

## Lizentiatsprüfung vom 6. März 2007 im Fach Öffentliches Recht I

---

### Musterlösung und Korrekturanleitung

<b>Aufgabe 1</b>	<b>Total Punkte:</b>	<b>124</b>
------------------	----------------------	------------

*Frage 1* *Total Punkte:* 52

**1. Anfechtungsobjekt**

Gemäss Art. 82 lit. b BGG (1 P) können kantonale Erlasse beim Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden (1 P). Bei der Verordnung über die Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte handelt es sich um einen kantonalen Erlass (1 P). Sie ist demzufolge beim Bundesgericht anfechtbar (1 P). 4

**2. Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges / Vorinstanzen**

Gegen kantonale Erlasse ist nach Art. 87 Abs. 1 BGG (1 P) direkt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, sofern kein kantonales Rechtsmittel zur Verfügung steht (1 P). Gemäss Fragestellung ist dies nicht der Fall (1 P). Die Verordnung kann somit unmittelbar beim Bundesgericht angefochten werden (1 P). 4

**3. Beschwerdegrund**

Gemäss Art. 95 lit. a BGG (1 P) kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (1 P). Zum Bundesrecht gehören auch die in der Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechte / verfassungsmässigen Rechte (1 P). A. macht eine Verletzung der persönlichen Freiheit geltend, also eines verfassungsmässigen Rechts (1 P). Da eine solche nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (1 ZP), liegt ein zulässiger Beschwerdegrund vor (1 P). 5

*Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Grundlage (Art. 10 BV) sowie zum Schutzbereich der persönlichen Freiheit werden insgesamt nur einmal bepunktet, entweder hier oder bei Frage 2 (in der vorliegenden Musterlösung bei Frage 2).*

*1 ZP für überzeugende Abgrenzung zwischen Beschwerdegrund als Eintretensvoraussetzung und materieller Prüfung (Beispiel siehe oben).*

*Wer bereits hier die Frage des Berührtseins der persönlichen Freiheit abhandelt und zum Schluss kommt, diese sei nicht tangiert, weshalb kein zulässiger Beschwerdegrund vorliege, kann auch so die 11 P erlangen, welche gemäss Frage 2/Ziff. 2.1 zur Frage des Berührtseins der persönlichen Freiheit zu vergeben sind (zusätzlich zu den 5 P, die hier unter dem Titel "Beschwerdegrund" vergeben werden).*

- 4. Persönliche Voraussetzungen** (20)
- 4.1 Parteifähigkeit
- Parteifähigkeit bedeutet die Fähigkeit, in einem Verfahren Partei zu sein (**1 P**). Parteifähig ist, wer gemäss Art. 11 ZGB (**1/2 ZP**) rechtsfähig ist (**1 P**). A. ist als natürliche Person ohne weiteres rechts- und damit parteifähig (**1 P**). 3
- 4.2 Prozessfähigkeit
- Die Prozessfähigkeit ist die prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit; sie bedeutet die Fähigkeit, eine Beschwerde selbst einzureichen und den Prozess selbst zu führen (**1 P**). Handlungs- bzw. prozessfähig ist nach Art. 13 ZGB (**1/2 ZP**) grundsätzlich, wer urteilsfähig und mündig ist (**1 P**). Urteilsfähige Unmündige können indes jene Rechte selbständig geltend machen, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (Art. 19 Abs. 2 ZGB [**1/2 ZP**]) (**1 P**), wie z.B. die persönliche Freiheit (*Häfelin/Haller/Keller, Rz. 1994*) (**1 P**). Da A.'s Urteilsfähigkeit vermutet werden kann (**1 P**) und er eine Verletzung der persönlichen Freiheit geltend macht, ist er insoweit prozessfähig (**1 P**). 6
- 4.3 Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren
- Gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG (**1 P**) ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (**1 P**). Da die Verordnung im vorliegenden Fall unmittelbar beim Bundesgericht angefochten werden konnte, ist diese Voraussetzung hier gegenstandslos (**1 P**). 3
- 4.4 Beschwerdelegitimation
- Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. b und c (**1 P**) berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (**1 P**). Dabei kann es sich um ein rechtliches, aber auch um ein bloss faktisches Interesse wirtschaftlicher oder ideeller Art handeln (**1 ZP**). 8
- Wird ein Erlass angefochten, so genügen – auch wenn dies im Wortlaut von Art. 89 Abs. 1 BGG nicht zum Ausdruck kommt (**1/2 ZP**) – anstelle des persönlichen Betroffenseins und des aktuellen Rechtsschutzinteresses (**1 ZP**) ein virtuelles Betroffensein (**1 P**) und ein virtuelles Interesse (**1 ZP**), d.h. eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer vom fraglichen Erlass früher oder später einmal in schutzwürdigen Interessen betroffen sein könnte (*Häfelin/Haller/Keller, Rz. 2002*) (**1 P**). Als aktiver Inline-Skater (**1 P**) mit Wohnsitz im Kanton X. (**1 P**) ist A. von der Verordnung sowohl virtuell als auch unmittelbar in seinen aktuellen Interessen betroffen (**1 P**), weshalb seine Legitimation ohne weiteres zu bejahen ist (**1 P**).
- Da sowohl die virtuelle als auch die aktuelle Betroffenheit zu bejahen ist (1 ZP, wenn dies erkannt wird), kann das Punktemaximum mit beiden Begründungen er-*

reicht werden.

## 5. **Beschwerdefrist**

Die Beschwerde gegen einen Erlass ist innert 30 Tagen nach der nach dem kantonalen Recht massgebenden Veröffentlichung des Erlasses beim Bundesgericht einzureichen (Art. 101 BGG [1 P]) (1 P). Laut Sachverhalt wurde die Verordnung am 3. November 2006 im kantonalen Amtsblatt publiziert (1 P). Die Beschwerdefrist lief somit anfangs Dezember 2006 ab (1 P), weshalb die Eingabe vom 19. Februar 2007 verspätet ist (1 P).

*Max. 2 ZP für gute Ausführungen zur genauen Berechnung der Beschwerdefrist nach Art. 44 ff. BGG und zur allfälligen (in casu aber nicht gegebenen) Möglichkeit der Fristwiederherstellung nach Art. 50 BGG.*

*1 ZP für Hinweis auf das intertemporalrechtliche Problem, dass im Jahr 2006 noch staatsrechtliche Beschwerde zu erheben gewesen wäre.*

## 6. **Form und Inhalt der Beschwerdeschrift** (11)

### 6.1 Form der Beschwerde

Die Beschwerde ist schriftlich (1 P) oder auf elektronischem Weg einzureichen (Häfelin/Haller/Keller, Rz. 2020). Bei elektronischer Zustellung muss das Dokument jedoch mit einer anerkannten elektronischen Signatur versehen sein (Art. 42 Abs. 4 BGG [1 P]) (1 P). Da dem Sachverhalt nicht entnommen werden kann, dass A. seine E-Mail mit einer anerkannten elektronischen Signatur versehen hat (1 P), ist die erforderliche Form einer Beschwerde nicht gewahrt (1 P).

*Wer (sinngemäss) schreibt, dem Sachverhalt könne nicht entnommen werden, ob A. seine E-Mail mit einer anerkannten elektronischen Signatur versehen habe, weshalb nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob die Form gewahrt sei, erhält hierfür ebenfalls die volle Punktezahl.*

*Max. 2 ZP für gute Ausführungen darüber, dass gemäss Art. 42 Abs. 5 BGG bei fehlender Unterschrift, fehlender Vollmacht, fehlenden Beilagen oder Unzulässigkeit der Vertretung eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels angesetzt wird, woraus der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass dies bei fehlender elektronischer Signatur nicht der Fall ist.*

### 6.2 Inhaltliche Anforderungen an die Beschwerdeschrift

Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG (1 P) haben Rechtsschriften ein Rechtsbegehren und dessen Begründung zu enthalten (1 P). A. hat zwar ein Begehren gestellt (Aufhebung der Verordnung) und dieses auch begründet (Verletzung der persönlichen Freiheit) (1 P); diese Begründung genügt indes den qualifizierten Anforderungen (1 P) nicht, welche Art. 106 Abs. 2 BGG (1 P) an die Substanziierung (1/2 ZP) einer Begründung stellt, wenn die Verletzung von Grundrechten geltend gemacht wird. A. hätte vielmehr im Einzelnen darlegen müssen, inwiefern die persönliche Freiheit tangiert und verletzt ist (1 P). Im Zusammenhang mit der Verletzung von Grund-

rechten gilt mithin ein qualifiziertes Rügeprinzip / eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht (*Häfelin/Haller/Keller, Rz. 2021, 2039*) **(1 ZP)**.

**7. Ergebnis** **1**

*(1 P für die Formulierung eines Ergebnisses bzw. Fazits an sich, d.h. für die Beantwortung der Frage)*

Das Bundesgericht wird auf die Beschwerde nicht eintreten (**2 P** [1 P für das negative Ergebnis, 1 P für den richtigen Terminus "nicht eintreten"]), weil die Beschwerdefrist\*, die Beschwerdeform\* [kann auch offen gelassen werden] und die qualifizierten Anforderungen an die Beschwerdeschrift\* nicht eingehalten sind. **2**

*\* Wer die drei fehlenden Eintretensvoraussetzungen hier anführt, enthält dafür je 1 P, sofern nicht schon bei den einzelnen Voraussetzungen entsprechende Zwischenergebnisse festgehalten und mit einem Punkt bewertet wurden (wie in der vorliegenden Musterlösung).*

**Frage 2** **Total Punkte: 67**

**1. Zuständigkeit** **(14)**

**1.1 Zuständiges Gemeinwesen** **(12)**

Gemäss Art. 42 Abs. 1 BV (**1 P**) erfüllt der Bund diejenigen Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist; die übrigen Sachbereiche fallen gemäss Art. 3 BV (**1 P**) in die Zuständigkeit der Kantone (**1 P**). Demnach ist zu prüfen, ob die Bundesverfassung dem Bund eine entsprechende Rechtsetzungskompetenz zuweist (**1 P**). **4**

Gemäss Art. 82 Abs. 1 BV (**1 P**) ist die Regelung des Strassenverkehrs Sache des Bundes (**1 P**). Darunter fällt auch die Regelung der Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte, jedenfalls auf öffentlichem Grund (**1 P**). Mit Bezug auf Flächen des öffentlichen Grundes, die nicht dem Strassenverkehr gewidmet sind, verbleibt die Zuständigkeit zur Regelung der Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte allerdings bei den Kantonen (max. **2 ZP** für gute Differenzierung). **8**

Dem Bund steht im Bereich des Strassenverkehrs eine umfassende Regelungskompetenz zu (**1 P**). Damit keine Regelungslücken entstehen, muss es sich um eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung handeln (**1 P**). Somit hängt die Regelungsbefugnis der Kantone im Bereich des Strassenverkehrs davon ab, ob der Bund von seiner Rechtsetzungskompetenz bereits Gebrauch gemacht hat (**1 P**). Dies ist der Fall; er hat das Strassenverkehrsgesetz (**1 P**) und zugehörige Ausführungsverordnungen erlassen. Mit der Strassenverkehrsgesetzgebung liegt eine umfassende und abschliessende bundesrechtliche Regelung des Strassenverkehrs vor, die keinen Raum für ergänzendes kantonales Recht lässt (**1 ZP**) (bzw. nur so weit, als die Bundesgesetzgebung den Kantonen eine entsprechende Regelungskompetenz überträgt [**1 ZP**], was mit Bezug auf fahrzeugähnliche Geräte aber nicht der Fall ist [**1 ZP**]). Der Kanton X. ist demnach zum Erlass der in Frage stehenden

Regelung nicht zuständig (**1 P**).

*1 ZP, falls jemand weiss, dass die Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte in der Verkehrsregelnverordnung (VRV) geregelt ist (Änderung der VRV vom 15.5.2002, AS 2002, 1931).*

*Wer sich mit Art. 82 Abs. 1 BV auseinandersetzt und mit guter Begründung zum Ergebnis gelangt, die Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte falle nicht unter den Begriff "Strassenverkehr", so dass hierfür die Kantone zuständig sind, kann ebenfalls die volle Punktzahl erreichen.*

## 1.2 Zuständiges Organ

Die Frage, ob es sich beim Regierungsrat, welcher die Verordnung erlassen hat, um das hierfür zuständige Organ handelt, ist identisch mit der nachfolgend unter Ziff. 2.2 lit. a/bb zu prüfenden Frage, ob die gesetzliche Grundlage der Freiheitsrechtsbeschränkung das Erfordernis der Gesetzesform wahrt (**2 P**). Sie wird deshalb in jenem Zusammenhang geprüft. 2

*Gleichwertig: Prüfung hier und entsprechender Rückverweis bei der Prüfung des Erfordernisses der Gesetzesform.*

*Bei zweimaliger Abhandlung der Frage kann das Punktetotal von 2 + 8 P insgesamt nur einmal erreicht werden.*

*1 ZP für Ausführungen darüber, das die Zuständigkeit im Übrigen durch das kantonale Recht bestimmt wird.*

## 2. **Wahrung der persönlichen Freiheit** (53)

A. macht die Verletzung der persönlichen Freiheit geltend. Die Verletzung anderer Grundrechte kommt vernünftigerweise nicht in Betracht (**1 P**). 1

*Max. 4 ZP für gute Ausführungen dazu, weshalb andere Grundrechte (z.B. die Meinungsfreiheit oder die Rechtsgleichheit) hier nicht näher zu prüfen sind (Grundrechtskonkurrenz).*

### 2.1 Einschränkung der persönlichen Freiheit (11)

Das in Art. 10 Abs. 2 BV (**1 P**) verankerte Grundrecht der persönlichen Freiheit gewährleistet die körperliche und geistige Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit (**1 P**). Im vorliegenden Fall steht die Bewegungsfreiheit in Frage (**1 P**), da den Benutzerinnen und Benutzern fahrzeugähnlicher Geräte untersagt wird, sich auf öffentlichem Grund auf bestimmte Art und Weise fortzubewegen (**1 P**). Allenfalls könnte man den individuellen Entscheid, ein fahrzeugähnliches Gerät zu benutzen, auch der psychischen Integrität zuordnen (**1 P**). 5

Die persönliche Freiheit gewährleistet jedoch keine allgemeine Handlungsfreiheit (**1 P**), welche jede beliebige menschliche Betätigung umfassen würde. Vielmehr schützt sie nur die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung (*Häfe-* 2

lin/Haller, Rz. 359) (1 P).

Keine elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung z.B. die Möglichkeit, einen See an beliebiger Stelle mit einem Motorboot zu befahren, oder die Möglichkeit, an Spielautomaten um Geld zu spielen (Häfelin/Haller, Rz. 360). Ebensovienig umfasst die persönliche Freiheit einen Anspruch auf freie Wahl des Verkehrsmittels (vgl. BGE 126 II 522 ff., 553 E. 22d). Als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung bezeichnete das Bundesgericht dagegen den Wunsch nach Kindern, weshalb ein Verbot einzelner Methoden der Fortpflanzungsmedizin in das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit eingreife (BGE 119 Ia 460 ff., 475 E. 5a).

2

(Max. 2 P für die Abgrenzung zwischen elementaren und nicht elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung; max. 3 ZP für sehr gute Ausführungen.)

Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Möglichkeit, auf öffentlichem Grund fahrzeugähnliche Geräte zu benutzen, nicht als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung betrachtet werden (1 P). Die persönliche Freiheit ist demnach nicht tangiert (1 P).

2

Volle Punktezahl, wenn jemand mit kohärenter Begründung zum Ergebnis gelangt, bei der Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte handle es sich um eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung, weshalb die persönliche Freiheit tangiert sei.

## 2.2 Verletzung der persönlichen Freiheit

(39)

(Da die persönliche Freiheit nach hier vertretener Auffassung nicht tangiert, d.h. eingeschränkt ist, würde sich die Prüfung, ob es sich um eine zulässige oder um eine unzulässige Einschränkung handle, an sich erübrigen. Nach der expliziten Fragestellung ist sie jedoch vorzunehmen.)

Gemäss Art. 36 BV (1 P) müssen Einschränkungen von Freiheitsrechten auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, die Verhältnismässigkeit wahren und den Kerngehalt des Grundrechts unangetastet lassen (1 P).

2

Max. 2 ZP für gute Ausführungen darüber, dass das Legalitätsprinzip, das Erfordernis eines öffentlichen Interesses sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch dann gewahrt sein müssen, wenn kein Eingriff in ein Freiheitsrecht vorliegt (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV).

### a) Gesetzliche Grundlage

(15)

### aa) Erfordernis des Rechtssatzes

(7)

Das Erfordernis des Rechtssatzes (1/2 ZP) verlangt, dass es sich bei der gesetzlichen Grundlage des Eingriffs in ein Freiheitsrecht um eine generell-abstrakte (1 P), genügend bestimmte (1 P) Norm handeln muss.

2

Die in Frage stehende Verordnungsbestimmung ist generell-abstrakt (**1 P**), da sie sich an einen offenen Adressatenkreis richtet (**1/2 P**) und eine unbestimmte Vielzahl von Fällen regelt (**1/2 P**). 2

Sie ist – trotz der fehlenden Legaldefinition des Begriffs "fahrzeugähnliche Geräte" (**1/2 ZP**) und der bloss beispielhaften Aufzählung (**1/2 ZP**) – auch hinreichend bestimmt (**1 P**), jedenfalls soweit es sich um die explizit erwähnten Fortbewegungsmittel handelt (**1 P**). 2

*Max. 2 P + 1 ZP, wenn jemand die genügende Bestimmtheit unter Hinweis auf die fehlende Legaldefinition und die nicht abschliessende Aufzählung verneint.*

Dem Erfordernis des Rechtssatzes ist somit Genüge getan (**1 P**). 1

*bb) Erfordernis der Gesetzesform* (8)

Das Erfordernis des Rechtssatzes sagt nichts aus über die Rechtsetzungsstufe (**1 ZP**). Diesbezüglich verlangt das Erfordernis der Gesetzesform (**1/2 ZP**) ergänzend, dass der Freiheitsrechtseingriff eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn hat (**1 P**). Bei schweren Eingriffen muss die Freiheitsbeschränkung unmittelbar im formellen Gesetz geregelt sein (**1 P**), während bei leichteren Eingriffen eine Regelung auf Verordnungsstufe ausreicht (**1 P**). Eine derartige Verordnungsregelung muss jedoch ihrerseits – um dem Erfordernis der Gesetzesform zu genügen – auf einer zulässigen und hinreichenden Delegation durch ein formelles Gesetz beruhen (*Häfelin/Haller, Rz. 311*) (**2 P**). 6

Vorliegend steht höchstens – wenn überhaupt (siehe vorn) – ein leichter Eingriff in die persönliche Freiheit in Frage (**1 P**), weshalb die zu beurteilende Verordnungsregelung ausreicht, sofern sie auf einer zulässigen und hinreichenden Delegationsnorm beruht.

Da sich dem Sachverhalt keine Hinweise zum Vorhandensein einer gesetzlichen Delegationsnorm entnehmen lassen (**1 P**), ist das Erfordernis der Gesetzesform nicht erfüllt (**1 P**). Die Verordnung verletzt damit den Grundsatz der Gewaltenteilung (**1 ZP**) sowie das Legalitätsprinzip (**1 ZP**). 2

*Ebenfalls 2 P, wenn jemand aus dem Schweigen des Sachverhalts folgert, das Vorhandensein einer Delegationsnorm könne nicht abschliessend beurteilt werden.*

*Kein Punkt, wenn jemand aus dem Umstand, dass (höchstens) ein leichter Eingriff in die persönliche Freiheit vorliegt, auf das Genügen der Verordnungsregelung schliesst.*

*Kein ZP, wenn jemand im Einzelnen die Delegationsvoraussetzungen abhandelt.*

*Max. 2 ZP, wenn jemand zwischen selbständigen und unselbständigen Verordnungen unterscheidet und zum Schluss kommt, es liege keine Ermächtigung in der Kantonsverfassung vor, eine entsprechende selbständige Verordnung zu erlassen (bzw. die Frage könne nicht abschliessend beurteilt werden).*

*Max. 4 ZP für gute Ausführungen zur polizeilichen Generalklausel (unter Hinweis auf Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV = 1 ZP), deren Voraussetzungen allerdings nicht gegeben sind, da keine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt.*

*Bei zweimaliger Abhandlung der Frage unter den Titeln "Zuständiges Organ" (Ziff. 1.2) und "Erfordernis der Gesetzesform" kann das Punktetotal von 2 + 8 P insgesamt nur einmal erreicht werden.*

b) *Öffentliches Interesse*

Das Verbot, fahrzeugähnliche Geräte auf öffentlichem Grund zu benutzen, liegt im öffentlichen, nämlich in einem polizeilichen (1 P) Interesse. Es geht um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit (1 P), namentlich darum, Kollisionen zwischen Benutzern fahrzeugähnlicher Geräte und Zufussgehenden auf öffentlichem Grund zu vermeiden (1 P). 3

c) *Verhältnismässigkeit* (17)

aa) *Eignung*

Die Massnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen (1 P), d.h. Kollisionen zwischen Benutzern fahrzeugähnlicher Geräte und Zufussgehenden zu verhindern (1 P). Die diesbezügliche Eignung des Verbots ist – jedenfalls mit Bezug auf den öffentlichen Grund – ohne weiteres zu bejahen (1 P). 3

*Max. 2 ZP für gute Ausführungen darüber, dass das Verbot entsprechende Unfälle auf privatem Grund nicht verhindern kann. (Allerdings ist dies nicht eine Frage der Eignung der Massnahme, sondern eine Folge der vom Regierungsrat in der Verordnung vorgenommenen Konkretisierung des öffentlichen Interesses, die dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung trägt.)*

bb) *Erforderlichkeit* (7)

Weiter muss die Massnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sein. Es darf also keine mildere Massnahme (1 P) zur Verfügung stehen, mit welcher das Ziel gleich gut (d.h. in gleichem Umfang) (1 ZP) erreicht werden kann. 1

Die Verordnung verbietet die Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte auf dem gesamten öffentlichen Grund, also nicht nur auf Flächen, die von Zufussgehenden benutzt werden. Dies ist in zweifacher Hinsicht nicht erforderlich (1 P), um Kollisionen mit Fussgängerinnen und Fussgängern zu vermeiden: Einerseits ist es – jedenfalls zum Schutz der Fussgängerinnen und Fussgänger – nicht notwendig, den Benutzerinnen und Benutzern fahrzeugähnlicher Geräte auch das Befahren der Strasse (etwa einer ungefährlichen Quartierstrasse) (1 P) oder von Velowegen (1 P) zu verbieten; andererseits gibt es auch Flächen auf öffentlichem Grund (z.B. in Parkanlagen), die weder dem Strassenverkehr noch den Fussgängerinnen und Fussgängern gewidmet sind und insofern gefahrlos befahren werden können (1 P). Das Verbot geht also in räumlicher Hinsicht über das Notwendige hinaus (1 P). Als mildere Massnahme stünde namentlich ein auf Trottoirs beschränktes Verbot der Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte zur Verfügung; denn ausserhalb von Trottoirs kann von Zufussge-



henden eine erhöhte Aufmerksamkeit erwartet werden (**1 P**).

Andere mildere Massnahmen – etwa verkehrserzieherischer Art – kommen hingegen kaum in Betracht, da fahrzeugähnliche Geräte auch von Kindern benutzt werden (**1 ZP**).

*Das Maximum von 6 P kann bei einer guten, differenzierten Argumentation erlangt werden, unabhängig vom Ergebnis (wobei sich die KandidatInnen für das eine oder andere Ergebnis entscheiden müssen). Die Punkteverteilung in den beiden voranstehenden Absätzen hat nur **beispielhaften** Charakter.*

cc) Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung; Verhältnismässigkeit im engeren Sinn) (7)

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sind die auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen einerseits und die betroffenen privaten Interessen andererseits gegeneinander abzuwägen (**1 P**). 1

Für die Zumutbarkeit des Verbots spricht, dass die persönliche Freiheit nicht oder (je nach eingenommenem Standpunkt) höchstens geringfügig tangiert wird (**1 P**). 6  
Gegen die Zumutbarkeit spricht indes, dass das Verbot – wie dargelegt – in räumlicher Hinsicht über das Erforderliche hinausgeht. Mangelnde Erforderlichkeit einer Massnahme deutet auch auf deren Unzumutbarkeit hin (**1 P**).

Hinzu kommt, dass ein gänzlich Verbot der Benutzung fahrzeugähnlicher Geräte etwas gar weit geht, und zwar auch dann, wenn man diese Betätigung nicht als durch die persönliche Freiheit geschützt betrachtet. Denn das Gefahrenpotenzial solcher Geräte ist – etwa im Vergleich zu Autos – trotz des tragischen Unfalles im konkreten Fall relativ gering (**1 P**). Zu beachten ist dabei namentlich, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch dann gewahrt werden muss, wenn keine Grundrechtseingriffe auf dem Spiel stehen (Art. 5 Abs. 2 BV [**1 P**] (**1 P**)).

Insgesamt erweist sich die Verordnungsregelung somit als unzumutbar und damit als unverhältnismässig (**1 P**).

*Das Maximum von 6 P kann bei einer guten, differenzierten Argumentation erlangt werden, unabhängig vom Ergebnis (wobei sich die KandidatInnen für das eine oder andere Ergebnis entscheiden müssen). Die Punkteverteilung in den beiden voranstehenden Absätzen hat nur **beispielhaften** Charakter.*

d) Wahrung des Kerngehalts

Da höchstens von einem leichten Eingriff in die persönliche Freiheit ausgegangen werden kann (**1 P**), ist deren Kerngehalt gewahrt (**1 P**). 2

3. Ergebnis 1

(**1 P** für die Formulierung eines Ergebnisses bzw. Fazits an sich, d.h. für die Beantwortung der Frage)

Die Verordnung erweist sich in verschiedener Hinsicht als verfassungswidrig (**1 P**):  
Sie verletzt die verfassungsmässige Kompetenzordnung\*, wurde in Verletzung des  
verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsprinzips erlassen\* und verstösst – unab-  
hängig davon, ob man die persönliche Freiheit als tangiert betrachtet oder nicht –  
gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit\*.

*\* Wer die verfassungsrechtlichen Mängel der Verordnung hier anführt, enthält da-  
für je **1 P**, sofern nicht schon bei den einzelnen Voraussetzungen entsprechende  
Zwischenergebnisse festgehalten und mit einem Punkt bewertet wurden (wie in der  
vorliegenden Musterlösung).*

**Kein Punkt** für das Ergebnis "Das Bundesgericht wird die Beschwerde gutheissen"  
(Fragestellung!).

**Frage 3** **Total Punkte: 5**

A. könnte einen späteren Rechtsanwendungsakt (**1 P**) – namentlich eine Busse we-  
gen Verstosses gegen die Verordnung (**1 P**) – anfechten und geltend machen, die  
Verordnung, auf welche sich die angefochtene Verfügung stützt, sei verfassungs-  
widrig (**1 P**). Das Bundesgericht müsste in diesem Fall vorfrageweise / akzessorisch  
(**1 P**) die Verfassungsmässigkeit der Verordnung überprüfen (**1 P**). Da es sich um  
eine kantonale Verordnung handelt, kommt das Anwendungsgebot gemäss Art. 190  
BV nicht zum Tragen (**1 ZP**).

**Kein Punkt** für Ausführungen darüber, dass das Bundesgericht die Verordnung  
nicht aufheben, sondern bloss nicht anwenden würde (Fragestellung!).

<b>Aufgabe 2</b>	<b>Total Punkte: 60</b>
------------------	-------------------------

a) aa) (Vgl. Haller/Kölz, S. 194 ff.) Im parlamentarischen Regierungssystem stellt die  
vom Volk gewählte Parlamentsmehrheit die Regierung (Hauptcharakteristikum;  
**2 P**). Diese Parlamentsmehrheit besteht aus den Abgeordneten der Mehrheits-  
partei oder – wenn keine Partei die Mehrheit der Parlamentssitze erlangt hat –  
aus einer Parteienkoalition (**1 P**).

Die Wahl des Regierungschefs (Premierminister/Ministerpräsident [**1 P**]) er-  
folgt somit nicht durch das Volk, sondern durch das Parlament (**1 P**). Der Re-  
gierungschef und seine Minister bleiben Parlamentsmitglieder (sofern sie Ab-  
geordnete sind) (**1 P**).

Die Abhängigkeit der Regierung von der Parlamentsmehrheit zeigt sich in der  
Befugnis des Parlaments, der Regierung durch ein Misstrauensvotum (**1 P**) je-  
derzeit das Vertrauen zu entziehen und sie dadurch zum Rücktritt zu zwingen  
(**1 P**). Der Regierungschef kann auch selbst die Vertrauensfrage stellen (**1 P**).  
Als Gegenstück zum Misstrauensvotum steht der Regierung (oder dem Staats-

oberhaupt auf Antrag der Regierung [**1 ZP**] das Recht auf Parlamentsauflösung zu (**1 P**).

*Je 1 ZP:*

- *fehlende subjektive Gewaltenteilung;*
- *Misstrauensvotum und Parlamentsauflösungsrecht als Erscheinungsformen der Gewaltenhemmung;*
- *Staatsoberhaupt (PräsidentIn oder MonarchIn) als repräsentierende, überparteiliche Instanz ("pouvoir neutre") mit relativ wenig Machtbefugnissen;*
- *grosse Bedeutung der Opposition als die Regierung kontrollierende Einrichtung;*
- *häufig Personalunion Regierungschef/Parteichef → Parlamentswahl kommt in diesem Fall einer Volkswahl des Regierungschefs nahe;*
- *starker Fraktionszwang der Abgeordneten als Folge des Angewiesenseins der Regierung auf eine Parlamentsmehrheit*

- bb) In erster Linie müssten die Bestimmungen der Bundesverfassung (**1 P**) über die Wahl, Zusammensetzung, Funktionsweise und wohl auch die Bezeichnung der Regierung geändert werden (**1 P**), nämlich Art. 168 Abs. 1 sowie Art. 175–177 BV (**1 P**); ferner alle Bestimmungen, in denen die Bezeichnung "Bundesrat" vorkommt (**1/2 ZP**). 7

Weiter müssten die Institution des Staatsoberhauptes (**1/2 P**) sowie dessen Befugnisse (**1/2 P**) in der BV vorgesehen bzw. geregelt werden.

Sodann müssten – anstelle der parlamentarischen Oberaufsicht (**1/2 ZP**) gemäss Art. 169 BV (**1/2 ZP**) – das Misstrauensvotum (**1 P**) und die Vertrauensfrage (**1/2 ZP**) sowie das Parlamentsauflösungsrecht (**1 P**) in der BV vorgesehen werden.

Schliesslich müssten auch das Parlamentsgesetz entsprechend geändert und allfällige weitere Gesetze und Verordnungen angepasst bzw. neu erlassen werden (**1 P**).

Wegen der eingreifenden Änderung der Verfassungsordnung würde sich überdies die Frage stellen, ob die Einführung des parlamentarischen Regierungssystems auf dem Weg der Partialrevision (Art. 194 BV) oder der Totalrevision (Art. 193 BV) zu erfolgen hätte (**2 ZP**).

- cc) Ein parlamentarisches Regierungssystem hätte in erster Linie Auswirkungen auf die Volksrechte. Da die Kontrolle von Regierung und Parlamentsmehrheit im parlamentarischen Regierungssystem primär durch die parlamentarische Opposition (= Minderheitspartei bzw. Parteien, die nicht der Regierungskoalition angehören) erfolgt, sind zusätzliche direktdemokratische Kontrollinstrumente (Initiative und Referendum) tendenziell systemfremd. Die Kumulation dieser beiden Kontrollmechanismen (Opposition einerseits, Volksrechte andererseits) könnte – je nach Situation – dazu führen, dass diese sich gegenseitig in ihrer Wirkung neutralisieren oder dass umgekehrt die Regierungstätigkeit blockiert 5

wird (**4 P**).

*Max. 2 ZP für sehr gute Ausführungen.*

Weiter könnte mit einem parlamentarischen Regierungssystem den verschiedenen sprachlichen, kulturellen und konfessionellen Minderheiten in der Schweiz nicht genügend Rechnung getragen werden (**1 P**).

*Die Antworten zu bb) und cc) können sich überschneiden. Richtige Ausführungen sind bei der einen oder anderen Teilfrage zu bewerten, sofern die Zuordnung als vertretbar erscheint (Bewertung insgesamt nur einmal).*

- b) Um die Funktionsfähigkeit und die Erhaltung eines Bundesstaates als politische Einheit zu sichern (**1 P**), muss die bundesstaatliche Ordnung ein gewisses Mindestmass an Homogenität (Einheitlichkeit) aufweisen (**1 P**) (sog. Homogenitätsklausel [**1 ZP**]). In diesem Sinne bezweckt Art. 51 Abs. 1 BV die Wahrung einer minimalen Einheitlichkeit der Verfassungsstruktur der Kantone, indem er diesen ein Mindestmass an Demokratie vorschreibt (**1 P**) (*Häfelin/Haller, Rz. 1010; Haller/Kölz, S. 160*). 3

*Max. 1 ZP für gute nähere Ausführungen zum Inhalt von Art. 51 Abs. 1 BV.*

- c) Kompetenzhoheit (oder "Kompetenz-Kompetenz" [**1 ZP**]) des Bundes bedeutet, dass es im Bundesstaat Sache des Bundes ist (**1 P**), darüber zu entscheiden, welche Staatsaufgaben vom Bund selbst (**1 P**) und welche von den Gliedstaaten wahrgenommen werden sollen (**1 P**) (*Häfelin/Haller, Rz. 933; Haller/Kölz, S. 145*). Die Kompetenzhoheit des Bundes ist insofern leicht eingeschränkt, als die Kantone über das für Verfassungsänderungen erforderliche Ständemehr eine gewisse Mitsprachemöglichkeit haben (**1 ZP**). 3

*Keine Punkte für Ausführungen zur Art der Kompetenzausscheidung in der BV (Art. 3 und 42 Abs. 1 BV), weil danach nicht gefragt ist.*

- d) Bei Art. 75 Abs. 1 BV (Raumplanung) handelt es sich um eine Rahmen- oder Grundsatzgesetzgebungskompetenz (**1 P**; *1/2 ZP für die Nennung beider Begriffe*), wobei Art. 75 Abs. 2 BV dem Bund zusätzlich eine Förderungskompetenz verleiht (**1 ZP**). Demgegenüber verleiht Art. 118 Abs. 2 BV dem Bund im Sachgebiet Gesundheitsschutz eine fragmentarische Kompetenz, in drei genau umschriebenen Teilbereichen Regelungen zu erlassen (**1 P**). 6

Bei einer fragmentarischen Kompetenz ist der Bund auf die Regelung einzelner Teilbereiche eines bestimmten Sach- oder Rechtsgebiets beschränkt (**1 P**). Innerhalb dieser Teilbereiche darf er aber Regelungen in gleicher Dichte und Detailliertheit erlassen wie bei einer umfassenden Kompetenz (**1 P**). Demgegenüber ist der Bund bei einer Grundsatzgesetzgebungskompetenz zur Regelung des ganzen Sach- oder Rechtsgebiets zuständig (wie bei einer umfassenden Kompetenz) (**1 P**), doch darf er dies – was die Regelungsdichte anbelangt – nur in eingeschränkter Weise tun; den Kantonen muss ein substanzieller eigener Regelungsspielraum verbleiben (**1 P**).

*Keine Punkte für Ausführungen darüber, dass es sich in beiden Fällen um Bundeskompetenzen mit nachträglich derogatorischer Wirkung handelt, weil nur nach den Unterschieden gefragt ist.*

- e) Bundeskompetenzen haben in der Regel nachträglich derogatorische Wirkung, damit bis zum Inkrafttreten der entsprechenden Bundesgesetze keine Regelungslücken entstehen (**2 P**). Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung kommen vorab dort in Frage, wo Regelungslücken keine negativen Folgen hätten (**1 ZP**) oder wo eine sofortige Rechtsvereinheitlichung im Bundesstaat derart vorrangig ist, dass zeitweilige Regelungslücken in Kauf genommen werden müssen (**1 ZP**). 2

*Je 1/2 ZP für die richtige Verwendung der Begriffe "ausschliessliche" und "konkurrierende" Kompetenz.*

*Keine Punkte für die Umschreibung der Begriffe "ursprünglich derogatorisch" und "nachträglich derogatorisch", weil danach nicht gefragt ist.*

- f) Bei einer Gesetzesdelegation von der Legislative an die Exekutive wird der Grundsatz der Gewaltenteilung durchbrochen (**2 P**). Ausserdem leiden Erlasse der Exekutive an einem demokratischen Defizit (**1 P**), weil sie nicht vom demokratisch gewählten Parlament beschlossen werden (**1/2 ZP**) und hiergegen in der Regel kein Referendum möglich ist (**1 ZP**). 5

*Keine Punkte für die Nennung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Gesetzesdelegation, weil danach nicht gefragt ist.*

Demgegenüber bestehen diese Bedenken bei einer Delegation vom Bund an die Kantone nicht (**1 P**). Vielmehr wird dadurch dem föderalistischen Gedanken Rechnung getragen (**1 P**). Allerdings sind entsprechende Delegationen – jedenfalls solche grösseren Ausmasses – vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung ebenfalls nicht ganz unbedenklich (**1 ZP**).

- g) Eine Rechtsvereinheitlichung könnte einerseits durch Begründung einer entsprechenden Bundeskompetenz (**1 P**) und Erlass eines darauf gestützten Bundesgesetzes (**1 P**) herbeigeführt werden. Art. 75 Abs. 1 BV (Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Bereich der Raumplanung) verleiht dem Bund keine entsprechende Regelungsbefugnis (**1 ZP**). 5

Andererseits könnte eine Rechtsvereinheitlichung auf dem Weg einer interkantonalen Vereinbarung / eines Konkordats / eines Vertrages im Sinne von Art. 48 BV (**1 P**) herbeigeführt werden (**1 P**). Für eine gesamtschweizerische Rechtsvereinheitlichung wäre allerdings der Beitritt sämtlicher Kantone erforderlich (**1 P**).

- h) Gemäss Art. 149 Abs. 3 BV (**1 P**) bildet bei der Nationalratswahl jeder Kanton einen Wahlkreis (**1 P**). Dies hat zur Folge, dass kein landesweiter Proporz besteht (**1 P**). Je kleiner ein Kanton bzw. ein Wahlkreis ist, desto höher sind die Hürden für eine Partei, einen Sitz zu erlangen (**1 P**). Im Extremfall – wenn nur ein Sitz zu vergeben ist – handelt es sich zwangsläufig um eine Majorzwahl (**1 ZP**). Insofern hat 5

die Grösse des Wahlkreises faktisch die gleiche Wirkung wie eine entsprechende (nach Grösse abgestufte) Sperrklausel (**1 P**), d.h. ein bestimmter Prozentsatz der Gesamtstimmenzahl, der erreicht werden muss, um bei der Mandatsverteilung berücksichtigt zu werden (*Haller/Kölz, S. 243*) (**1/2 ZP**). Dies führt dazu, dass die Erfolgswertgleichheit nicht gewahrt ist (**1 ZP**). Insgesamt sind kleine Parteien im Nationalrat deshalb unter- und grosse entsprechend übervertreten (**1 ZP**).

- i) Die Nationalratswahl ist gemäss Art. 149 Abs. 2 BV (**1 P**) eine Proporzwahl (**1 P**). Die Sitze werden also nicht (wie bei einer Majorzwahl) auf die Personen mit der höchsten Stimmzahl verteilt (**1 ZP**), sondern die Sitzverteilung entspricht soweit wie möglich den Wähleranteilen der Parteien (**1 ZP**). 9

In einem ersten Schritt werden deshalb die Sitze nach Massgabe der Stimmenanteile auf die Parteien verteilt (**1 P**), und zwar gemäss dem in Art. 40 f. BPR (**1 P**) geregelten mathematischen Verfahren (sog. Methode "Hagenbach-Bischoff" [**1 ZP**]; *Häfelein/Haller, Rz. 1479; Haller/Kölz, S. 243*) (**1 P**).

Erst wenn die Zahl der Sitze je Partei feststeht, werden die Sitze in einem zweiten Schritt "nach Massgabe der erreichten Mandate" (Art. 43 Abs. 1 BPR [**1 P**]) mit den einzelnen Kandidatinnen und Kandidaten aufgefüllt (**1 P**), und zwar in der Reihenfolge ihrer Stimmzahl (**1 P**). Daher kann es vorkommen, dass ein Kandidat leer ausgeht, obwohl er persönlich mehr Stimmen erhalten hat als ein Kandidat einer anderen Partei, der noch ein entsprechender Sitz zugeteilt wurde.

*Max. 2 ZP für saubere Unterscheidung zwischen diesen beiden Schritten.*

Im vorliegenden Fall ist es wahrscheinlich, dass die CVP deutlich mehr Stimmen gemacht hat als die SVP, so dass selbst ihr schlechtestplatzierter Kandidat noch mehr Stimmen erhalten hat als der bestplatzierte SVP-Kandidat. Wenn beispielsweise die CVP in einem Kanton mit 10 Sitzen einen Wähleranteil von 30 % hat, während die SVP auf einen solchen von 10 % kommt, so werden höchstwahrscheinlich alle 10 CVP-Kandidierenden mehr Stimmen erhalten als der beste Kandidat der SVP. Gleichwohl werden wegen des Proporzsystems nur 3 CVP-Politikerinnen und -Politiker gewählt, während der innerhalb seiner Liste bestgewählte – aber allen CVP-Kandidierenden unterlegene – SVP-Kandidat ebenfalls in den Nationalrat einzieht.

*(1 P für eine derartige plausible und logische Veranschaulichung des Phänomens; max. 2 ZP für besonders gute Ausführungen).*

*Max. 2 ZP für gute Ausführungen darüber, dass der geschilderte Effekt durch Listenverbindungen noch verstärkt werden kann.*

**Keine Punkte für Ausführungen zu den Themen Listen- und Einzelstimmenkonkurrenz bzw. Kumulieren und Panaschieren, da dies keine Auswirkungen auf das zu erklärende Phänomen hat.**

(Vgl. Häfelin/Haller, Rz. 1335 f., sowie die dort resümierten leading cases BGE 129 I 217 ff. und 129 I 232 ff. Siehe ferner BGE 130 I 140 ff. [ebenfalls erwähnt bei Häfelin/Haller, Rz. 1335] und aus der jüngsten Rechtsprechung die Entscheide BGE 131 I 18 ff., 132 I 167 ff. und 132 I 196 ff., welche die zitierten leading cases bestätigen haben.)

Aus verfassungsrechtlicher Sicht sind folgende Fragen näher zu prüfen:

- eine allfällige Verletzung der Privatsphäre;
- eine allfällige Verletzung des Diskriminierungsverbots;
- eine allfällige Verletzung des Willkürverbots;
- eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht.

*Max. 2 ZP für guten Einstieg in die Falllösung bzw. gute Problemübersicht.*

*Die nachfolgend je Problemkreis in Klammern angegebenen Punktemaxima (ohne ZP) können jeweils mit einer guten, fallbezogenen Argumentation erreicht werden, unabhängig vom Ergebnis. Die Punkteverteilung in der Musterlösung hat nur **beispielhaften** Charakter.*

**1. Vereinbarkeit mit dem Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (18)**

**1.1 Einschränkung des Anspruchs auf Wahrung der Privatsphäre**

Gemäss Art. 13 Abs. 1 BV (1 P) und Art. 8 Ziff. 1 EMRK (1 ZP; gleichwertig: Art. 8 Abs. 1 EMRK) hat jede Person Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens (1 P). Im Einbürgerungsverfahren müssen der zuständigen Behörde detaillierte Angaben über Herkunft, Einkommen, Vermögen, Ausbildung, Tätigkeit, Sprachkenntnisse, Familienverhältnisse, Freizeitgestaltung, Leumund usw. gemacht werden. Dabei handelt es sich zum Teil um besonders sensible Daten, weil sie sich in ihrer Gesamtheit zu einem Persönlichkeitsprofil zusammenfügen (1 P). Der Anspruch auf Schutz der Privatsphäre ist deshalb tangiert (1 P). 4

*Max. 2 ZP für sehr gute Ausführungen.*

**1.2 Verletzung des Anspruchs auf Wahrung der Privatsphäre (14)**

Es fragt sich deshalb, ob der Eingriff in die Privatsphäre zulässig ist. Hierzu muss er gemäss Art. 36 BV (1 P) – bzw. sinngemäss nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK (1 ZP) – auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und den Kerngehalt wahren (1 P). 2

Die *gesetzliche Grundlage* wäre in den kantonalen bzw. kommunalen Bestimmungen betreffend das Einbürgerungsverfahren zu suchen (1 P). Der Sachverhalt enthält hierüber keine Angaben, weshalb das Vorhandensein einer genügenden gesetzlichen Grundlage für die Erhebung und Bekanntgabe der fraglichen Daten nicht abschliessend beurteilt werden kann (1 P). 2

*Gleichwertig: Annahme, dass die entsprechenden Regelungen bestehen.*

Die Erhebung der relevanten Daten im Rahmen des Einbürgerungsverfahrens ist unumgänglich, ebenso die Bekanntgabe an das für die Einbürgerung zuständige Organ (**1 P**). Insofern besteht daran ein *öffentliches Interesse* (**1 P**). 2

Die Erhebung und Bekanntgabe der Daten darf mit Rücksicht auf den Schutz der Privatsphäre jedoch nur so weit gehen, wie dies für eine sachgerechte Beurteilung eines Einbürgerungsgesuchs erforderlich und für die Betroffenen zumutbar ist (**1 P**); massgebend ist also letztlich die *Verhältnismässigkeit* des Eingriffs (**1 P**). Es fragt sich deshalb, ob die Veröffentlichung solcher persönlichkeitsbezogener Daten im Vorfeld einer Gemeindeversammlung nicht an sich schon zu weit geht, was zur Folge hätte, dass die entsprechende Zuständigkeit von Gemeindeversammlungen als verfassungswidrig bezeichnet werden müsste (**2 P**; *max. 2 ZP für sehr gute Ausführungen*). 4

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit Einbürgerungen durch Urnenabstimmung die zehntausendfache Vervielfältigung derartiger Daten und deren Verteilung an alle stimmberechtigten Bürger der Stadt Zürich als unverhältnismässigen Eingriff in die Privat- und Geheimsphäre der einbürgerungswilligen Personen qualifiziert (*BGE 129 I 232 ff., 246 E. 4.3.2*) (**1 ZP**). Mit Bezug auf Gemeindeversammlungen ist das Bundesgericht jedoch zurückhaltender; die Verfassungsmässigkeit entsprechender Gemeindeversammlungsbeschlüsse könne unter dem Blickwinkel des Schutzes der Privatsphäre nicht von vornherein in Frage gestellt werden. Es werde in jedem Einzelfall – unter Berücksichtigung der Natur und des Umfangs der persönlichen Daten sowie der Art und Weise ihrer Bekanntgabe an der Gemeindeversammlung – geprüft werden müssen, ob das Persönlichkeitsrecht der Gesuchstellenden gewahrt worden sei (*BGE 130 I 140, 154 f. E. 5.3.6, erwähnt bei Häfelin/Haller, Rz. 1335 a.E.*) (**1 ZP**).

*Basierend auf dieser rechtlichen Ausgangslage können beide Auffassungen vertreten werden, d.h. sowohl die Vereinbarkeit als auch die Unvereinbarkeit mit dem Persönlichkeitsschutz. Beide Auffassungen sind, soweit schlüssig begründet, gleich zu bewerten* (**4 P**; *max. 3 ZP für sehr gute Ausführungen*) 4

*Mögliche Argumentation für Vereinbarkeit mit dem Persönlichkeitsschutz:*

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung [*muss nicht erwähnt werden*] ist die Bekanntgabe persönlicher Daten einbürgerungswilliger Personen zuhanden der Gemeindeversammlung nicht a priori unzulässig. Vielmehr kommt es auf den Umfang sowie die Art und Weise der Bekanntgabe im Einzelfall an. Dabei ist, was den Umfang und die Art der Daten betrifft, bei Einbürgerungen durch eine Gemeindeversammlung gewiss etwas mehr Zurückhaltung angezeigt als etwa bei Einbürgerungen durch eine Einbürgerungskommission.

Der vorliegende Sachverhalt enthält keinerlei Anhaltspunkte, die auf eine unverhältnismässige Offenlegung persönlichkeitsbezogener Daten und damit auf eine Verletzung der Privatsphäre schliessen lassen.



*Mögliche Argumentation für Unvereinbarkeit mit dem Persönlichkeitsschutz:*

Damit sich die Stimmberechtigten sachgerecht informieren können, wird es im Regelfall wohl unumgänglich sein, die erforderlichen Daten – wie im vorliegenden Fall – bereits im Vorfeld der Gemeindeversammlung allen Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern mitzuteilen, sei dies in der Weisung des Gemeinderates oder auf andere Weise. Insofern besteht kaum noch ein Unterschied zur (im Zusammenhang mit Einbürgerungen verpönten) Urnenabstimmung, da persönlichkeitsbezogene Daten auch im Vorfeld einer Gemeindeversammlung unter Umständen tausendfach verbreitet werden müssen. Aus diesem Grund sind Einbürgerungen durch Gemeindeversammlungen – entgegen der Auffassung des Bundesgerichts [*muss nicht erwähnt werden*] – ebenso wie Einbürgerungen an der Urne als verfassungswidrig zu betrachten; denn als "milderer Eingriff" in die Privatsphäre steht die Möglichkeit der Einbürgerung durch ein kleineres Gremium (z.B. Gemeinderat oder Einbürgerungskommission) zur Verfügung.

**2. Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot (9)**

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV (**1 P**) darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung (**1 P**). Wird eine Person allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche traditionellerweise ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird, rechtsungleich behandelt, liegt eine Diskriminierung vor. Die Diskriminierung stellt somit eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung dar (**2 P**). 4

*Max. 2 ZP für sehr gute Ausführungen.*

Das Diskriminierungsverbot ist allerdings kein Anknüpfungsverbot (**1 ZP**), d.h. es verbietet nicht schlechterdings jede Ungleichbehandlung aufgrund eines Merkmals im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV. Eine derartige Ungleichbehandlung bedarf jedoch einer besonders qualifizierten Begründung und Rechtfertigung (**1 ZP**).

Die Stimmberechtigten handeln, wenn sie über Einbürgerungsgesuche entscheiden, als Organ der Gemeinde und nehmen eine staatliche Aufgabe wahr (**1 ZP**). Sie sind daher gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden, namentlich an das Diskriminierungsverbot (**1 ZP**).

*Ausführungen zur Grundrechtsbindung der Stimmberechtigten sind auch im Zusammenhang mit dem Willkürverbot und der Begründungspflicht möglich, werden aber nur einmal mit Zusatzpunkten honoriert.*

Bei Nichteinbürgerungen von Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien ist mit Bezug auf deren ethnische Herkunft ein Merkmal im Spiel, hinsichtlich welchem eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV in Betracht fällt (**1 P**). Denn Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien werden in der Schweiz – jedenfalls seit den kriegerischen Ereignissen auf dem Balkan in den 1990er-Jahren – vielerorts mit einer ablehnenden Haltung konfrontiert, welche nicht als individualisierend be- 5

zeichnet werden kann (1 P). Im vorliegenden Fall lässt die diskussionslose Ablehnung aller Einbürgerungsgesuche – die gegen den Antrag des Gemeinderates erfolgt ist – eine gewisse Vermutung entstehen, dass diskriminierende Beweggründe mit im Spiel waren (1 P). Ferner lässt auch die Meinungsäusserung von B. auf eine klar diskriminierende Haltung schliessen (1 P). Da es sich jedoch um eine singuläre bzw. singulär geäusserte Auffassung handelt, kann das Vorliegen eines Diskriminierungstatbestandes nicht eindeutig und abschliessend beurteilt werden (1 P).

*Max. 3 ZP für sehr gute Argumentation.*

**3. Vereinbarkeit mit dem Willkürverbot (5)**

Gemäss Art. 9 BV (1 P) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen – zu welchen bei Einbürgerungsentscheiden auch die Stimmberechtigten gehören (siehe oben) – ohne Willkür behandelt zu werden (1 P). Willkür bedeutet qualifizierte, grobe Fehlerhaftigkeit (1 P). 3

Falls die negativen Einbürgerungsentscheide gegen das Diskriminierungsverbot verstossen, sind sie willkürlich; umgekehrt läge ohne Diskriminierung auch keine Willkür vor (1 P). Dem Willkürverbot kommt im vorliegenden Zusammenhang somit keine selbständige Bedeutung zu (1 P). 2

*1/2 ZP bei Verwendung des Begriffs Grundrechtskonkurrenz.*

*Ebenfalls 2 P, wenn jemand schlüssig eine selbständige Verletzung des Willkürverbots begründet.*

**4. Vereinbarkeit mit der Begründungspflicht (14)**

Die Parteien eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens haben gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (1 P) Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs (1 P). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich die Verpflichtung, Verfügungen und Entscheide zu begründen (1 P); denn ohne Begründung ist eine sachgerechte Anfechtung einer Verfügung bzw. eines Entscheides nicht möglich (1 ZP). 3

Der Anspruch auf rechtliches Gehör kommt indes nur im Zusammenhang mit individuell-konkreten Hoheitsakten – d.h. mit Verfügungen – zum Tragen (1 ZP). Während Einbürgerungsentscheide früher als politische Entscheide aufgefasst wurden, handelt es sich nach neuerer Auffassung, die auch vom Bundesgericht übernommen wurde, um Rechtsanwendungsakte, welche alle Merkmale einer Verfügung aufweisen (1 ZP). Demzufolge besteht auch ein Anspruch auf Begründung (1 ZP).

Das Bundesgericht leitet den Anspruch auf Begründung überdies aus dem Diskriminierungsverbot ab; denn die Begründung ist – wie gerade der vorliegende Fall zeigt – eine unabdingbare Voraussetzung für die Überprüfung von Einbürgerungsentscheiden unter dem Blickwinkel des Diskriminierungsverbots (1 P). Ohne Begründungspflicht bestünde die Gefahr, dass das Diskriminierungsverbot faktisch leerläuft (1 P). Aus diesem Grund hat das Bundesgericht Urnenabstimmungen über Einbür- 2

gerungen als mit der Begründungspflicht unvereinbar erklärt (**1 ZP**).

Im Zusammenhang mit Einbürgerungen an Gemeindeversammlungen bestehen keine starren Regeln, wann der Begründungspflicht Genüge getan ist und wann nicht (**1 P**). Massgebend muss die Möglichkeit sein, das Vorliegen einer allfälligen Diskriminierung beurteilen (**1 P**) und den Entscheid sachgerecht anfechten zu können (**1 P**). Im vorliegenden Fall hat der Gemeindepräsident im Anschluss an die unbegründet erfolgten Ablehnungen der Einbürgerungsgesuche nach den Gründen gefragt. Dieses Vorgehen erscheint nicht a priori als untauglich und unzulässig, um die Motive der Ablehnung zu eruieren (**1 P**). Erforderlich ist jedoch eine repräsentative Zahl von Äusserungen, die zuverlässig auf die Beweggründe der ablehnenden Mehrheit schliessen lässt (**1 P**). Derartige repräsentative Meinungsäusserungen liegen hier aber nicht vor. Während B. seine diskriminierende Meinung kundtat, äusserte A. eine zumindest vordergründig haltbare, wenn auch nicht näher erläuterte Begründung (**1 P**). Rückschlüsse auf die Beweggründe der übrigen 44 Stimmberechtigten sind dadurch indes nicht möglich (**1 P**).

7

*Max. 3 ZP für sehr gute Argumentation.*

Die negativen Einbürgerungsentscheide können daher nicht als hinreichend begründet betrachtet werden, um eine Diskriminierung zu verneinen bzw. eine sachgerechte Anfechtung zu ermöglichen (**1 P**). Sie sind somit unzulässig (**1 P**).

2

## 5. Ergebnis

1

*(1 P für die Formulierung eines Ergebnisses bzw. Fazits an sich)*

Die Einbürgerungsentscheide sind mangels hinreichender Begründung\* (und wegen Verstosses gegen den Anspruch auf Wahrung der Privatsphäre\*) verfassungswidrig (**1 P**).

1

*\* Wer den Mangel (bzw. die Mängel) hier anführt, enthält dafür (je) 1 P, sofern nicht schon bei den einzelnen Problemkreisen entsprechende Zwischenergebnisse festgehalten und mit einem Punkt bewertet wurden (wie in der vorliegenden Musterlösung).*

<b>Aufgabe 4</b>	<b>Total Punkte:</b>	<b>38</b>
------------------	----------------------	-----------

- a) Teilweise zutreffend (**1 P**), nämlich mit Bezug auf die Auslegung. Für die Beantwortung der Frage, ob bzw. wie weit eine Verfassungsnorm eine Bundeskompetenz beinhaltet, gelten die allgemeinen Grundsätze der Verfassungsauslegung (*Häfelin/Haller, Rz. 1064 ff.*) (**1 P**).

6

Im Übrigen unzutreffend. Gemäss Art. 3 (**1/2 P**) und Art. 42 Abs. 1 BV (**1/2 P**) fallen neue bzw. nicht dem Bund zugewiesene Staatsaufgaben automatisch in den Kompetenzbereich der Kantone (**1 P**). Das System der Kompetenzaufteilung ist so-

mit lückenlos (**1 P**). Konsequenz: Für die Herleitung von Bundeskompetenzen durch Lückenfüllung oder aus Gewohnheitsrecht bleibt kein Raum (*Häfelin/Haller, Rz. 1057, 1061*) (**1 P**).

- b) Unzutreffend (**1 P**). Das Kriterium "umfassend" bezieht sich auf den Umfang der Bundeskompetenz (**1 P**) und bedeutet, dass der Bund den betreffenden Sach- oder Rechtsbereich allseitig bis ins Detail regeln darf (**1 P**). 5

Demgegenüber bezieht sich das Kriterium "ausschliesslich" – gleichbedeutend mit "ursprünglich derogatorisch" (**1 ZP**) – auf die Auswirkungen der Bundeskompetenz auf die kantonale Zuständigkeit (**1 P**) und bedeutet, dass die Kantone bereits mit Begründung der Bundeskompetenz im betreffenden Sach- oder Rechtsgebiet keine Regelungen mehr erlassen dürfen (**1 P**).

- c) Zutreffend (**1 P**). Art. 50 Abs. 1 BV (**1 P**), gewährleistet zwar die Gemeindeautonomie, aber nur "nach Massgabe des kantonalen Rechts" (**1 P**). 3

- d) Unzutreffend (**1 P**). Willkür bedeutet qualifizierte, grobe Fehlerhaftigkeit (**1 P**). 2

- e) Unzutreffend (**1 P**). Nach Art. 13 Abs. 1 lit. a des Publikationsgesetzes (**1 P**) werden bundesrätliche Botschaften im Bundesblatt veröffentlicht (**1 P**). 3

- f) Unzutreffend (bzw., sofern das Richtige gemeint ist, teilweise zutreffend) (**1 P**). Dies gilt gemäss Art. 7 RVOG (**1/2 P**) zwar für den Regelfall, nicht aber für den Fall einer parlamentarischen Initiative (**1 P**). Gemäss Art. 111 f. ParlG (**1/2 P**) leitet bei einer parlamentarischen Initiative die zuständige Kommission des Rates, in dem die Initiative eingereicht wurde, das Vorverfahren (**1 P**). 4

- g) Zutreffend (**1 P**). Die allgemeine Kompetenz des Bundes in "auswärtigen Angelegenheiten" (Art. 54 Abs. 1 BV [**1 P**]) umfasst in erster Linie die Aussenpolitik. Daraus wird auch eine umfassende Bundeskompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen abgeleitet (**1 P**), welche Materien miteinschliesst, die innerstaatlich in den Kompetenzbereich der Kantone fallen. 3

- h) Unzutreffend (bzw., sofern das Richtige gemeint ist, teilweise zutreffend). Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist in der Schweiz lediglich (aber immerhin) stark eingeschränkt (**1 P**). 6

Abstrakt (d.h. unabhängig von einem konkreten Rechtsanwendungsakt) können gemäss Art. 82 lit. b BGG (**1 P**) lediglich Erlasse der Kantone beim Bundesgericht angefochten und von diesem auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden, nicht aber Erlasse des Bundes (**1 P**).

Die konkrete (akzessorische / vorfrageweise) Normenkontrolle im Zusammenhang mit der Anfechtung eines konkreten Rechtsanwendungsaktes ist sowohl bei kantonalen Erlassen als auch bei Verordnungen des Bundes möglich (**1 P**), soweit gegenüber letzteren nicht das Anwendungsgebot von Art. 190 BV zum Tragen kommt (vgl. *Häfelin/Haller bzw. Häfelin/Haller/Keller, Rz. 2097 ff.*) (**1 ZP**). Hingegen ist das Bundesgericht aufgrund von Art. 190 BV (**1 P**) an verfassungswidrige Bundes-

gesetze gebunden (**1 P**). Es darf deren Verfassungsmässigkeit zwar überprüfen, muss sie aber auch im Falle ihrer Verfassungswidrigkeit anwenden (**1 ZP**).

*Max. 2 ZP für saubere Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Normenkontrolle und richtige Zuordnung der entsprechenden Überprüfungsmöglichkeiten.*

- i) Zutreffend (**1 P**). Dies ist der Fall, wenn ein Bundesgesetz Grundrechte der Bundesverfassung verletzt, welche auch durch die EMRK (**1 P**) und/oder den Uno-Pakt II (**1 ZP**) gewährleistet werden. In diesem Fall liegt eine Normenkollision (inhaltlicher Widerspruch) (**1 P**) zwischen zwei gemäss Art. 190 BV "massgebenden" Akten (Bundesgesetz bzw. Völkerrecht) vor, die im Konfliktfall aber nicht beide angewendet werden können (**1 P**). Art. 190 BV besagt somit nichts über die Lösung dieser Normenkollision (**1 P**). Die Normenkollision ist deshalb nach allgemeinen Kollisionsregeln zu lösen, hier nach dem Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht (**1 P**; **1 ZP** für Hinweis auf Art. 5 Abs. 4 BV). (Vgl. Häfelin/Haller, Rz. 1926, 2091.)

6

*Max. 2 ZP für sehr gute Ausführungen.*