

Lizentiatsklausur vom 5. März 2002 im Fach Öffentliches Recht I:

Lösungsskizze

Vorbemerkung:

Bei der Korrektur der Klausuren galt es zu berücksichtigen, dass das Gros der Kandidatinnen und Kandidaten erst 3 Semester absolviert hat. Die volle Punktzahl konnte in der Regel auch erzielt werden, wenn die Antwort weniger ausführlich war als die in der Lösungsskizze enthaltene. Bei guter Argumentation konnte die volle Punktzahl auch dann erreicht werden, wenn das Ergebnis nicht mit der Lösungsskizze übereinstimmte. Als Hilfsmittel standen zur Verfügung: BV, EMRK, BüG, BPR, GVG, OG, VwVG (bzw. Sammelband Bundesrechtspflege). [Ausführungen in eckigen Klammern enthalten Hinweise betreffend allfällige Zusatzpunkte sowie weitere erläuternde Hinweise.]

	Anzahl Punkte
Aufgabe 1	Total: 13
a) Art. 8 Abs. 1 BV lässt Differenzierungen grundsätzlich zu. Voraussetzung ist ein sachlicher, vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen [vgl. Häfelin / Haller, N. 751 ff.]. Art. 8 Abs. 2 BV enthält dagegen ein striktes, ausnahmsloses Verbot jeder herabwürdigenden (diskriminierenden) Schlechterstellung [vgl. Häfelin / Haller, N. 774].	1
b) Der Präzisionsschütze handelt – wie die Vorgesetzten – als Organ des Staates. Staatliches Handeln ist an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Tötung eines Menschen bedeutet einen – sehr gravierenden – Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV).	1
Es stellt sich die Frage, ob ein derart gravierender Eingriff gerechtfertigt werden kann. Zu fordern ist (Art. 36 BV):	2
- eine gesetzliche Grundlage, wobei eventuell eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel in Frage kommen kann;	
- dass der Eingriff dem Schutz von elementaren Grundrechten Dritter dient (Leben, physische Integrität) – eine Rechtfertigung durch (andere) öffentliche Interessen dürfte nicht in Betracht kommen;	
- dass der Eingriff verhältnismässig ist (ultima ratio);	
- dass der Eingriff den Kerngehalt des tangierten Grundrechts wahrt.	

Den Charakter einer Kerngehaltsgarantie hat das Verbot der Todesstrafe (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV), nicht jedoch das Recht auf Leben schlechthin [obwohl das Grundrecht gelegentlich in diesem Sinn gedeutet wird; vgl. den Rechtsprechungshinweis in Häfelin / Haller, N. 379]. Andernfalls müsste nämlich jede Tötung eines Menschen durch eine Person, die für den Staat handelt, automatisch als verfassungswidrig eingestuft werden – auch die Tötung in einer anerkannten Notwehrsituation. [Bei der Bestimmung der Tragweite des Rechts auf Leben kann hilfsweise Art. 2 EMRK herangezogen werden.]

[P.S. Wenige Tage vor dem Examen sprach das Bündner Kantonsgericht den Kommandanten der Bündner Kantonspolizei – unter Anerkennung einer Notwehrlage – vom Vorwurf der vorsätzlichen Tötung frei.]

[Vertiefende Ausführungen zu den Anforderungen an die Beschaffenheit der gesetzlichen Grundlage und gute Ausführungen zur Kerngehaltsfrage können mit insgesamt max. 1 ZP honoriert werden.]

[max.
1 ZP]

c) Gegenüber der Post:

- Art. 8 Abs. 4 BV beinhaltet einen blossen Gesetzgebungsauftrag und vermittelt dem Einzelnen [nach heutigem Stand von Rechtsprechung und Lehre] keinen gerichtlich durchsetzbaren Individualanspruch. ½
- Auch das Diskriminierungsverbot verschafft [nach heutigem Stand] keinen Leistungsanspruch, so dass offen bleiben kann, ob überhaupt eine Diskriminierung im Sinn des Art. 8 Abs. 2 BV vorliegt. ½
- An diesem Ergebnis ändern auch Bestimmungen wie Art. 35 BV (Verwirklichungsauftrag) oder Art. 2 Abs. 3 BV (Chancengleichheit als allgemeines Staatsziel) nichts. [Dies gilt, sofern hier überhaupt einschlägig, auch für Art. 41 BV (Sozialziele, vgl. Abs. 4).] ½

Gegenüber dem Inhaber der Dorfmetzgerei:

- Hier kommt hinzu, dass Grundrechte, von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, keine unmittelbare Drittwirkung im Verhältnis zwischen Privaten entfalten. ½

Fazit: Ein gerichtlich durchsetzbarer Individualanspruch müsste durch die Gesetzgebung geschaffen werden.

d) Art. 98 Abs. 1 BV beinhaltet:

2

- eine *Rechtsetzungskompetenz* des Bundes [die aber grundsätzlich auch die Vollzugs- und Rechtsprechungskompetenz mit einschliesst; vgl. Häfelin / Haller, N. 1082];
- eine *umfassende* Kompetenz (wenn man den Bank- und Börsenbereich als „Referenzgrösse“ nimmt), allenfalls eine *fragmentarische* Kompetenz (wenn man das Gebiet Finanzdienstleistungen als „Referenzgrösse“ nimmt oder wenn man berücksichtigt, dass der Bundesgesetzgeber im Bereich der Kantonalbanken nicht völlig frei ist); [vgl. Häfelin / Haller, N. 1084 ff.];

- eine Kompetenz mit *nachträglich derogatorischer* Kraft – jedenfalls gibt es keinen Anhaltspunkt (und keinen sachlichen Grund), dass hier eine sog. ausschliessliche Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Kraft vorliegt [vgl. Häfelin / Haller, N. 1092 ff.];
- einen verpflichtenden *Gesetzgebungsauftrag* (keine blosse Ermächtigung).

Dies ergibt sich gestützt auf eine *Auslegung* der Bestimmung anhand der anerkannten Auslegungskriterien (d.h. nicht aus dem Wortlaut des Art. 98 Abs. 1 BV allein!). ½

Art. 98 Abs. 2 BV enthält im Unterschied zu Abs. 1 – zumindest dem Wortlaut nach – eine blosse (Gesetzgebungs-) Ermächtigung („kann ... erlassen“). ½
[Im Übrigen sind natürlich die erfassten Sachbereiche verschieden.]

- e) [Vorbemerkung: Gemäss Aufgabenstellung ging es nicht um einen Beitritt zur NATO, sondern um die Beteiligung an besagtem Partnerschafts-Programm.]

Zu prüfen ist die rechtliche Einordnung der abzugebenden Absichtserklärung. 1

- Wenn es sich um eine (blosse) „*auswärtige Angelegenheit*“ im Sinn des Art. 184 BV handelt, so ist grundsätzlich der *Bundesrat* zuständig.
- Wenn es sich um eine *Massnahme* „zur Wahrung der äusseren Sicherheit usw.“ im Sinn des Art. 173 Abs. 1 Bst.a. BV handelt, so ist die *Bundesversammlung*, subsidiär der Bundesrat (vgl. Art. 185 Abs. 1 BV) zuständig. (Falls die Bundesversammlung gestützt auf Art. 173 Abs. 1 Bst.c. BV handelt, ist ein Referendum ausgeschlossen; Art. 173 i.V.m. Art. 141 und Art. 163 BV.)

Im Weiteren ist zu prüfen, ob es um den Abschluss eines *völkerrechtlichen Vertrags* geht oder nicht.

- Wenn nein: Zuständigkeit des Bundesrates (Art. 184 BV) [so verhielt es sich im Fall der „Partnerschaft für den Frieden“]. – Ein Referendum fällt ausser Betracht. 1
- Wenn ja: Es ist zu prüfen, ob es sich um einen *genehmigungspflichtigen* Vertrag handelt oder ob eine der *Ausnahmen* gemäss Art. 166 Abs. 2 BV greift (vgl. auch Art. 47^{bis}b GVG).

Wenn keine der Ausnahmen greift (wenn es also um einen *genehmigungspflichtigen* Vertrag geht), ist zu prüfen,

- ob es sich um einen Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 1 Bst. d. BV handelt (*fakultatives* Staatsvertragsreferendum) oder 1
- ob es sich sogar um einen Anwendungsfall von Art. 140 Abs. 1 Bst. b. BV handelt (*obligatorisches* Referendum).

Wenn weder das eine noch das andere zutrifft (es sich aber um einen völkerrechtlichen *Vertrag* handelt), kann die Bundesversammlung den Vertrag dem fakultativen Referendum unterstellen (Art. 141 Abs. 2 BV). – Unterlässt sie dies, so unterliegt der Genehmigungsbeschluss nicht dem Referendum. 1

[Vgl. Häfelin / Haller, N. 1521 ff., 1658 ff., 1892 ff.]

Aufgabe 2

Total: 12

- a) Eine Verfassung ist grundsätzlich nach denselben Kriterien auszulegen wie ein Gesetz (grammatikalisches, systematisches, historisches, teleologisches Element; Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung; Möglichkeit einer zeitgemässen Auslegung). [Vgl. Häfelin / Haller, N. 75, 90 ff.] 1½

Zu beachten ist vor allem folgende Besonderheit:

- Gesetze sind verfassungskonform auszulegen. Dieser Gesichtspunkt entfällt bei der Auslegung der Verfassung. 1

Weitere Besonderheiten sind etwa [Haller / Kölz, S. 112 f.; Häfelin / Haller, N. 77 ff.]: ½
[evtl. ½ ZP]

- Verfassungsnormen sind häufig wenig detailliert und auf das Grundsätzliche ausgerichtet, d.h. „offener“ formuliert als Gesetze. Die schöpferische Dimension der Auslegung kommt stärker zur Geltung. (Dies gilt in besonderem Mass für Grundrechtsnormen, die eher nach einer Konkretisierung als nach einer Auslegung im traditionellen Sinn verlangen.)
- Bei der Formulierung der Verfassung wird häufig mehr auf eine volksnahe Sprache als auf wissenschaftliche Präzision geachtet.

- b) Die sog. Drei-Elemente-Lehre (oder Dreielemententheorie) geht auf Georg Jellinek zurück. ½

Die drei Elemente sind: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt. [Vgl. Haller / Kölz, S. 6 ff.] 1½

Unterschiede zeigen sich etwa in folgender Hinsicht: 2

- Staatsgebiet: Im Unterschied zum Staat (als Gebietsverband) hat eine Räuberbande typischerweise den Charakter eines Personalverbands; es fehlt das (für eine Gebietskörperschaft typische) Moment der Gebietshoheit.
- Staatsvolk: Der Staat ist die dauernde Verbindung grundsätzlich *aller* Menschen auf einem bestimmten Territorium (vom Neugeborenen bis zur Greisin). Eine Räuberbande zeigt eine spezifische Zusammensetzung; es fehlt der Wille zum (generationenübergreifenden) dauerhaften Zusammenschluss.
- Staatsgewalt: Der Staat übt (auf seinem Gebiet) die höchste Befehls- und Zwangsgewalt aus; er besitzt das Monopol legitimer Gewaltanwendung (sog. Gewaltmonopol). Beides geht der Räuberbande ab.
- Legitimität: Der Staat bzw. die Staatsgewalt erheben den Anspruch, legitim zu sein, und sind auf Legitimität angewiesen.
- Anders als der Staat, der dem Allgemeinwohl verpflichtet ist, verfolgt die Räuberbande partikuläre Ziele.
- Die Staatsorgane und ihre Kompetenzen werden durch eine *rechtliche* Grundordnung (Verfassung) konstituiert.

[Die hier zu vergebenden Punkte (max. 2) können auch mit anderen zutreffenden Antworten erzielt werden.]

- c) Die schweizerische Verfassungsordnung wird nicht nur vom „Schweizervolk“, sondern auch von den Kantonen getragen (vgl. Präambel, Art. 1, Art. 195 BV). Der Begriff „Volkssouveränität“ und die Formel des Art. 20 Abs. 2 GG treffen insofern nicht voll zu. 2

Indessen ist zu berücksichtigen, dass die Kantone vom Prinzip der Volkssouveränität beherrscht sind und beherrscht sein müssen (vgl. Art. 51 BV) und dass bei der Berechnung des Ständemehrs die Ständestimmen auf Grund der Ergebnisse der Volksabstimmung in den einzelnen Kantonen zu ermitteln sind (Art. 142 Abs. 4 BV).

- d) Die Einsitznahme von Regierungsmitgliedern im Parlament ist in den sog. parlamentarischen Regierungssystemen durchaus üblich. Sie bedeutet eine Relativierung der Idee der Gewaltenteilung, hebt die Gewaltenteilung aber nicht einfach auf. Zwar wird die subjektive (oder personelle) Gewaltenteilung nicht voll verwirklicht, die objektive (oder organisatorische) Gewaltenteilung und die Unterscheidung verschiedener Staatsfunktionen bleiben jedoch aufrecht. 1½

Auch die Möglichkeit der vorzeitigen Parlamentsauflösung durch die Exekutive [im Falle Grossbritanniens unter Einschaltung der Queen] ist in sog. parlamentarischen Regierungssystemen üblich. Sie bildet das Gegenstück zur Möglichkeit des Regierungsturzes durch das Parlament und kann als ein Element in einem (gewaltenteiligen) System der gegenseitigen Kontrolle und Machthemmung angesehen werden. 1

Von einer eigentlichen *Verletzung* des Grundsatzes der Gewaltenteilung sollte auch deshalb nicht gesprochen werden, weil es sich um eine staatsrechtliche Maxime handelt, die in jeder Verfassungsordnung auf je eigene – „individuelle“ – Weise verwirklicht wird. ½

[Vgl. Haller / Kölz, S. 185 f., 192 ff.; vgl. auch Häfelin / Haller, N. 1405 ff.]

Aufgabe 3

Total: 14

- a) Die Gewährleistung setzt gemäss Art. 51 Abs. 2 BV voraus, dass die fragliche kantonale Verfassungsnorm dem Bundesrecht nicht widerspricht (und dem Kriterium „demokratisch“ sowie den verfahrensbezogenen Anforderungen gemäss Art. 51 Abs. 1 BV genügt). 1

[½ ZP für die Konkretisierung des Kriteriums „demokratisch“ durch die Begriffe „gewähltes Parlament“ und „Gewaltenteilung“.]

Zum „Bundesrecht“ zählen neben der Bundesverfassung auch die bundesrechtlichen Normen der Gesetzes- und der Verordnungsstufe.

[Ferner die für den Bund massgeblichen Normen des Völkerrechts, wie z.B. die EMRK oder der UNO-Pakt II (hier insb. Art. 25); diese völkerrechtliche Dimension durfte gemäss Aufgabenstellung ausgeblendet werden.]

Die Bundesverfassung überlässt die Regelung der Wahl in den Ständerat [– obwohl es sich dabei um ein Organ des Bundes handelt; ½ ZP –] den Kantonen 2

(Art. 150 Abs. 3 BV).

Dementsprechend enthält das BPR [wie die ausführenden Verordnungen] keine Vorschriften, die der Gewährleistung des § 33 KV entgegenstehen.

Heute sehen alle Kantone die Volkswahl vor. Dies ist jedoch bundesrechtlich nicht vorgeschrieben. Die Kantone können die Wahlzuständigkeit auch dem Kantonsparlament zuweisen [vgl. Häfelin / Haller, N. 1495].

Die Kantone sind bei der Regelung der Wahl in den Ständerat gleichwohl nicht völlig frei. Zum Bundesrecht, das zu beachten ist (Art. 51 BV), gehören auch die durch die Bundesverfassung gewährleisteten *Grundrechte*. 3

Im vorliegenden Zusammenhang steht die bundes(verfassungs)rechtliche Garantie der *politischen Rechte* (Art. 34 BV) – auch *Wahl- und Abstimmungsfreiheit* genannt – im Vordergrund. Diese Garantie schützt unter anderem das Recht auf Teilnahme an Wahlen, d.h. das *aktive* und das *passive Wahlrecht* [vgl. Fallsammlung Öffentliches Recht, Fall 1, S. 15 f.] sowie die Wahlrechtsgleichheit (wobei Letztere auch als Teilgehalt des aktiven und passiven Wahlrechts angesehen werden kann).

In Betracht kommt an sich auch die Rechtsgleichheit. Allerdings dürfte Art. 8 BV im Bereich des Art. 34 BV in der Regel keine eigenständige Bedeutung haben, da die Wahl- und Abstimmungsfreiheit entsprechende Teilgehalte aufweist (Wahlrechtsgleichheit).

[Art. 34 BV schützt explizit auch die freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe (Abs. 2). Diese ist tangiert, wenn bei einer Abstimmungsvorlage (grundsätzlich auch bei einer Behördenvorlage) der Grundsatz der Einheit der Materie missachtet wird [vgl. Häfelin / Haller, N. 1387]. Im vorliegenden Fall bestehen keine Anzeichen dafür, dass der Grundsatz verletzt sein könnte, so dass nicht näher untersucht werden muss, ob die Prüfung der Wahrung der Einheit der Materie zum Prüfprogramm der Bundesversammlung bei der Gewährleistung der Änderung von Kantonsverfassungen gehört.] [½ ZP]

Es ist zu prüfen, ob die Verfassungsänderung das Recht auf Teilnahme an Wahlen verletzt.

Aktives Wahlrecht (Recht zu wählen): Die Übertragung der Wahlkompetenz vom Volk auf das Parlament führt zwar zu einer „Verminderung“ der Volksrechte. Dieser Schritt steht indessen mit der Bundesverfassung in Einklang, da es den Kantonen ja, wie erwähnt, unbenommen ist, die Wahl der Mitglieder des Ständerates nicht dem Volk, sondern dem Kantonsparlament zuzuweisen. Diese „Rücknahme“ bedeutet nicht eine Verletzung des aktiven Wahlrechts. 1

Passives Wahlrecht (Recht, gewählt zu werden): Die Verfassungsänderung schränkt den Kreis der wählbaren Personen massiv ein. Anders als im Fall des aktiven Wahlrechts ist nicht davon auszugehen, dass die Kantone das Recht, gewählt zu werden, ohne Weiteres im geschilderten Umfang einschränken, d.h. faktisch aufheben dürfen. Im Gegenteil: Die Bundesverfassung spricht von Abgeordneten der Kantone (und nicht von Vertretern der Kantonsbehörden) und geht vom Prinzip des freien Mandats aus (Art. 161 BV) [das durch die Verfassungsänderung in Mitleidenschaft gezogen werden könnte]. 1

Es stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine derartige (massive) Beschränkung des passiven Wahlrechts *gerechtfertigt* werden kann.

Zu diesem Zweck kann man die für die „Einschränkung von Grundrechten“ einschlägige Norm, nämlich Art. 36 BV – direkt oder doch zumindest sinngemäss – heranziehen. [Das Bundesgericht hat – noch unter der alten Bundesverfassung – eine Beschränkung des (aktiven bzw. passiven) Wahlrechts nach diesem auf Freiheitsrechte zugeschnittenen Prüfprogramm untersucht; vgl. BGE 123 I 107; BGE 125 I 291.] 2

Man kann aber auch – da es nicht zuletzt um eine Beschneidung der Wahlrechtsgleichheit geht – untersuchen, ob die unterschiedliche Behandlung der amtierenden und ehemaligen Regierungsräte zum einen und der übrigen Aktivbürgerinnen und -bürger zum andern durch einen sachlichen, vernünftigen Grund gerechtfertigt werden kann (wobei, da es um die Wahlrechtsgleichheit geht, ein strenger Massstab anzulegen ist). [Vgl. Fallsammlung Öffentliches Recht, Fall 1, S. 19 f.]

Bei Prüfung gemäss Art. 36 BV:

- Eine rechtliche Grundlage ist in Gestalt des geänderten § 33 KV gegeben. ½
- Das Ziel der möglichst wirksamen Vertretung der Interessen des Kantons X. in „Bundesbern“ erscheint auf den ersten Blick legitim [zumal die Kantone – nicht ganz zu Unrecht – über geringe Resonanz klagen]. ½
Bei näherer Betrachtung ergeben sich jedoch Zweifel, denn das neue Wahlverfahren birgt die Gefahr einer Beeinträchtigung des Prinzips des freien Mandats in sich. Indessen kann die Frage, ob ein hinreichendes öffentliches Interessen (bzw. ein vernünftiger sachlicher Grund) für die Regelung (bzw. Unterscheidung) spricht, offen bleiben, denn:
- Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit sind Eignung und Erforderlichkeit des Mittels mehr als fraglich; und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn ist nicht gegeben: Unzumutbarkeit der – massiven – Beschränkung des Wahlrechts (in Relation zum verfolgten Ziel). ½

[Im Fall der Argumentation über die (Wahl-) Rechtsgleichheit: Analoge Überlegungen sind entsprechend zu honorieren.]

Fazit: Die Verfassungsänderung verletzt das durch Art. 34 BV geschützte Grundrecht des passiven Wahlrechts und hält somit nicht vor der Bundesverfassung stand. Die Bundesversammlung wird § 33 KV die Gewährleistung versagen. ½

- b) Eine Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung ist für ungültig zu erklären, wenn sie die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt (Art. 139 Abs. 3 BV). Als einzige anerkannte ungeschriebene Schranke kommt die Undurchführbarkeit hinzu (½ ZP). [vgl. Häfelin / Haller, N. 1758]. 1

Die Einheit der Form und die Einheit der Materie sind hier problemlos gewahrt. Allfällige zwingende Bestimmungen des Völkerrechts [vgl. Häfelin /

Haller, N. 1756] sind nicht ersichtlich [Art. 25 UNO-Pakt II gehört aus heutiger Sicht nicht dazu]. Die unter a) erörterten Beschränkungen (passives Wahlrecht bzw. Wahlrechtsgleichheit) spielen hier keine Rolle, da die Volksinitiative auf der Ebene der Bundesverfassung selbst ansetzt. Die Gültigkeitsprüfung führt daher zu einem anderen Ergebnis als bei a).

[Max. 1 ZP für Ausführungen darüber, dass das „Gesicht“ des Ständerates sich grundlegend ändern würde, und für Erörterungen über allfällige Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung.] [max. 1 ZP]

Aufgabe 4

Total: 20

- a) Das *Verbot* des Art. 1 bedeutet einen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit gemäss Art. 23 BV (und Art. 11 EMRK) [die Nennung von UNO-Pakt-Garantien wurde nicht erwartet] – vorausgesetzt, die betroffenen Gruppierungen («Al-Qaïda» usw.) sind „Vereinigungen“ im Sinn des Art. 23 BV (nach herrschender Lehre: juristische Personen) oder wollen sich als solche konstituieren. 1
- Falls das Verbot eine Organisation betrifft, bei der eine religiöse Zwecksetzung dominiert, wäre in erster Linie die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV und Art. 9 EMRK) berührt. ½
- Das Verbot erfasst, zumindest dem allgemeinen Wortverständnis nach, auch „lose“ Gruppierungen *ohne* Rechtspersönlichkeit. Hier könnte allenfalls der Schutz der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV und Art. 11 EMRK), der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV und Art. 10 EMRK) oder der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV und Art. 9 EMRK) angerufen werden [eventuell Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK)?]. ½
- [Max. 1 ZP für die Überlegung, ob Gruppierungen, die sich terroristischen Zielen verschreiben und (nur) rechtswidrige Mittel einsetzen, überhaupt den Schutz der Grundrechte anrufen können.] [max. 1 ZP]
- Art. 2 der Verordnung droht eine Freiheitsstrafe an. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe bewirkt einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) bzw. des Rechts auf Freiheit (Art. 5 EMRK). Die Strafe wird lediglich auf Verordnungsstufe angedroht (d.h. nicht durch formelles Gesetz). Ausserdem wurde die Verordnung erst einige Wochen nach ihrem Inkrafttreten (vgl. Art. 5) in der AS veröffentlicht. Auf dem Spiel steht der fundamentale freiheitlich-rechtsstaatliche Grundsatz *nulla poena sine lege* (vgl. Art. 7 EMRK; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 BV). 1
- b) Ausgangspunkt: Zu prüfen ist die Vereinbarkeit mit der in erster Linie tangierten (vgl. Frage a) Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV). [Bei Prüfung der Zulässigkeit des Eingriffs anhand eines anderen berührten Freiheitsrechts dürfte die rechtliche Beurteilung kaum wesentlich anders ausfallen.]
- Eine Beschränkung der Vereinigungsfreiheit ist nur zulässig, wenn sie (je ½ Pt.) auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Kerngehalt des Grundrechts wahrt (Art. 36 BV). 2
- Die Massnahme muss zudem vom zuständigen Gemeinwesen ausgehen (Art. 3 1

BV). Eine Regelungszuständigkeit des Bundes (Verbandskompetenz) für Massnahmen der inneren und äusseren Sicherheit wird in den Art. 173 bzw. Art. 184 und Art. 185 BV (Organkompetenz) stillschweigend vorausgesetzt.

[Im Weiteren könnte etwa auf Art. 54, Art. 57 (problematisch) oder Art. 123 BV verwiesen werden.]

Zur gesetzlichen Grundlage:

- gesetzliche Grundlage im Allgemeinen:
 - Beim Verbot gemäss Art. 1 handelt es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in ein Freiheitsrecht (Vereinigungsfreiheit). Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedarf es eines Gesetzes im formellen Sinn. Ein solches liegt hier nicht vor. 1
 - Art. 36 Abs. 1 BV sieht eine Ausnahme vor: in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. 1
- Polizeiliche Notverordnung des Bundesrates als gesetzliche Grundlage:
 - Art. 185 Abs. 3 BV präzisiert diese Anforderung für sog. polizeiliche Notverordnungen des Bundesrates [vgl. Häfelin / Haller, N. 1862 ff.]: Das Handeln in Form einer blossen Verordnung ist zulässig, wenn es dazu dient, eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen; es muss mithin ein Zustand zeitlicher Dringlichkeit vorliegen. 2
 - Notverordnungen des Bundesrates sind zwingend zu befristen. ½
 - Darüber hinaus müssen Notverordnungen des Bundesrates weiteren (allgemeinen) Anforderungen genügen, nämlich: durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, verhältnismässig sein, die Rechtsgleichheit respektieren, den Grundsatz von Treu und Glauben wahren. Vgl. Häfelin / Haller, N. 1863 f.; BGE 122 IV 262. 1
 - Diese strengen Anforderungen müssen auch dann erfüllt sein, wenn die Verordnung sich zusätzlich auf Art. 184 Abs. 3 BV abstützt [vgl. Häfelin / Haller, N. 1867]. ½
- Beurteilung (gesetzliche Grundlage):
 - Gemäss Angaben im Sachverhalt waren im Zeitpunkt der Beschlussfassung in der Schweiz keine Strukturen der Organisation Al-Qaïda bekannt. Das Verbot soll vor allem präventive Wirkung entfalten. Somit fehlt es aber an einer eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit. Dies bestätigt ein Blick auf die Zeitverhältnisse: Das Verbot erging gemäss Angaben im Sachverhalt erst knapp zwei Monate nach den Terroranschlägen. 2
 - Fazit: Bei der hier zu beurteilenden Verordnung sind die Voraussetzungen des Art. 185 Abs. 3 BV – wenn man auf die veröffentlichten Motive abstellt – nicht erfüllt. 2
 - Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich zu prüfen, ob die Erfordernisse des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit eingehalten sind, ob der

Grundrechts-Kerngehalt gewahrt ist (der durch die fragliche Massnahme nicht tangiert sein dürfte) und ob die Rechtsgleichheit sowie der Grundsatz von Treu und Glauben respektiert werden.

Ebenso erübrigt sich eine Prüfung unter dem Blickwinkel der weiteren unter a) genannten Freiheitsrechte.

[Wer die rechtliche Grundlage für ausreichend hält (d.h. die Zulässigkeit des Vorgehens mittels sog. polizeilicher Notverordnung bejaht), hat die Chance, mit gut begründeten Ausführungen zu den einschlägigen Erfordernissen - öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt, Rechtsgleichheit, Treu und Glauben – hier ebenfalls insgesamt 4 Punkte zu erzielen. – Erwartet wird diesfalls namentlich, dass geprüft wird, ob das Verbot geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Dazu gehört auch die Beantwortung der Frage, ob die Befristung (bis Ende 2003) den Anforderungen des Art. 185 Abs. 3 BV genügt. (Bei mehr als zwei Jahren Geltungsdauer ist dies zweifelhaft, denn eine Überführung der Massnahme in „ordentliches“, vom Gesetzgeber erlassenes Recht sollte an sich rascher möglich sein.)]

[½ ZP für den Hinweis auf das Problem des Auseinanderklaffens von Inkrafttreten (8.11.2001) und Publikation in der AS (18.12.2001): Erkennbarkeit, Zugänglichkeit des Rechts, Grundsatz der Rechtssicherheit.] [½ ZP]

- c) [Vorbemerkung: Es geht um die vorfrageweise Überprüfung einer verfassungsunmittelbaren, gesetzesvertretenden bundesrätlichen Verordnung am Massstab der Bundesverfassung, dies in zwei Konstellationen, nämlich:
- in einem Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde des Bundes,
 - in einem Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht.]

Im Verfahren vor dem *Bundesgericht* [Verwaltungsgerichtsbeschwerde, nicht staatsrechtliche Beschwerde; vgl. Häfelin / Haller, N. 1360]: 2½

Selbstständige (verfassungsunmittelbare) Verordnungen des Bundesrates können vom Bundesgericht vorfrageweise (akzessorisch) auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung überprüft werden [vgl. Häfelin / Haller, N. 2098]. Dass ihnen die Funktion eines Gesetzes zukommt, hindert die Überprüfung nicht. Art. 191 BV kommt nicht zur Anwendung.

Das Bundesgericht wird die Verordnung auf Antrag hin vorfrageweise überprüfen [und sogar von Amtes wegen überprüfen müssen, wenn Zweifel an der Verfassungsmässigkeit bestehen]. [Vgl. Häfelin / Haller, N. 2074.]

Im Verfahren vor dem *EJPD* (Verwaltungsbehörde): 1½

Das Gesagte gilt nicht nur für das Bundesgericht, sondern für *rechtsanwendende* Behörden *allgemein* [sog. diffuses System; vgl. Häfelin / Haller, N. 2075; Haller / Kölz, S. 280 f.]. Allerdings ist umstritten, ob dies für *alle* Verwaltungsbehörden gilt.

Zweifel bestehen namentlich bei „untergeordneten“ Verwaltungsbehörden [vgl. zum Problem Häfelin / Haller, N. 1197, 2084]. Grund dafür ist, dass diese in einen Loyalitätskonflikt geraten könnten, wenn sie Erlasse der ihnen vorgesetzten Behörden überprüfen sollen. In der Lehre wird postuliert, dass ein Prüfungsrecht zumindest bei offensichtlichen Verfassungs- oder Gesetzesverlet-

zungen zu anerkennen sei.

Ein Loyalitätskonflikt droht auch hier. Denn das EJPD [– obschon als Departement auf Stufe „Ministerium“ stehend (vgl. Art. 177 BV) und somit keine gewöhnliche „untergeordnete“ Behörde –] wird mit einer verfassungsunmittelbaren Verordnung des Bundesrates, d.h. der direkt vorgesetzten Behörde, konfrontiert [mit einer Verordnung, so darf man vermuten, die im Schoss des EJPD vorbereitet wurde.]

Der drohende Loyalitätskonflikt spricht eher gegen, die rechtliche Problematik der Verordnung eher für ein Prüfungsrecht des EJPD (Bewertungs- und Abwägungsfrage). [Unabhängig vom Ergebnis erhalten gut begründete Antworten die volle Punktzahl.]

Aufgabe 5

Total: 11

a) Aus der Sicht des X. kommen in Betracht:

- Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV): Diese schützt die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, namentlich auch die freie, d.h. vom Staat grundsätzlich nicht behinderte Berufsausübung, Art. 27 Abs. 2 BV [vgl. Häfelin / Haller, N. 628 ff.] 1

X. übt als selbstständigerwerbender Physiotherapeut eine privatwirtschaftliche Tätigkeit aus. Er verfolgt zweifellos einen Erwerbszweck.

Anders als ein Bewilligungsentzug beeinträchtigt die behördliche Verwarnung die Berufsausübung nicht direkt. Allerdings erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass bei allfälligen späteren Verletzungen von Berufspflichten zu härteren Massnahmen gegriffen wird. Die behördliche Verwarnung ist auch geeignet, das berufliche Fortkommen zu beeinträchtigen. Es handelt sich um einen Grundrechtseingriff [der allerdings nicht sonderlich schwer wiegt].

- Willkürverbot (Art. 9 BV): qualifiziert fehlerhafte Anwendung des kantonalen GesG (§ 22) [vgl. Häfelin / Haller, N. 812]. ½

Aus der Sicht des KPV:

- Willkürverbot (Art. 9 BV): qualifiziert fehlerhafte Anwendung des kantonalen GesG (§ 22 und § 21) [vgl. Häfelin / Haller, N. 812]. ½

- Wirtschaftsfreiheit?

Da der KPV ein Berufsverband (Interessenorganisation) ist und – so darf angenommen werden – selber keine Erwerbstätigkeit ausübt, kommt eine Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit an sich nicht in Betracht. 1

Mit Blick darauf, dass der KPV grundsätzlich eine Beschwerde im Interesse seiner Mitglieder einreichen könnte (sog. Verbandsbeschwerde [vgl. Häfelin / Haller, N. 2022]), ist zu überlegen, ob die einzelnen Mitglieder sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könnten.

Die Wirtschaftsfreiheit umfasst auch einen Anspruch darauf, dass der Staat Konkurrenten gleich behandelt. Für eine Ungleichbehandlung von Konkurrenten bzw. eine unzulässige „Drittprivilegierung“ [vgl. Häfelin / Haller, N.

2019] gibt es im Sachverhalt aber keine Anzeichen. Einen Anspruch darauf, dass der beaufsichtigende Staat gegen einen Konkurrenten einschreitet bzw. diesen „hart genug anpackt“, vermittelt die Wirtschaftsfreiheit dem einzelnen Wirtschaftssubjekt – nach heutigem Stand von Rechtsprechung und Lehre – nicht (kein Anspruch auf Schutz vor privater Konkurrenz).

[Falls entsprechende Ausführungen erst unter b) gemacht werden, sind sie dort entsprechend zu honorieren.]

[Theoretisch denkbar wäre eine Anrufung von Art. 8 BV (Rechtsgleichheit). Es gibt aber im Sachverhalt keine Anzeichen dafür (weder mit Blick auf X. noch mit Blick auf den KPV), dass die Behörde gleichgelagerte Sachverhalte ungleich behandelt hätte.]

- b) Bei der Verfügung der Aufsichtsbehörde bzw. dem Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts handelt es sich um einen kantonalen Hoheitsakt und somit um ein zulässiges Beschwerdeobjekt (Art. 84 Abs. 1 OG). ½

Beschwerdegrund (Art. 189 BV, Art. 84 Abs. 1 OG): siehe a).

Subsidiarität: 1

- relative (Art. 86 OG): Der kantonale Instanzenzug ist gemäss Sachverhalt erschöpft.
- absolute (Art. 84 Abs. 2 OG): Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 ff. OG) und die Beschwerde an den Bundesrat (Art. 72 VwVG) kommen vorliegend nicht in Betracht, da der angefochtene Hoheitsakt sich auf kantonales Recht stützt. Auch andere Rechtsmittel an das Bundesgericht stehen nicht offen.

Persönliche Voraussetzungen:

X.: 2

- X. ist als natürliche Person parteifähig. Es darf angenommen werden, dass er auch prozessfähig ist.
- Legitimation im engeren Sinn:

X. ist Träger der unter a) genannten verfassungsmässigen Rechte.

X. ist als Adressat der Verwarnung persönlich betroffen [auch wenn der durch die Verwarnung erlittene Nachteil nicht „unmittelbar spürbar“ wird und als geringfügig einzustufen ist].

In Bezug auf die Rüge der Verletzung der Wirtschaftsfreiheit ergibt sich das rechtlich geschützte Interesse (Art. 88 OG) des X. aus dem Grundrecht selbst. X. ist auch zur Willkürüge legitimiert; sein rechtlich geschütztes Interesse ergibt sich aus den einschlägigen (auch zu seinem Schutz aufgestellten) Vorschriften des kantonalen GesG.

Es darf davon ausgegangen werden, dass X. ein aktuelles, praktisches Rechtsschutzinteresse hat.

Fazit: Die Beschwerdelegitimation des X. ist somit zu bejahen.

KPV:

3

- Der KPV ist als Verein parteifähig. Es darf angenommen werden, dass er auch prozessfähig ist.
- Legitimation im engeren Sinn:

Der KPV ist nicht Adressat der behördlichen Verwarnung.

Ein *Dritter* kann ausnahmsweise Beschwerde führen (sog. Drittbeschwerde), wenn er in eigenen Rechten verletzt ist, d.h. ein rechtlich geschütztes Interesse geltend machen kann [vgl. Häfelin / Haller, N. 2018].

Dieses Erfordernis ist hier nicht erfüllt.

Weder die Wirtschaftsfreiheit noch das kantonale GesG vermitteln dem KPV ein rechtlich geschütztes Interesse auf Verschärfung der behördlichen Massnahme gegenüber X. (siehe oben a). Die Berufung auf das Willkürverbot (Art. 9 BV) – wegen fehlerhafter Anwendung des GesG – greift daher nicht.

Entsprechendes gilt auch für die Mitglieder des KPV, so dass der KPV auch nicht unter dem Titel einer im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde grundsätzlich möglichen [sog. egoistischen] Verbandsbeschwerde [vgl. Häfelin / Haller, N. 2022 f.] – d.h. in eigenem Namen, jedoch zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder – an das Bundesgericht gelangen kann.

[Für das blosse Aufzählen der Voraussetzungen der Verbandsbeschwerde wurden keine Punkte vergeben.]

Dem KPV fehlt somit die Beschwerdelegitimation.

Fazit: Da die Frist und Formvorschriften (Art. 89 und Art. 30 OG) gemäss Sachverhalt gewahrt sind, wird das Bundesgericht auf die staatsrechtliche Beschwerde des X. eintreten; nicht jedoch auf jene des KPV. ½

- c) Eine Weiterzugsmöglichkeit ist nur gegeben, wenn ein durch die EMRK gewährleistetes Recht angerufen werden kann. Die EMRK schützt aber weder die Wirtschaftsfreiheit noch das Willkürverbot im Allgemeinen. 1

[½ ZP für den Hinweis, dass allenfalls zu prüfen wäre, ob es bei einer Verwarnung im Zusammenhang mit einer Berufsausübungsbewilligung um einen „zivilrechtlichen Anspruch“ oder eine „strafrechtliche Anklage“ im Sinn von Art. 6 EMRK geht.] [½ ZP]

Total: 70