Konzernverantwortungsinitiative
- Rechtliches Thema: **Informationslage** im Vorfeld einer eidgenössischen Volksabstimmung als **Verfahrensgegenstand einer Abstimmungsbeschwerde?**
- Anwendbares Recht: **Art. 189 Abs. 4 BV; Art. 77 BPR**

Sachverhalt

- **Eidgenössische Volksabstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative** vom 29. November 2020; Volksmehr erzielt, Scheitern am Ständemehr
- Am 4. Dezember 2020 erhebt ein im Kanton Zürich Stimmberechtigter beim Regierungsrat des Kantons Zürich **Abstimmungsbeschwerde** wegen Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen (Art. 77 Abs. 1 lit. b BPR). Antrag: Ungültigerklärung des Abstimmungsergebnisses (Verfahren 1).
- Am 2. Dezember 2020 erheben mehrere im Kanton Zürich Stimmberechtigte beim Regierungsrat des Kantons Zürich **Stimmrechts- und Abstimmungsbeschwerde** wegen Verletzung des Stimmrechts und Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen (Art. 77 Abs. 1 lit. a und b BPR). Antrag: Aufhebung der Volksabstimmung und Feststellung von deren Annahme (Verfahren 2).
- **Regierungsrat tritt** auf beide Beschwerden **nicht ein**, da diese – soweit eine mangelhafte Informationslage geltend gemacht werde – verspätet sei. **Beschwerde ans Bundesgericht.**

ABSTIMMUNGSBESCHWERDE

Erwägung 3

- **Rüge 1:** In den beiden Verfahren wird gerügt, die **Ablehnung der Initiative aufgrund des Erfordernisses des Ständemehrs** sei verfassungswidrig.
- **Anfechtungsobjekt** ist nicht die Abstimmung selbst, sondern die Vorbereitungshandlung, d.h. die Abstimmungsanordnung durch die zuständige Behörde.
- **Mängel** in der Vorbereitung von Wahlen und Abstimmungen sind **sofort** und vor der Durchführung des Urnengangs **zu rügen**, andernfalls der Stimmberechtigte sein Beschwerderecht verwirkt
- Möglichkeit, dass Abstimmungsvorlage allein am Erfordernis des Ständemehrs scheitern kann, geht klar aus Art. 140 i.V.m. Art. 142 Abs. 2 BV hervor. Wer Volksinitiative einreicht, weiss um diesen Umstand. **Rüge**, die erst nach Durchführung der Abstimmung erhoben wurde, ist **verspätet**
- Vermerk des Bundesgerichts: Rüge wäre **inhaltlich ohnehin aussichtslos**, da die mit der Regelung einhergehende Einschränkung der Stimmkraftgleichheit verfassungsrechtlich gewollt ist.

ABSTIMMUNGSBESCHWERDE

Erwägung 4

- **Rüge 2:** Im Verfahren 2 wird eine **Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV** gerügt, da die **allgemeine Informationslage** (u.a. die Abstimmungserläuterungen des Bundesrates sowie Aussagen und Handlungen verschiedener Politikerinnen) keine genügende Meinungsbildung ermöglicht habe.
- **Bundesrätliche Abstimmungserläuterungen sind nicht direkt anfechtbar** (Art. 189 Abs. 4 BV)
- Hinweis auf BGE 138 I 61 – **nachträgliche Überprüfung einer Volksabstimmung:**
 - Bei Bekanntwerden erheblicher Mängel im Nachgang zu allfälligen Beschwerdeverfahren und nach dem bundesrätlichen Erwahrungsbeschluss
 - **Ausserordentliches Rechtsmittel** gestützt auf Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 29a BV («Revision»)
 - **Strenge Voraussetzungen** des nachträglichen Rechtsschutzes: gravierende Mängel; unechte Noven (Fakten, die zur Zeit der Abstimmung vorhanden, aber unbekannt waren) von erheblicher Tragweite; zeitliche Grenzen aus Gründen der Rechtssicherheit (sind im Einzelfall zu bestimmen)
 - Anwendung dieser Rechtsprechung im Rahmen der Aufhebung der Volksabstimmung über die **Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe»** (BGE 145 I 207). Bundesgericht machte Informationslage zum Gegenstand einer gerichtlichen Prüfung und bezieht die Abstimmungserläuterungen massgeblich mit ein.

ABSTIMMUNGSBESCHWERDE

Erwägung 4

- In casu **kein Fall von nachträglichem Rechtsschutz**, da Erhebung der Abstimmungsbeschwerde in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit Volksabstimmung
- Frage: **Allgemeine Informationslage** im Vorfeld einer eidgenössischen Volksabstimmung als **Verfahrensgegenstand einer Abstimmungsbeschwerde** i.S.v. Art. 77 Abs. 1 lit. b BPR (Beschwerde wegen Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen)?
 - Konkrete Akte («Unregelmässigkeiten») im Vorfeld von eidgenössischen Volksabstimmungen sind **innert drei Tagen anzufechten** (Art. 77 Abs. 2 BPR). Unterlassene unmittelbare Rügen können auch nicht dadurch nachgeholt werden, dass das Abstimmungsergebnis im Nachhinein durch die Geltendmachung einer ungenügenden Informationslage angefochten wird. Ansonsten würde die Frist von Art. 77 Abs. 2 BPR faktisch unterlaufen.
 - Möglichkeit, neben – oder gar unabhängig von – konkreten Akten eine ungenügende Informationslage geltend zu machen, ist im BPR nicht vorgesehen. Informationslage bildet **kein selbständiger Gegenstand des Verfahrens**.
 - **Ausnahmefall**: nachträgliche Überprüfung einer Volksabstimmung. In diesem Fall können auch Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates in die Prüfung einbezogen werden.

ABSTIMMUNGSBESCHWERDE

Ergebnis

- Solange – wie vorliegend – eine **Abstimmungsbeschwerde nach Art. 77 Abs. 1 lit. b BPR** möglich ist, kann kein nachträglicher Rechtsschutz gewährt und die **allgemeine Informationslage nicht** zum **Verfahrensgegenstand** gemacht werden.
- **Rügen** einer Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV durch die Abstimmungserläuterungen des Bundesrates sowie durch bestimmte angebliche Aussagen und Handlungen von Bundesrätin Karin Keller-Sutter, Ständerätin Andrea Gmür-Schönenberger und Nationalrätin Isabelle Chevalley im Vorfeld der angefochtenen Abstimmung sind entweder **nicht zulässig** (Akte des Bundesrates) oder **verspätet**.
- Das Bundesgericht **tritt** auf die Beschwerde **nicht ein**.
 - **Paradox**: nachträgliches ausserordentlichen Rechtsmittel bietet umfassenderen Rechtsschutz als das ordentliche Rechtsmittel!

BESCHWERDE GEGEN RÜCKZUG EINER VOLKSINITIATIVE

Bundesgerichtsentscheid

- **BGE 147 I 206** – Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe»
- Rechtliches Thema: **Rechtsweg bei Rückzug einer eidgenössischen Volksinitiative**
- Anwendbares Recht: **Art. 73, 77 und 80 BPR; Art. 29a und 34 BV**

Sachverhalt

- **Eidgenössische Volksabstimmung** zur Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» im 2016; Ständemehr – jedoch nicht Volksmehr – erzielt
- Im April 2019 **hebt Bundesgericht die Volksabstimmung** – infolge mangelhafter behördlicher Information im Vorfeld der Abstimmung – **auf**
- Im Juni 2019 hebt der Bundesrat den Erwahrungsbeschluss vom April 2016 auf
- Am 12. Februar 2020 gibt Bundesrat in Medienmitteilung bekannt, Initiativkomitee habe Volksinitiative am 4. Februar zurückgezogen; am 18. Februar 2020 publiziert die Bundeskanzlei die **Rückzugserklärung** im Bundesblatt
- Am 17. Februar 2020 erheben ein Verein und mehrere Privatpersonen **Beschwerde an Regierungsrat des Kantons Bern**. Antrag: Feststellung der Nichtigkeit des Rückzugs der Initiative, eventualiter Aufhebung des Rückzugs sowie Feststellung, dass Wiederholungsabstimmung durchzuführen sei. Regierungsrat tritt auf Beschwerde nicht ein.

BESCHWERDE GEGEN RÜCKZUG EINER VOLKSINITIATIVE

Sachverhalt

- Am 3. März 2020 erheben Verein und mehrere Privatpersonen **Beschwerde ans Bundesgericht**.
Antrag: Aufhebung des Entscheids des Regierungsrats (**Verfahren 1**)
- Am 20. Februar 2020 erhebt eine weitere Privatperson **direkt Beschwerde ans Bundesgericht**.
Antrag: Aufhebung der Verfügung der Bundeskanzlei vom 11. Februar 2020 (**Verfahren 2**)

Erwägung 2

- Frage nach dem **Anfechtungsobjekt**:
 - Im **Verfahren 1** machen Beschwerdeführer geltend, Anfechtungsobjekt sei der **Rückzugsbeschluss des Initiativkomitees**, der gestützt auf Art. 77 Abs. 1 lit. a bzw. lit. b BPR anzufechten sei (Beschwerde bei der Kantonsregierung «wegen Verletzung des Stimmrechts» bzw. «wegen Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen»)
 - Im **Verfahren 2** macht Beschwerdeführer geltend, die **Verfügung der Bundeskanzlei** sei Anfechtungsobjekt und Beschwerdemöglichkeit ergebe sich aus Art. 80 Abs. 2 BPR (Beschwerde an das Bundesgericht «gegen Verfügungen der Bundeskanzlei über ... das Nicht-Zustandekommen einer Volksinitiative oder eines Referendums.»)
- Aus **Wortlaut** von Art. 77 und 80 BPR lässt sich **kein Rechtsmittel gegen Rückzug** einer Volksinitiative ableiten.

BESCHWERDE GEGEN RÜCKZUG EINER VOLKSINITIATIVE

Erwägung 2

- **Rechtsweggarantie** (Art. 29a BV): Ausschluss von der richterlichen Beurteilung gemäss Art. 29a Satz 2 BV nur in Ausnahmefällen; muss sich aus Gesetz ergeben. **Kein Ausschluss** in Art. 77 und 80 BPR vorgesehen.
- BPR ist verfassungskonform auszulegen.
- Frage: **analoge Anwendung** von Art. 77 und 80 BPR?
 - **Vorbringen Bundeskanzlei:** Hintergrund des Rechtswegs bei Abstimmungsbeschwerden nach Art. 77 BPR sei, dass Kantone die Abstimmung auf ihrem Gebiet durchführen und dafür erforderliche Anordnungen erlassen; daher habe Abstimmungsbeschwerde (auch) **aufsichtsrechtlichen Charakter**. Wäre nicht nachvollziehbar, wenn sich Kantonsregierung mit Zulässigkeit des Rückzugs eidgenössischer Volksinitiativen auseinandersetzen müsste.
 - **Bundesgericht: Art. 80 Abs. 2 BPR ist analog anwendbar**, d.h. es ist die Möglichkeit einer direkten Beschwerde ans Bundesgericht zu gewähren. Dies unabhängig davon, ob als Anfechtungsobjekt der Rückzugsentscheid des Initiativkomitees (Verfahren 1) oder die Publikation der Bundeskanzlei betreffend den Rückzug der Initiative anzusehen ist. Mangels klarer Vorschriften über Rechtsweg sind somit beide Beschwerden vom Bundesgericht materiell zu behandeln.

BESCHWERDE GEGEN RÜCKZUG EINER VOLKSINITIATIVE

Erwägung 2

- **Beschwerderecht** steht in Stimmrechtssachen gemäss Art. 89 Abs. 3 BGG jeder Person zu, die in der betreffenden Angelegenheit **stimmberechtigt** ist. **Politische Parteien und Vereinigungen** sind legitimiert, wenn sie über juristische Persönlichkeit verfügen.
- **Nicht legitimiert** ist der **Verein** Human Life International – Schweiz. Auf Beschwerde des Vereins ist nicht einzutreten.

Ergebnis

- Bundesgericht **tritt** – mit dem genannten Vorbehalt – auf Beschwerden **ein**.
- In **materieller Hinsicht** machen die Beschwerdeführer eine Verwirkung des Rückzugsrechts des Initiativkomitees und eine zwingende Wiederholung der Abstimmung geltend.
- **Art. 73 Abs. 2 BPR**: «Der Rückzug einer Volksinitiative ist zulässig, bis der Bundesrat die Volksabstimmung festsetzt.»
- Bundesgericht: Art. 73 Abs. 2 BPR ist **auch nach Aufhebung einer Volksabstimmung** und bis zur erneuten Festsetzung eines Abstimmungstermins durch den Bundesrat anwendbar, d.h. Rückzug war zulässig.
- **Abweisung** der Beschwerden

AUSSCHLUSSGRUND IM BEREICH ELEKTRIZITÄTSRECHT

Bundesgerichtsentscheid

- **BGE 147 II 201** – Entschädigung für Erneuerung eines Überleitungsrechts für Starkstromleitung
- Rechtliches Thema: **Anwendungsbereich des Ausschlussgrundes von Art. 83 lit. w BGG**; Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

Sachverhalt

- Das Grundstück von **B.A. und A.A.** ist mit einer bis zum Jahr 2001 befristeten Dienstbarkeit zur Duldung einer Freileitung belastet. Im 2016 räumt die Eidgenössische Schätzungskommission (ESchK) der **Swissgrid AG** ein bis 2030 befristetes **Überleitungsrecht** ein und spricht B.A. und A.A. eine Entschädigung zu.
- Beschwerden ans Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht betreffend **Höhe der Entschädigung**. Im Mai 2018 setzt die ESchK die Entschädigung neu fest, woraufhin B.A. und A.A. erneut Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erheben. Dieses heisst die Beschwerde im November 2019 gut und setzt eine erheblich höhere Minderwertentschädigung fest.
- Dagegen erhebt die **Swissgrid AG** Ende 2019 **Beschwerde ans Bundesgericht**.

AUSSCHLUSSGRUND IM BEREICH ELEKTRIZITÄTSRECHT

Erwägung 1

- Die **Beschwerde** in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist **nach Art. 83 lit. w BGG ausgeschlossen** gegen «Entscheide auf dem Gebiet des Elektrizitätsrechts betreffend die Plan-genehmigung von Starkstromanlagen und Schwachstromanlagen und die Entscheide auf diesem Gebiet betreffend Enteignung der für den Bau oder Betrieb solcher Anlagen notwendigen Rechte, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt».
- **Zeitliche Anwendbarkeit** von Art. 83 lit. w BGG?
 - Inkrafttreten dieser Bestimmung am 1. Januar 2018
 - Mangels übergangsrechtlicher lex specialis ist **Art. 132 Abs. 1 BGG** anwendbar: «Dieses Gesetz ist auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist.»
 - Der angefochtene Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts erging im November 2019, weshalb Art. 83 lit. w BGG in zeitlicher Hinsicht anwendbar.

AUSSCHLUSSGRUND IM BEREICH ELEKTRIZITÄTSRECHT

Erwägung 1

- **Sachliche Anwendbarkeit** von Art. 83 lit. w BGG – **Beschwerdeführerin (verneinend)**:
 - Zweck der Bestimmung sei die schnellere Realisierung der für die Energieversorgung notwendigen elektrischen Anlagen (**Verfahrensbeschleunigung**). Keine Verfahrensverzögerung im vorliegenden Fall.
 - Vorliegend sei nicht die Enteignung eines Überleitungsrechts für eine Hochspannungsleitung an sich strittig, sondern **Höhe der Entschädigung**.
- **Bundesgericht (bejahend)**:
 - Klarer **Wortlaut** von Art. 83 lit. w BGG umfasst auch **Entscheide über die Enteignung** der für den Bau oder Betrieb von Stark- oder Schwachstromanlagen notwendigen Rechte.
 - **Entstehungsgeschichte**: Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht auch bei «reinen Enteignungsverfahren»
 - Keine Gründe, Streitigkeiten auszunehmen, in denen nur **Höhe der Entschädigung** strittig: Es bestehen zwar verschiedene Zuständigkeiten für Einwendungen gegen Enteignungsrecht und Entschädigung. Handelt sich jedoch um verschiedene Etappen der formellen Enteignung, die materiell und formell zusammengehören (Enteignung nur gegen volle Entschädigung zulässig).

AUSSCHLUSSGRUND IM BEREICH ELEKTRIZITÄTSRECHT

Erwägung 2

- Frage: Liegt eine **Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung** vor?
- **Botschaft BGG:**
 - Rechtsfrage wurde noch nie entschieden, ihre Klärung kann für Praxis wegleitend sein und sie verlangt von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Beurteilung.
 - Vorinstanz weicht von einem bundesgerichtlichen Präjudiz ab.
 - Es besteht Anlass, eine Rechtsprechung zu überprüfen oder zu bekräftigen.
- **Bundesgericht allgemein:**
 - **Zurückhaltung** bei der Annahme einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.
 - Zu bejahen, wenn ein **allgemeines und dringendes Interesse an einer höchstrichterlichen Klärung** der umstrittenen Frage, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auszuräumen.

AUSSCHLUSSGRUND IM BEREICH ELEKTRIZITÄTSRECHT

Erwägung 2

- **Bundesgericht in casu:**

- Die streitige Frage wurde **bislang noch nicht entschieden**.
- Im Urteil 1C_356/2013 ging das Bundesgericht in einem **obiter dictum** davon aus, dass die immissionsbedingte Wertminderung sowohl mit einer anderen Linienführung der Freileitung als auch mit einem Erdkabel hätte vermieden werden können. Es wurde nicht begründet, weshalb ein **Vergleich mit einem anderen Werk** bzw. **einer anderen Ausführungsart** statthaft sei.
- Beantwortung dieser Frage kann sich wesentlich auf die Höhe der Entschädigung auswirken, wenn der überspannte Grundstücksteil eine geringe Breite aufweist und deshalb auch bei einem hypothetischen Verlauf der Freileitung auf der Nachbarparzelle noch erhebliche Immissionen verblieben, die jedoch durch eine Erdverlegung der Leitung vollständig eliminiert werden könnten. Der **Vergleich mit einem hypothetischen Erdkabel** kann daher zu wesentlich höheren Entschädigungen führen.
- Gerichtsnotorisch, dass sich die Siedlungsgebiete in den letzten Jahrzehnten bis dicht an die bestehenden Leitungen ausgedehnt haben, weshalb es **nicht wenige Fälle** geben dürfte, in denen Wohnhäuser auf relativ kleinen Parzellen dicht an Freileitungen stehen.
- Also: **Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung**.

AUSSCHLUSSGRUND IM BEREICH ELEKTRIZITÄTSRECHT

Ergebnis

- Der **Ausschlussgrund von Art. 83 lit. w BGG** ist nicht nur auf Plangenehmigungsverfahren, sondern auch auf **reine Enteignungsverfahren** für den Betrieb einer Stark- oder Schwachstromanlage anwendbar. Der Ausschlussgrund greift auch, wenn – wie im vorliegenden Fall – einzig die **Höhe der Entschädigung** strittig ist.
- Das Bundesgericht bejaht in casu das Vorliegen einer **Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung**, weshalb es dennoch auf die Beschwerde **eintritt**.

STELLUNG EHEMALIGER ORGANE IM KARTELLVERFAHREN

Bundesgerichtsentscheid

- **BGE 147 II 144** – Kartellrechtliches Untersuchungsverfahren
- Rechtliches Thema: **Befragung eines ehemaligen Organs** eines untersuchungsbetroffenen Unternehmens
- Anwendbares Recht: **Art. 42 Abs. 1 KG; Art. 6 VwVG; Art. 6 Ziff. 1 EMRK**

Sachverhalt

- Im 2018 eröffnet die **Wettbewerbskommission (WEKO)** gegen die **A. AG** eine **Untersuchung gemäss Art. 27 KG** (Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden, um mobile Bezahlösungen internationaler Anbieter wie Apple Pay und Samsung Pay zu boykottieren)
- In der Folge laden die Wettbewerbsbehörden **B. (ehemaliger CEO der A. AG)** mittels Verfügung zu einer **Zeugeneinvernahme** vor.
- **A. AG** erhebt dagegen **Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht**, welches diese abweist. BVGer hält jedoch fest, dass Zeugenbefragung mit Blick auf nemo-tenetur-Grundsatz nur zulässig sei, solange sie sich auf Angaben rein tatsächlicher Art beschränke, die sich für A. AG im Hinblick auf allfällige Sanktionierung nicht direkt belastend auswirken können.
- **WBF** erhebt **Beschwerde ans Bundesgericht**. Antrag: uneingeschränkte Einvernahme von B. als Zeuge ohne Einräumung aussergesetzlicher Verweigerungsrechte.

STELLUNG EHEMALIGER ORGANE IM KARTELLVERFAHREN

Erwägung 4

- **Art. 39 KG:** subsidiäre Anwendbarkeit VwVG
- **Art. 42 Abs. 1 Satz 1 KG:** «Die Wettbewerbsbehörden können **Dritte** als Zeugen einvernehmen und **die von einer Untersuchung Betroffenen** zur Beweisaussage verpflichten.»
 - Geht über VwVG hinaus (vgl. Art. 12 lit. b VwVG)
 - Unterscheidung zwischen «**Dritten**» und den «**von der Untersuchung Betroffenen**» ist im Kartellsanktionsverfahren von grosser praktischer Bedeutung:
 - Verpflichtung von Dritten als Zeugen zur wahrheitsgemässen Aussage (Art. 15 VwVG und Art. 307 StGB)
 - **Aussageverweigerungsrecht** der «von der Untersuchung Betroffenen» im Rahmen des «einfachen Parteiverhörs» aufgrund von **Art. 6 Ziff. 1 EMRK**

STELLUNG EHEMALIGER ORGANE IM KARTELLVERFAHREN

Erwägung 4

- Frage: Was ist unter dem Begriff der «**von der Untersuchung Betroffenen**» zu verstehen?
 - Französische und italienische Sprachfassung von Art. 42 Abs. 1 KG: «parties à l'enquête» bzw. «parti all'inchiesta» → die Verfahrensparteien
- Folgerung: Ob eine Person als Zeugin zu befragen ist, oder ein Parteiverhör bzw. eine Beweisaussage anzuordnen ist, bestimmt sich danach, ob sie als **Verfahrenspartei** einzustufen ist
 - **Art. 6 VwVG:** «Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.»
 - **Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG** berührt in erster Linie Rechte und Pflichten jener Unternehmen, die von der allfällig auszusprechenden Sanktion betroffen wären
 - **Dritte:** bei besonders engem, spezifischen Verhältnis zum Verfügungsgegenstand und wenn deren Situation durch Verfahrensausgang in relevanter Weise beeinflusst werden kann (z.B. Lieferanten, Abnehmer oder Konkurrenten)

STELLUNG EHEMALIGER ORGANE IM KARTELLVERFAHREN

Erwägung 4

- **Juristische Personen** handeln im Kartellverwaltungsverfahren durch ihre aktuellen formellen und faktischen **Organe** (Art. 55 ZGB)
 - entsprechende **natürliche Personen** sind grundsätzlich als **Partei** und nicht als Dritte zu behandeln
- Frage: **Parteistellung ehemaliger Organe?**
- **Vorinstanz:** nur die Aussagen aktueller Organe sind der juristischen Person als Verfahrenspartei zurechenbar; **ehemalige Organe** sind daher als **Zeugen** zu befragen.
- **Bundesgericht** folgt der Auffassung der Vorinstanz:
 - **Zweck** der unterschiedlichen Behandlung von Parteien und Dritten: befragte Person soll nicht zur Zeugin in eigener Sache werden.
 - **Kein unmittelbares Interesse** des ehemaligen Organs **am Verfahrensausgang**; selbst dann, wenn sie Aussagen zu Begebenheiten im Zeitraum ihrer Organstellung machen muss und ihr im Verhältnis zur ehemaligen Arbeitgeberin allenfalls zivilrechtliche Nachteile entstehen
- **Zwischenergebnis:** da B. seit September 2016 weder formelle noch faktische Organstellung bei der A. AG zukam, hat ihn die WEKO **zu Recht als Zeugen vorgeladen**.

STELLUNG EHEMALIGER ORGANE IM KARTELLVERFAHREN

Erwägung 5

- Frage: **Aussageverweigerungsrecht von Personen mit ehemaliger Organfunktion** aufgrund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV?
- **Vorinstanz:** nemo-tenetur-Grundsatz; nur Fragen bezüglich Angaben rein tatsächlicher Art, die für A. AG nicht belastend, zulässig
- **Bundesgericht:**
 - Hinweis auf die **Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union:** Differenzierung zwischen Fragen, die zu impliziter Schuldanerkennung der A. AG führen, und solchen, die nur auf Angaben rein tatsächlicher Art abzielen (so die Vorinstanz).
 - Ausgangspunkt: **kartellrechtliches Sanktionsverfahren** ist im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte **strafrechtsähnlich**
 - Schutzgarantien von **Art. 6 Ziff. 1 EMRK** sind anwendbar

STELLUNG EHEMALIGER ORGANE IM KARTELLVERFAHREN

Erwägung 5

- **Schutzzweck des nemo-tenetur-Grundsatzes** ist **bei juristischen Personen** eine andere als bei natürlichen Personen:
 - Solange den für das Unternehmen handelnden Organen nicht auch persönlich eine (strafrechtliche oder strafrechtsähnliche) Sanktionierung droht, können sie – im Gegensatz zu natürlichen Personen – durch eine (strafbewehrte) Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage **nicht in die Zwangslage geraten**, sich entweder selbst zu belasten oder Zwangsmitteln ausgesetzt zu werden.
 - Bei juristischen Personen geht es somit nicht um den Schutz der mit der Menschenwürde verknüpften Willensfreiheit oder den Schutz vor belastenden Aussagen, sondern vielmehr um die Sicherstellung der **Möglichkeit einer wirksamen Verteidigung** für das untersuchungsbetroffene Unternehmen.
 - Nicht ersichtlich, inwiefern diese Möglichkeit durch **belastende Aussagen ehemaliger Organe** aufgrund Pflicht zu wahrheitsgemässer Aussage beschnitten würde (dem untersuchungsbetroffenen Unternehmen werden diese Aussagen nicht zugerechnet und können von diesem in Frage gestellt werden).

STELLUNG EHEMALIGER ORGANE IM KARTELLVERFAHREN

Ergebnis

- Die (uneingeschränkte) Einvernahme ehemaliger Organe verletzt den nemo-tenetur-Grundsatz im Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich nicht (entgegen anderslautender Lehrmeinungen)
- Aus **Art. 6 Ziff. 1 EMRK** kann in casu **kein Zeugnisverweigerungsrecht** hergeleitet werden; Ausnahme: dem Zeugen droht persönlich eine Strafverfolgung
(vgl. Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 lit. a BZP: Beantwortung der Frage könnte Zeugen der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen oder ihnen einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen)
- **Gesetzgeber** steht es offen, ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht von Personen mit ehemaliger Organstellung zu schaffen.
- Die Beschwerde wird **gutgeheissen**.

QUALIFIKATION EINER SIEDLUNGSVERORDNUNG

Bundesgerichtsentscheid

- **BGer 1C_351/2020 vom 18. März 2021** (zur Publikation vorgesehen) – Anfechtung der Kleinbausiedlungsverordnung des Kantons Thurgau (KSV/TG)
- Rechtliches Thema: Qualifikation der KSV/TG als **kantonaler raumplanerischer Erlass oder Nutzungsplan?**
- Anwendbares Recht: KSV/TG; **Art. 33 RPG; Art. 82 lit. b BGG**

Sachverhalt

- Im **Kanton Thurgau** sind **zahlreiche Kleinsiedlungen Weiler- oder Dorfzonen zugewiesen**, welche die kantonalen Behörden herkömmlich als Bauzonen qualifizierten (vgl. § 6 PBV/TG).
- Im 2018 **genehmigt Bundesrat** den **kantonalen Richtplan**. **Vorbehalt:** Überprüfung der Zonenzuweisung der bestehenden Weiler. Hinweis des ARE, dass es sich bei Weilerzonen nach Art. 33 RPV nicht um Bauzonen, sondern Spezialzonen ausserhalb der Bauzone handle.
- Im 2019 beschliesst Thurgauer Regierungsrat ein **Projekt zur Überprüfung der Zonenzuweisung der Kleinsiedlungen** (zur Bau-, Landwirtschafts- oder Weiler- oder Erhaltungszone i.S.v. Art. 33 RPV). Um bis zur Anpassung des kantonalen Richtplans Rechtssicherheit zu schaffen, erlässt er im Mai 2020 die KSV/TG, die u.a. eine Bestimmung zur **provisorischen Einteilung der Kleinsiedlungen** enthält.

QUALIFIKATION EINER SIEDLUNGSVERORDNUNG

Sachverhalt

- **A. ist Eigentümer einer Parzelle im Weiler Bommen.** Seine Parzelle wurde voraussichtlich einer Landwirtschaftszone zugewiesen; übriger Weiler Bommen wurde Erhaltungszone zugewiesen.
- A. erhebt **Beschwerde ans Bundesgericht.** Antrag: **KSV/TG sei aufzuheben** (abstrakte Normenkontrolle).

Erwägung 1

- Da Kanton Thurgau kein Rechtsmittel gegen kantonale Erlasse vorsieht, wäre **Bundesgericht** als erste und einzige **Rechtsmittelinstanz** für Beschwerden zuständig (vgl. Art. 87 Abs. 1 BGG), falls es sich bei KSV/TG um **Erläss i.S.v. Art. 82 lit. b BGG** handelt.

Erwägung 2

- **Materielles Verständnis des kantonalen Erlasses in Art. 82 lit. b BGG**
 - Äussere Form oder Bezeichnung nicht massgebend
 - Entscheidende Frage: Hat der angefochtene kantonale Hoheitsakt rechtsetzenden Charakter, d.h. ist er generell-abstrakter Natur?
- Vgl. Art. 5 VwVG zum Verfügungsbegriff: individuell-konkrete Natur

QUALIFIKATION EINER SIEDLUNGSVERORDNUNG

Erwägung 2

- **Nutzungspläne** stehen **zwischen Erlass und Verfügung**
 - Rechtsakte, mit denen Gemeinwesen zulässige Nutzung von Grundstücken im Detail und verbindlich regelt, wobei **einzelnen Gebieten bestimmte Nutzung zugewiesen** wird
 - **Raumplanerische Erlasse** umschreiben dagegen Art oder Mass der Nutzung allgemein und abstrakt (zonenübergreifend); z.B. Ästhetikklauseln
 - **Verfahrensrechtlich** werden Nutzungspläne den Regeln der **Einzelaktanfechtung** unterstellt: Nutzungspläne sind öffentlich aufzulegen und das kantonale Recht muss dagegen wenigstens ein Rechtsmittel vorsehen (vgl. Art. 33 Abs. 1 und 2 RPG). In letzter Instanz muss ein oberes kantonales Gericht entscheiden (Art. 86 Abs. 2 BGG).

Erwägung 3

- Die **KSV/TG** enthält **generelle Bestimmungen** über die Zulässigkeit von Bauten und Anlagen und eine Verfahrens- bzw. Zuständigkeitsregel für Baubewilligungsverfahren
- **Diese Regelungen gelten** jedoch weder alle Kleinsiedlungen im Kanton noch für alle Weiler- und Dorfzonen, sondern **einzig für** die provisorisch der Landwirtschaftszone oder einer (Nichtbau-)Zone nach Art. 33 RPV zugewiesenen Kleinsiedlungen

QUALIFIKATION EINER SIEDLUNGSVERORDNUNG

Erwägung 3

- Der KSV/TG ist zwar kein Plan beigefügt; jedoch werden die **betreffenen Kleinsiedlungen** im Anhang mit einer im Rahmen einer GIS-Analyse festgelegten Identifikationsnummer **parzellenscharf bestimmt**.
- **Provisorische Zonenzuteilung** entscheidet über anwendbare Nutzungsvorschriften (unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen für Bauten und Anlagen in Landwirtschafts- oder Erhaltungszonen) und **präjudiziert damit das Baubewilligungsverfahren**.
- Die KSV/TG ist **materiell als Nutzungsplan** i.S.v. Art. 14 RPG **zu qualifizieren**.
→ dagegen muss ein **kantonales Rechtsmittel** gegeben sein (vgl. Art. 33 Abs. 2 RPG). Erst gegen kantonal letztinstanzlichen Entscheid steht die Beschwerde ans Bundesgericht offen.

Ergebnis

- Das Bundesgericht **tritt** auf die unmittelbar gegen die KSV/TG gerichtete Beschwerde **nicht ein** und überweist die Sache zuständigkeitshalber dem Thurgauer Verwaltungsgericht.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Rückfragen an: bernhard.ruetsche@unilu.ch