

Lösungsskizze der Prüfung »Öffentliches Recht I« vom 3. Januar 2019

Ab 55 Punkten wurde die Prüfung als genügend bewertet. Qualität der Argumentation, saubere Trennung und Aufbau wurden bei der Punktevergabe mitberücksichtigt. Bei plausibler Argumentation wurden auch anderslautende Ergebnisse bewertet.

Aufgabe 1 (30 von 100 Punkten)

Das Bezirksgericht P fällt am 5. Februar 2018 ein Urteil betreffend ein Tötungsdelikt, über das die Presse intensiv berichtet hatte. Die Angeklagte A und ihr mitangeklagter Liebhaber B wurden der versuchten vorsätzlichen Tötung schuldig gesprochen und mit Freiheitsstrafen von 11 beziehungsweise 8 Jahren belegt. Das Bezirksgericht betrachtete es als erwiesen, dass sie nach gemeinsamer Planung den Ehemann von A umzubringen versucht hatten. Für das Verfahren hatte das Bezirksgericht gestützt auf Art. 70 StPO den Ausschluss des Publikums und der Medien verfügt. An der Verhandlung kämen, so die Begründung, heikle und intime Familieninterna sowie Details der Tat zur Sprache, was die Gefahr einer (Re-)Traumatisierung der noch minderjährigen Kinder von A mit sich bringe. Diese sollten nicht wegen der Medienberichterstattung unkontrolliert mit Verfahrensdetails konfrontiert werden, zumal sie von den Folgen der Tat (insb. Haft der Mutter und Trennung der Eltern) bereits sehr schwer betroffen seien. Der Fall wurde ans Obergericht weitergezogen. Dieses schloss Publikum und Medien ebenfalls von der Verhandlung aus und verfügte, darüber hinausgehend, auch den Ausschluss der akkreditierten Gerichtsbestatter von der mündlichen Urteilsverkündung. In seinem Urteil vom 17. September 2018 qualifizierte es die Tat rechtlich anders als die Vorinstanz. Es verschärfte zudem das Strafmass und auferlegte den Angeklagten Freiheitsstrafen von 13 und 9 Jahren. Die akkreditierte Gerichtsberichterstatte-rin H möchte aufgrund der Brisanz und Bekanntheit des Falles darüber berichten. Sie ist mit dem Ausschluss von der Verhandlung und Urteilsverkündung nicht einverstanden und fragt sich, ob das Gericht ihre Grundrechte als Journalistin verletzt hat.

Fragen

1.a Tangiert der Ausschluss von H vom Verfahren und von der mündlichen Urteilsverkündung eines oder mehrere ihrer Grundrechte? Falls mehrere Grundrechte betroffen sind: Welches stünde bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Eingriffs im Vordergrund?

1.b Liegt eine Grundrechtsverletzung vor?

STPO ART. 70 EINSCHRÄNKUNGEN UND AUSSCHLUSS DER ÖFFENTLICHKEIT

¹ Das Gericht kann die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen ganz oder teilweise ausschliessen, wenn:

- a. die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder schutzwürdige Interessen einer beteiligten Person, insbesondere des Opfers, dies erfordern;
- b. grosser Andrang herrscht.

² Ist die Öffentlichkeit ausgeschlossen, so können sich die beschuldigte Person, das Opfer und die Privatklägerschaft von höchstens drei Vertrauenspersonen begleiten lassen.

³ Das Gericht kann Gerichtsberichterstatte-rinnen und Gerichtsberichterstatte-rn und weiteren Personen, die ein berechtigtes Interesse haben, unter bestimmten Auflagen den Zutritt zu Verhandlungen gestatten, die nach Absatz 1 nicht öffentlich sind.

⁴ Wurde die Öffentlichkeit ausgeschlossen, so eröffnet das Gericht das Urteil in einer öffentlichen Verhandlung oder orientiert die Öffentlichkeit bei Bedarf in anderer geeigneter Weise über den Ausgang des Verfahrens.

Lösung Aufgabe 1

1.a. Welches Grundrecht ist bzw. welche Grundrechte sind betroffen? Welches Grundrecht steht bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Eingriffs im Vordergrund?

- Zunächst ist die Frage zu beantworten, welches Grundrecht bzw. welche Grundrechte durch den Ausschluss der Gerichtsberichterstattung von Verfahren und mündlicher Urteilsverkündung betroffen sind; zu prüfen ist der Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte Meinungsfreiheit, Informationsfreiheit und Medienfreiheit. 0.5
- *Meinungsfreiheit* (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV): Das Grundrecht schützt die freie Meinungsbildung und ungehinderte -äusserung sowie die Verbreitung der Meinung (Art. 16 Abs. 2 BV); eine Meinung in diesem Sinn ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Ergebnis eines Gedankenvorganges oder eine Überzeugung und ihre Übermittlung in Form einer Stellungnahme oder Bewertung; die Gerichtsberichterstattung dient wesentlich der Meinungsbildung über die Justiz und das Strafrecht. Der Ausschluss tangiert offensichtlich die Meinungsfreiheit. 1.5
- *Informationsfreiheit* (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV): Dieses Grundrecht schützt das Empfangen von Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen sowie ihre Beschaffung und Verbreitung, wobei sowohl mündlich als auch aufgezeichnet übermittelte Informationen vom Schutzbereich erfasst sind; Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung öffentlich zugängliche Quellen im Sinne von Art. 16 Abs. 3 BV (BGE 139 I 129 E. 3.3), weshalb auch die Informationsfreiheit durch den Ausschluss tangiert ist. 2
- *Medienfreiheit* (Art. 17 BV): Die Medienfreiheit schützt die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen (Art. 17 Abs. 1BV); das Grundrecht will den ungehinderten Nachrichtenfluss und freien Meinungsaustausch schützen, u.a. soll dadurch eine Kontrolle von Staat und Behörden im demokratischen Rechtsstaat ermöglicht werden. Die Recherchetätigkeit von Journalisten zur Herstellung von Medienerzeugnissen und deren Verbreitung in der Öffentlichkeit gehören zu den zentral von diesem Grundrecht geschützten Tätigkeiten, der Ausschluss greift klarerweise auch in dieses Grundrecht ein. 1.5
- *Im Vordergrund: Medienfreiheit (Grundrechtskonkurrenz)*: Der Ausschluss der Gerichtsreporterin greift spezifisch in den Tätigkeitsbereich der Medien ein. H wird vom Recherchieren (Kenntnisnahme von Details während der Verhandlungen) und von der Berichterstattung über den Fall abgehalten. Die Meinungs- und Informationsfreiheit sind zwar ebenfalls betroffen, bei der Prüfung der Grundrechtskompatibilität des Eingriffs ist jedoch nur die Medienfreiheit zu prüfen, die das spezifischere und hier einschlägige Grundrecht ist. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Eingriffen sind bei allen drei erwähnten Grundrechten dieselben. 2.5

1.b. Ist H in ihren Grundrechten verletzt?

- Es stellt sich die Frage, ob der Ausschluss vom Verfahren und von der Urteilsverkündung mit den Anforderungen von Art. 36 BV an die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen vereinbar ist.
- (1) *Gesetzliche Grundlage*: Einschränkungen von Grundrechten bedürfen nach Art. 36 Abs. 1 BV einer gesetzlichen Grundlage, wobei bei schwerwiegenden Einschränkungen eine ausdrückliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich ist. Der Ausschluss von Gerichtsberichterstatteern von ihrer Tätigkeit ist angesichts der Bedeutung der Überwachung der Justiz durch die Medien klar als schwer zu taxieren (so auch

- das Bundesgericht, etwa in BGE 137 I 209 E. 4.4 S. 213). Art. 70 Abs. 1 StPO sieht denn auch explizit die Möglichkeit eines Ausschlusses von Medien von der Verhandlung vor; eine genügende gesetzliche Grundlage liegt bezüglich dieses Ausschlusses klar vor. Mit Blick auf den Ausschluss von der mündlichen Urteilsverkündung ist das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage hingegen weniger eindeutig. Bei Anwendung eines strengen Masstabes kann argumentiert werden, es fehle eine ausdrückliche Grundlage im Gesetz; dieses spricht nur von der Verhandlung, von einem Ausschluss von der Urteilsverkündung ist nicht die Rede. Das Bundesgericht war weniger streng. Es betrachtete Art. 70 Abs. 4 StPO als hinreichende Grundlage für einen Ausschluss von der mündlichen Urteilsverkündung. Laut Abs. 4 muss die Öffentlichkeit nicht notwendigerweise via öffentliche Urteilsverkündung, sondern kann auch in «anderer geeigneter Weise» über den Ausgang des Verfahrens orientiert werden. Beide Auffassungen sind vertretbar. 8
- (2) *Öffentliches Interesse/Interesse am Schutz von Grundrechten Dritter*: Eingriffe in Grundrechte müssen nach Art. 36 Abs. 2 BV durch ein öffentliches Interesse oder ein Interesse am Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. Diese Voraussetzung ist vorliegend klar erfüllt: Die fraglichen Eingriffe dienen sowohl dem öffentlichen Interesse des Schutzes des Kindeswohls (als öffentlichem Gut) wie auch dem Schutz der Privatsphäre und der psychischen Integrität der konkret betroffenen Kinder. 1.5
 - (3) *Verhältnismässigkeit: Eignung*: Nach Art. 36 Abs. 3 BV ist Verhältnismässigkeit des Eingriffs verlangt. Erste Teilvoraussetzung dieser Anforderung an Eingriffe ist deren Eignung zur Verwirklichung des Eingriffszwecks. Vorliegend hat der Ausschluss der Medien von Verhandlung und Urteilsverkündung zur Folge, dass die Kinder gar nicht oder deutlich weniger mit der Tat und ihren Einzelheiten konfrontiert werden. Sie dient dem angestrebten Ziel der Verhinderung einer (Re-)Traumatisierung, weshalb Eignung zu bejahen ist. 1.5
 - *Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit*: Zulässig ist ein Eingriff zudem nur, wenn dieselbe Wirkung nicht mit einem weniger weit gehenden Eingriff ebenfalls realisierbar ist. Entscheidend ist, dass derselbe Effekt mit einem Eingriff geringerer Intensität bewirkbar ist, nicht bloss ein Teileffekt erzielt wird. Ein eindeutig milderer Eingriff mit der gleichen Schutzwirkung für die Kinder ist vorliegend nicht auszumachen, sodass die Erforderlichkeit grundsätzlich ebenfalls zu bejahen ist. Diskutierbar ist allenfalls, ob man dieselbe Schutzwirkung bei einer anonymisierten Berichterstattung annehmen könnte. Dies ist jedoch fraglich, da der Fall gemäss Sachverhalt sehr bekannt und Rückschlüsse auf Identitäten leicht möglich sind; je nach Argumentation besteht hier Raum für unterschiedliche Ergebnisse. 4
 - *Verhältnismässigkeit: Zumutbarkeit*: Dritte Teilvoraussetzung der Zulässigkeit ist ein vernünftiges Verhältnis zwischen Eingriffsintensität und bewirktem Schutz der als schutzwürdig eingestuften Güter. Das zu schützende Kindeswohl bzw. die psychische Integrität der Kinder sind hohe Güter. Sie können durch eine offensive Berichterstattung allenfalls Schaden nehmen, ein negativer Einfluss auf das weitere Leben der Kinder ist nicht gut denkbar. Ein Gut von überragender Bedeutung ist in der rechtsstaatlichen Demokratie allerdings die freie Medienberichterstattung. Medien tragen durch Gerichtsberichterstattung dazu bei, dass die dritte Gewalt sorgfältig arbeitet, da diese immer mit Kontrolle durch die Medienöffentlichkeit rechnen muss. An einen Ausschluss sind generell und insbesondere bei Kapitalverbrechen hohe Anforderungen zu stellen. Im vorliegenden Fall ist gar von einem gesteigerten Informationsinteresse der Öffentlichkeit auszugehen, da das Delikt allgemein bekannt ist und das Obergericht zu einer anderen rechtlichen Einschätzung als die Vorinstanz gelangt ist. Da der Fall längst in die Öffentlichkeit gelangt ist, kann der Schutz der Kinder weiter ohnehin nur ein beschränkter sein. Insgesamt überwiegen die Interessen der Öffentlichkeit, über den Fall informiert zu werden, weshalb sowohl der Ausschluss von der Verhandlung als auch von der Urteilsverkündung als unverhältnismässig einzustufen sind. 6.5
- 0.5 (Fazit)

Aufgabe 2 (15 von 100 Punkten)

Der für seine direkte Art bekannte A («Ich sage, was ich denke, und ich denke, was ich sage!») wird von der Vereinigten Bundesversammlung zum Bundesrat gewählt. Bei der Departementsverteilung wird ihm das frei gewordene Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) zugeteilt. A will an seinem Politikstil nichts ändern («Ich bleibe, wer ich bin, deshalb hat man mich gewählt!»), verursacht aber bald mehrere diplomatische Krisen. Er bezeichnet den Präsidenten der EU-Kommission als »gierigen Vogt«, dem es die Stirn zu bieten gelte, worauf der geplante Besuch des Kommissionspräsidenten in der Schweiz abgesagt wird. Sehr gut bezahlte Parlamentarier eines Nachbarlandes nennt A an einer Parteiveranstaltung »Maden, die sich vor Sатtheit kaum mehr bewegen können und deshalb nichts zustande bringen«. Im Bundesrat kommt es zum Streit, A wird vorgeworfen, den Abschluss eines wichtigen Vertrages mit der EU zu gefährden. Mindestens drei Bundesratskolleginnen und -kollegen halten A gemäss Medienberichten für nicht länger tragbar. Parlamentarier sprechen sich für eine »Abwahl« aus. In Publikumsbefragungen aber schneidet A unvermindert gut ab. 42 Prozent der Bevölkerung finden ihn für »gmögig« (sympathisch), 37 Prozent sind der Meinung, er täte der Schweizer Politik gut.

Fragen

2.a Hat die Vereinigte Bundesversammlung die Möglichkeit, A aus dem Bundesrat »abzuwählen«, wenn sie ihn für politisch nicht länger tragbar hält? Könnte die Bundesversammlung den Gesamtbundesrat ersetzen, wenn sie dies für im Interesse des Landes hielte?

2.b Nennen Sie je einen Vor- und Nachteil eines politischen Systems, in dem die Parlamentsmehrheit die Regierung jederzeit mittels Misstrauensvotum ersetzen kann? (Stichworte genügen)

Lösung Aufgabe 2

2.a. Hat die Vereinigte Bundesversammlung die Möglichkeit, A aus dem Bundesrat »abzuwählen«, wenn sie ihn für politisch nicht länger tragbar hält? Könnte die Bundesversammlung den Gesamtbundesrat ersetzen, wenn sie dies für im Interesse des Landes hielte?

10

- »Feste Amtsdauer«/getrennte Wahl der Mitglieder des Bundesrates: Die Bundesverfassung sieht die getrennte Wahl der Mitglieder des Bundesrates für eine feste Amtsdauer von vier Jahren vor (Art. 175 Abs. 2 und Art. 145 BV); eine Gesamtwahl des Bundesrates existiert nicht und dementsprechend auch keine Möglichkeit, den Gesamtbundesrat während der Amtszeit zu ersetzen; die Bundesversammlung hat während der Amtszeit auch keine Möglichkeit, einzelne Mitglieder ihres Amtes zu entheben. Was im Volksmund als »Abwahl« bezeichnet wird, ist genau genommen eine Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtszeit; sie kommt selten vor. Das System der festen Amtsdauer verschafft dem Bundesrat als Organ und den einzelnen Mitgliedern eine gewisse Unabhängigkeit gegenüber dem Parlament und damit Gestaltungsspielräume.
- Ausnahme von der festen Amtsdauer (nicht verlangt, ev. Zusatzpunkte): Vom Grundsatz der festen Amtsdauer existiert insofern eine Ausnahme, als bei einer vom Volk beschlossenen Totalrevision der Bundesverfassung beide Räte und der Bundesrat neu gewählt werden (Art. 193 Abs. 3 BV und Art. 175 Abs. 2 BV). Hier könnte man eine »Abwahlmöglichkeit« erblicken: Wenn der Bundesrat von einer breiten Mehrheit der Bevölkerung für notwendig gehaltene Aufgaben nicht in Angriff nimmt, so würde eine per Volksinitiative beschlossene Totalrevision zu einem »Austausch« der Regierung aus politischen Gründen führen. In der Praxis ist diese Möglichkeit allerdings bedeutungslos.

2.b Nennen Sie je einen Vor- und Nachteil eines politischen Systems, in dem die Parlamentsmehrheit die Regierung jederzeit mittels Misstrauensvotum ersetzen kann? (Stichworte genügen)

5

- *Vorteil:* Parlament kann auf Fehlleistungen der Regierungen oder deren Unfähigkeit rasch durch Einsetzung einer neuen Regierung reagieren; stärkere politische Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Wahlorgan, Rechenschaftsablegung im Parlament während der Amtszeit kommt mehr Gewicht zu.
- *Nachteil:* geringere Stabilität der Regierungen, insbesondere bei Koalitionsregierungen aus mehreren Parteien (Italien)

Aufgabe 3 (10 von 100 Punkten)

Am 25. November 2018 wurde über die Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter« (Selbstbestimmungsinitiative) abgestimmt. Den Befürwortern ging es darum, den Vorrang der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht ausdrücklich in der Verfassung zu verankern und der, wie sie es formulierten, »Aushebelung« der Verfassung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Grenzen zu setzen. Zu reden gab im Abstimmungskampf unter anderem die Frage, ob die Schweiz eine Mitgliedschaft im Europarat (zu der die Anerkennung der EMRK und die Unterwerfung unter den EGMR gehören) überhaupt »brauche«. Befürworter der Initiative argumentierten, die Schweiz gewährleiste auch ohne internationale Garantien Grund- und Menschenrechte auf hohem Niveau.

Fragen

3.a Nennen Sie je ein Argument für und gegen eine generelle Fixierung des Ranges von Völkerrecht in der Verfassung.

3.b Nennen Sie je ein Argument für und gegen die Auffassung, die Schweiz würde auch ohne Teilnahme an internationalen Menschenrechtsverträgen ein hohes Grund- und Menschenrechtsniveau aufweisen.

Lösung Aufgabe 3

3.a Nennen Sie je ein Argument für und gegen eine generelle Fixierung des Ranges von Völkerrecht in der Verfassung.

5

- *Für Fixierung:* Klarheit/Übersichtlichkeit von Recht erzeugt Berechenbarkeit (Berechenbarkeit ist ein wichtiger Aspekt von Rechtsstaatlichkeit); Beschränkung von Richtermacht, die in der Schweiz bei Fragen von weitreichender staatspolitischer Bedeutung eher kritisch gesehen wird; Völkerrechtstreue (bei Fixierung, die dem Völkerrecht Vorrang einräumt)
- *Gegen Fixierung:* Angesichts der Heterogenität des Völkerrechts bewirkt eine generelle Fixierung des Ranges, dass dieser immer für einen Teil der völkerrechtlichen Normen »nicht richtig passt« (etwa wenn grundlegenden völkerrechtlichen Normen ein tiefer und eher nicht so wichtigen ein hoher Rang zugewiesen wird); eine offenere Regelung kann auch dem Bedürfnis einer gewissen Flexibilität im Aussenbereich entgegenkommen (Aussenbeziehungen können in Krisensituationen grössere Spielräume erfordern)

3.b Nennen Sie je ein Argument für und gegen die Auffassung, die Schweiz würde auch ohne Teilnahme an internationalen Menschenrechtsverträgen ein hohes Grund- und Menschenrechtsniveau aufweisen.

5

- *Schweiz erreicht eigenständig hohes Niveau:* Schweiz war traditionell, schon lange vor deren Beitritt zur EMRK, eine robuste liberal-rechtsstaatliche Demokratie; Grund- und Menschenrechtsgarantien der Bundes- und der kantonalen Verfassungen decken sich weitgehend mit den internationalen Garantien (beschränkter Mehrwert durch internationale Garantien); bei Nachführung der Bundesverfassung lehnte man sich teilweise direkt an die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR an
- *Schwachpunkte der Auffassung:* Schweiz kennt aufgrund von Art. 190 BV nur eine beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen; EGMR zeigte ihr nach dem Beitritt Mängel in der Selbstwahrnehmung auf (blinde Flecken etwa bei der prozeduralen Fairness, wenn Untersuchungs- zugleich als Haftrichter fungierten)

Aufgabe 4 (25 von 100 Punkten)

Der Kanton Zürich tritt mit 23 weiteren Kantonen einem Konkordat bei, das eine Verschärfung der Massnahmen gegen Gewalt bei Sportveranstaltungen bezweckt. Die Rechtslage in diesem Bereich soll so möglichst gesamtschweizerisch vereinheitlicht werden. Zentrale Regeln betreffen die Einführung einer Bewilligungspflicht für Fussball- und Eishockeyspiele der obersten Spielklassen, die Identitätskontrollen, den Polizeigewahrsam und Personendurchsuchungen sowohl durch die Polizei als auch durch private Sicherheitsdienste. Weitere wichtige Regelungen haben Verschärfungen bei den Rayonverboten und Meldeauflagen zum Gegenstand. Der Zürcher Regierungsrat veröffentlicht das Konkordat per 1. Januar 2019 in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben. Gar nicht einverstanden mit den neuen Massnahmen sind die Freunde M und S. Beide sind Jusstudenten und leidenschaftliche Fans des FC Zürich und konsequenterweise in Zürich-Altstetten wohnhaft. Es stört sie, dass Besucher von Sportveranstaltungen von der Polizei gemäss Konkordat auch unter den Kleidern untersucht werden dürfen. Andere mögliche Massnahmen wie das bis zu dreijährige Rayonverbot, die Anordnung von Polizeigewahrsam oder einer monatlichen Meldepflicht selbst nach bloss einmaligem Vergehen erwecken ebenfalls ihren Unmut. Das grösste Ärgernis ist für sie aber, dass Fans künftig nur noch mit bestimmten Verkehrsmitteln zu Auswärtsspielen anreisen dürfen. M und S sind der Auffassung, das Konkordat sollte auf derart einschneidende Massnahmen verzichten. Weiter vertreten sie auch die Auffassung, dass ein Teil der Massnahmen wie das Rayonverbot, die Meldeauflagen und die Anordnung von Polizeigewahrsam strafrechtlichen Charakter hätten. Die Kantone seien zur Regelung von Massnahmen mit strafrechtlichem Charakter aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen nach Art. 123 Abs. 1 BV nicht befugt. Die Regelung des Strafrechts sei eine Kompetenz des Bundes. Während eines Fussballspiels im Stadion Letzigrund, das nicht ihre volle Aufmerksamkeit erfordert, weil ihr Verein mit grossem Vorsprung gegen einen anderen Zürcher Verein führt, diskutieren sie eine Reihe juristischer Fragen.

Fragen

- 4.a Was ist ein Konkordat? Ist der Zweck von Konkordaten immer die Rechtsvereinheitlichung? Nennen Sie je einen Vor- und Nachteil von Konkordaten.
- 4.b Sind die Kantone frei beim Entscheid, ein Konkordat abzuschliessen, oder benötigen sie die Zustimmung des Bundes?
- 4.c Was ist von der Auffassung zu halten, die Kantone dürften im Gebiet des Strafrechts nicht legiferieren, weshalb das vorliegende Konkordat Massnahmen wie das Rayonverbot, die Meldeauflagen sowie die Anordnung von Polizeigewahrsam nicht regeln dürfe?
- 4.d Kann gegen den Erlass beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden? (nur Prüfung der Prozessvoraussetzungen)

Lösung Aufgabe 4

4.a Was ist ein Konkordat? Ist der Zweck von Konkordaten immer die Rechtsvereinheitlichung? Nennen Sie je einen Vor- und Nachteil von Konkordaten.

- *Konkordat*: Ein Konkordat ist eine interkantonale Vereinbarung (Vertrag), die öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten begründet.

1

- *Gegenstand*: Konkordate dienen sehr oft der Rechtsvereinheitlichung, können aber auch bloss rechtsgeschäftlichen Charakter haben (etwa eine gemeinsame Institution zu betreiben). 2
- *Vorteile*: schonungsvoller Umgang mit kantonalen Kompetenzen (Verhinderung der Zentralisierung/Wahrung föderalistischer Strukturen); Anpassungsfähigkeit an die Bedürfnisse der Kantone (ev. nur Beteiligung interessierter Kantone) 1
- *Nachteile*: Exekutivlastigkeit (Gestaltungsmacht liegt im Wesentlichen bei den kantonalen Regierungen); ev. heikel: zusätzliche »Staatsebene« (macht ohnehin schon kompliziertes föderalistisches System noch komplizierter) 1

4.b Sind die Kantone frei beim Entscheid, ein Konkordat abzuschliessen, oder benötigen sie die Zustimmung des Bundes?

- *Mitteilungspflicht*: Die Kantone sind im Rahmen ihrer Zuständigkeiten grundsätzlich frei, Konkordate abzuschliessen. Nach Art. 48 Abs. 3 Satz 2 BV besteht gegenüber dem Bund lediglich eine Mitteilungspflicht, eine Genehmigung einzuholen ist nicht erforderlich. (Zusatzpunkt, wenn jemand erwähnt, dass dies in der alten Bundesverfassung noch anders geregelt war, vgl. Art. 7 und 84 Ziff. 5 aBV). 2

4.c Was ist von der Auffassung zu halten, die Kantone dürften im Gebiet des Strafrechts nicht legiferieren, weshalb das vorliegende Konkordat Massnahmen wie das Rayonverbot, die Meldeauflagen sowie die Anordnung von Polizeigewahrsam nicht regeln dürfe?

- *Unzulässigkeit kantonalen Legiferierens im Gebiet des Strafrechts*: Der Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. Der Bund hat von seiner Rechtsetzungskompetenz im Gebiet des Strafrechts nach Art. 123 Abs. 1 BV, einer nachträglich-derogatorischen Kompetenz, Gebrauch gemacht, weshalb die Auffassung, die Kantone dürften im Gebiet des Strafrechts nicht legiferieren, zutreffend ist. In Sachgebieten, in denen der Bund nicht abschliessend Recht setzt, dürfen die Kantone Vorschriften erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln. 2.5
- *Kein primär strafrechtlicher Charakter der Massnahmen*: Bei den fraglichen Massnahmen handelt es sich um polizeirechtliche Massnahmen, die dem Schutz des Polizeiguts öffentliche Sicherheit dienen. Sie weisen zwar Berührungspunkte mit dem Strafrecht auf, denn faktisch besteht ein gewisser Strafcharakter, wenn die Massnahme Folge einer Rechtsverletzung darstellt, jedoch steht der Strafcharakter bei den fraglichen Massnahmen nicht im Vordergrund: Es geht um sowohl präventiven wie repressiven Schutz von Polizeigütern. Die umstrittenen Massnahmen der Rayonverbote, der Meldeauflagen und des Polizeigewahrsams stellen primär Anordnungen öffentlich-rechtlicher Natur dar. Dem Erlass der Massnahmen steht damit Art. 123 Abs. 1 BV nicht entgegen. (Eine andere Frage ist die ihrer Grundrechtskonformität, die gemäss Fragestellung aber nicht zu prüfen war.) Vgl. etwa: BGE 137 I 31, 41; BGE 137 I 31, 42. 2.5

4.d Kann gegen den Erlass beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden? (nur Prüfung der Prozessvoraussetzungen)

- *Beschwerdeobjekt*: Nach Art. 82 lit. b BGG kann gegen kantonale Erlasse Beschwerde geführt werden. Konkordate gelten als kantonale Hoheitsakte, und die Regeln im vorliegenden Konkordat sind unmittelbar anwendbar und generell-abstrakter Natur, weshalb von einem anfechtbaren Erlasse im Sinne der zitierten Bestimmung auszugehen ist. Es liegt keiner der in Art. 83 BGG erwähnten Ausnahmefälle vor. 3
- *Vorinstanz*: Gemäss Art. 87 Abs. 1 BGG ist gegen kantonale Erlasse unmittelbar die Beschwerde zulässig, sofern keine kantonalen Rechtsmittel ergriffen werden können. Der 2

- Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte, dass dies der Fall sein könnte, weshalb direkt beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden kann.
- *Beschwerdelegitimation*: Nach Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG ist für die Beschwerdeberechtigung besonderes Berührtsein vom Erlass und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung erforderlich, sogenannte virtuelle Betroffenheit. Verlangt ist dafür eine minimale Wahrscheinlichkeit, von den Regelungen des Konkordats einmal betroffen zu sein. Eine solche minimale Wahrscheinlichkeit ist bei Fussballfans, die in einem Konkordatskanton wohnen und regelmässig Fussballspiele besuchen, klar gegeben. 3
 - *Beschwerdegründe*: Gemäss Art. 95 Abs. 1 lit. a und b kann mit Beschwerde die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht geltend gemacht werden; vorliegend wäre es möglich, die Verletzung des Grundsatzes des Vorranges von Bundesrechts oder verschiedener Grund- und Menschenrechte der Bundesverfassung und der EMRK geltend zu machen (da keine materielle Prüfung verlangt wurde, muss für die volle Punktzahl lediglich ein Grund- oder Menschenrecht mit Artikel genannt werden, das verletzt sein könnte) 2
 - *Beschwerdefrist*: Nach Art. 101 BGG kann gegen einen Erlass innert 30 Tagen nach der Veröffentlichung Beschwerde geführt werden; die Frist ist vorliegend wegen der Publikation am 1. Januar 2019 noch nicht abgelaufen. 1
 - *Fazit*: M und S können das Konkordat mit Beschwerde im Sinne von Art. 82 lit. b BGG anfechten; das Bundesgericht prüft den Erlass im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle auf Verfassungs- und Konventionskonformität hin. 1

Aufgabe 5 (10 von 100 Punkten)

Die Bundesverfassung sieht in Art. 139 Abs. 3 vor, dass die Bundesversammlung Volksinitiativen auf Teilrevision der Verfassung für ungültig erklärt, die gegen »zwingendes Völkerrecht« verstossen. Jusstudentin A ist der Meinung, dass die Bundesversammlung für die Beurteilung einer solchen Frage nicht das geeignete Organ ist. Ihre Kollegin B teilt diese Auffassung, beruhigt sie aber, dass die Bestimmung in der Praxis keinerlei Bedeutung und daher nur symbolischen Charakter habe.

Fragen

5.a Nennen Sie drei Normen, die zum zwingenden Völkerrecht zählen und deren Verletzung zur Ungültigerklärung der Initiative durch die Bundesversammlung führen würde.

5.b Was dürften die Argumente von A sein? Ist B zuzustimmen, dass die Bestimmung in der Praxis keinerlei Bedeutung habe?

Lösung Aufgabe 5

5.a Nennen Sie drei Normen, die zum zwingenden Völkerrecht zählen und deren Verletzung zur Ungültigerklärung der Initiative durch die Bundesversammlung führen würde.

- *Eindeutig*: Gewaltverbot, Verbot des Völkermords, Folterverbot, Sklavereiverbot, Apartheid-Verbot, Refoulement-Verbot, Piraterieverbot.
- *Manchmal genannt*: Recht auf Leben, Selbstbestimmungsrecht der Völker (teilweise weitere).

3

5.b Was dürften die Argumente von A sein? Ist B zuzustimmen, dass die Bestimmung in der Praxis keinerlei Bedeutung habe?

- *Anspruchsvolle Rechtsfrage*: A dürfte argumentieren, die Auslegung des Begriffs des »zwingenden Völkerrechts« sei eine anspruchsvolle Rechtsfrage, wofür eine juristische Ausbildung oder zumindest vertiefte juristische Kenntnisse erforderlich seien; die Bundesversammlung sei wegen ihrer Zusammensetzung (manche Mitglieder verfügen über wenig juristische Kenntnisse) und Funktionsweise als »politisches« Staatsorgan zur Beurteilung dieser Frage nur bedingt in der Lage; ein Verfassungsgericht wäre zur Erfüllung dieser Aufgabe besser geeignet.
- *Teilungültigerklärung der »Durchsetzungsinitiative«*: 2015 wurde die Volksinitiative »zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)« von der Bundesversammlung für teilungültig erklärt. Sie war der Auffassung, dass eine Passage, die den Begriff des »zwingenden Völkerrechts« definierte, mit der Anforderung, »zwingendes Völkerrecht« nicht zu verletzen, unvereinbar sei. (Zusatzpunkt, wenn jemand die vollständige Ungültigerklärung der Volksinitiative »für eine vernünftige Asylpolitik« 1995 erwähnt.

4

3

Aufgabe 6 (10 von 100 Punkten)

Die Jusstudenten C und D sind in ein Gespräch über Grund- und Menschenrechte und deren Entwicklung vertieft. Sie fragen sich, ob sie »wirklich« allen gleichermassen zukommen. C ist der Meinung, dass Inländer von ihnen stärker profitieren, während D die genau gegenteilige Auffassung vertritt.

Fragen

6.a Gibt es in der Schweiz Grund- und Menschenrechte, auf die sich Ausländer nicht berufen können?

6.b Gibt es Grund- und Menschenrechte, die für Ausländer *als Ausländer* besonders wichtig sind und von denen sie tendenziell stärker »profitieren« als Schweizerinnen und Schweizer? (ganz kurz begründen)

Lösung Aufgabe 6

6.a Gibt es in der Schweiz Grundrecht- und Menschenrechte, auf die sich Ausländer nicht berufen können?

- *Ausländer können sich nicht berufen auf:* Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV); Stimm- und Wahlrecht auf Bundesebene (Art. 136 Abs. 1 BV); Recht auf Schutz vor Ausweisung und Auslieferung (Art. 25 Abs. 1 BV)

4

6.b Gibt es Grund- und Menschenrechte, die für Ausländer als Ausländer besonders wichtig sind und von denen sie tendenziell stärker »profitieren« als Schweizerinnen und Schweizer? (ganz kurz begründen)

- *Diskriminierungsverbot* nach Art. 8 Abs. 2 BV: Verboten sind Diskriminierungen »aufgrund der Herkunft«, wobei mit Herkunft u.a. die Staatsbürgerschaft gemeint ist; das bedeutet, dass Differenzierungen gestützt auf die Staatsbürgerschaft diskriminierend sein können, auch wenn sie es nicht in jedem Fall sind (wo Ausländer bspw. »nur« gewisse und nicht alle politische Rechte haben, gibt es sachliche Gründe für die Unterschiede zu Inländern).
- *Flüchtlingsrechtliches Rückschiebungsverbot:* Dieses in Art. 25 Abs. 2 BV (und in der Flüchtlingskonvention) verankerte Recht kommt nur Flüchtlingen zu; Flüchtling kann definitionsgemäss nur ein Ausländer sein; Schweizerinnen und Schweizer können sich auf diese Bestimmung daher nicht berufen.
- *Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens:* Dieses Grund- und Menschenrecht nach Art. 13 Abs. 1 BV (sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK) spielt im Bereich des Familiennachzuges eine sehr bedeutende Rolle.

2

2

2