

Examen im Bundesstaatsrecht (IuR I – Reglement 2001)

Musterlösung

Hinweis: Nachfolgende Musterlösung beschränkt sich auf die Strukturvorgabe für eine Beantwortung der gestellten Fragen. Mit den abgedruckten Kurzantworten konnte bereits die maximale Punktzahl erreicht werden. Bei der konkreten Prüfungsbewertung wurden weitergehende Ausführungen, soweit diese in sich logische Argumentationen enthielten, jeweils mit Zusatzpunkten bewertet.

Teil I

THEORETISCHE GRUNDLAGEN

(ca. 60 Minuten): Total 36 Punkte

AUFGABE:

1. Grundrechte (12 Punkte)

- a) Versuchen Sie, eine allgemein gültige *Begriffsdefinition* für „Grundrechte“ aufzustellen. (4 Punkte)
- b) Auf welche Weise wirken Grundrechte in der (gesamten) Rechtsordnung? (8 Punkte)

LÖSUNG:

a) Grundrechte sind Rechte, die dem Einzelnen durch eine Autorität (Verfassung, Völkerrecht) zugesprochen werden, weil sie eine grundlegende Bedeutung haben für die Ausgestaltung der Beziehungen mit der Gesellschaft und den öffentlichen Gewalten. Daraus lassen sich folgende Begriffselemente entnehmen:

- dem *Einzelnen* wird eine einklagbare Position zugesprochen;
- dies geschieht durch die Verfassung oder eine andere *Autorität*;
- es geht um Rechte, die für die *Rechtsstellung des Menschen* in seiner *Beziehung zum Staat* von *grundlegender* Bedeutung sind

b) Grundrechte beanspruchen Geltung in der gesamten Rechtsordnung (Art. 35 Abs.1 und 3 BV).

- Sie stellen Rechtsnormen mit *Prinzipiencharakter* dar, die erstens verbindlich sind und zweitens alle grundsätzlich *gleichzeitig* in der gesamten Rechtsordnung gelten (Grundrechtskonkurrenz).
- Sie enthalten eine *subjektivrechtliche* Normschicht, die dem Einzelnen ein Bündel von einklagbaren Ansprüchen verschafft.
- Ferner sind Grundrechte im Rahmen der Gesetzesanwendung als *objektives* Recht zu beachten (flankierende, indirekt-justiziable Normschicht). Im Rahmen der Auslegung der Gesetze und der Konkretisierung ihrer Generalklauseln ist den Grundrechten so weit wie möglich Rechnung zu tragen. Vgl. auch Art. 35 Abs. 3 BV
- Den Grundrechten kommt des Weiteren auch ein *programmatischer Gehalt* zu, der einen Auftrag an den Gesetzgeber und an die Behörden schafft, Erlasse grundrechtskonform auszugestalten.

[Vergleiche zum Ganzen: Skriptum Bundesstaatsrecht 2003/04, S. 27 und 31; Häfelin/Haller, Rz. 205 ff.]

AUFGABE:

2. Die *Bundesversammlung*: (Total: 12 Punkte)
- Welche Funktionen kommen dem *Zweikammersystem* zu? (3 Punkte)
 - Was unterscheidet die *Oberaufsicht* des Parlaments über Bundesrat und Bundesverwaltung von der Aufsicht des Bundesrates über die Bundesverwaltung? (6 Punkte)
 - Nennen Sie je ein Beispiel für eine Kommission des Nationalrates, eine Kommission des Ständerates und einer gemeinsamen Kommission. (3 Punkte)

LÖSUNG:

- Funktionen des Zweikammersystems:
 - Bundesstaatlichkeit: Volk und Stände sind vertreten;
 - Ständerat als *Chambre de réflexion*: Gründlichere Behandlung von Themen und Erlassen als in der grossen Kammer (Nationalrat);
 - Gewaltenteilung innerhalb der Legislative;
 - Kombination der demokratischen (NR) und der föderalen (SR) Volkvertretung

- Die Oberaufsicht des Parlaments stellt ein Element der Staatsleitung dar. Es geht um die Gewaltenhemmung, mithin die demokratische Kontrolle des Staatsapparates. Die Aufsicht des Bundesrates versteht sich demgegenüber als Teil des exekutiven Controllings der Verwaltung. Aufsichtsrechtlich lassen sich Verwaltungsvorgänge direkt steuern. Es bestehen gemäss dem Hierarchieprinzip direkte Entscheidungs- und Weisungsrechte für die oberen Exekutivbehörden (d.h. Aufsichtsstellen).

- Kommissionen:
 Ständige Kommissionen:
 Finanzkommission, Geschäftsprüfungskommission, Aussenpolitische Kommission, Sicherheitspolitische Kommission etc. (vgl. Art. 10 Geschäftsreglement des Ständerates [SR 171.14], Art. 15 Geschäftsreglement des Nationalrates [SR 171.13]).

 Gemeinsame Kommissionen (für NR und SR):
 - Begnadigungskommission, Redaktionskommission.

[Vergleiche: Skriptum, S. 114ff.; Häfelin/Haller, N. 1438ff.]

AUFGABE:

3. Es ist allgemein bekannt, dass auf dem *Internet* neben Kinderpornographie viele rassen- und geschlechterdiskriminierende sowie andere menschenunwürdige Inhalte zu finden sind. Im Kanton Zürich möchte der Gesetzgeber auf diese Missstände reagieren. Zu diesem Zweck verabschiedet er ein Gesetz, welches für das Betreiben eines Servers Regeln aufstellt. Im Rahmen dieser Regelung ist insbesondere eine Bewilligungspflicht für Hostprovider vorgesehen.

Zur Information: Unter einem Hostprovider versteht man einen Diensteanbieter, der fremde Inhalte auf seinen eigenen Servern zur Nutzung bereithält. Über einen Hostprovider kann ich meine Internetseite, deren Inhalt ich selber bestimme, an die Öffentlichkeit bringen.

Im Laufe der Ausarbeitung des Gesetzes tauchen plötzlich Zweifel auf, ob der Kanton Zürich zu einer solchen Regelung überhaupt befugt ist. Ihre Meinung als Experte/Expertin im Staatsrecht ist gefragt.

Der Kanton Zürich stellt sich auf den Standpunkt, dass die Grundrechte (insbesondere Art. 7 BV, Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 10 BV) die Kantone auch verpflichten, für den tatsächlichen Schutz der in den Grundrechten verbrieften Rechte und Freiheiten zu sorgen. Mit Art. 35 Abs. 1 und 3 BV könne sich der Kanton Zürich auf eine genügende verfassungsrechtliche Grundlage stützen.

Klären Sie die Zuständigkeitsfrage ab und prüfen Sie dabei insbesondere auch die vom Kanton Zürich vertretene Auffassung (12 Punkte)

LÖSUNG:

Die Dienstleistungen eines Hostproviders fallen grundsätzlich unter den Bereich des Fernmeldewesens (vgl. Art. 2 Fernmeldegesetz (FMG)). In diesem Bereich ist gemäss Art. 92 BV ausschliesslich der Bund zuständig. Es handelt sich um eine ursprünglich derogatorische Kompetenz.

Grundrechte vermögen an der nach Art. 92 BV vorgegebenen Kompetenzzuweisung nichts zu ändern. Die im Sachverhalt vom Kanton vertretene Auffassung nimmt den Gedanken der objektiv-programmatischen Normschicht von Grundrechten auf. Sie übersieht, dass sich der Auftrag zur Verwirklichung der Grundrechte an das nach Massgabe der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung zuständige Gemeinwesen richtet.

Fazit: Der Kanton Zürich hat keine Regelungskompetenz und ist damit nicht zuständig. Die von ihm vertretene Auffassung ist nicht zutreffend.

Teil II

STAATSRECHTLICHE BESCHWERDE

(ca. 60 Minuten): Total 20 Punkte

AUFGABE:

Im Kanton X. erfolgt die öffentliche Beurkundung im Sinne des ZGB durch den zuständigen Grundbuchverwalter oder durch vom Regierungsrat zugelassene Urkundspersonen (Art. 20 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches). Die vom Grossen Rat (Kantonsparlament) erlassene Verordnung vom 1. Juni 1951 über die öffentliche Beurkundung sieht in Art. 2 für die Zulassung von Urkundspersonen folgende Regelung vor:

Art. 2

Als Urkundsperson wird nur zugelassen, wer im Kanton Wohnsitz hat.

Hugo ist seit dem 1. September 1997 als angestellter Rechtsanwalt im Kanton X. tätig, wohnt aber im Kanton Y. Am 28. Oktober 2003 ersuchte er den Regierungsrat des Kantons X. um Zulassung als Urkundsperson. Der Regierungsrat des Kantons X. wies das Gesuch am 25. Mai 2004 ab mit der Begründung, dass Hugo nicht im Kanton X. Wohnsitz habe und damit die in Art. 2 der Verordnung über die öffentliche Beurkundung festgelegten Voraussetzungen nicht erfülle.

Hugo kommt zu Ihnen in die Kanzlei. Er möchte den Entscheid des Regierungsrates (= kantonal letztinstanzlicher Entscheid) an das Bundesgericht weiterziehen.

1. TEIL

1. Mit welchem Rechtsmittel gelangen Sie ans Bundesgericht? Diskutieren Sie die *Eintretensvoraussetzungen*. (8 Punkte)

LÖSUNG 1. TEIL:

- a) Anfechtungsobjekt: Art. 84 OG: Kantonale Entscheide und Verfügungen. Die Abweisung des Gesuchs durch den Regierungsrates ist eine solche kantonale Verfügung.
- b) Beschwerdegrund: Art. 84 Abs. 1 lit. a OG: Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) ist ein verfassungsmässiges Recht.
- c) Subsidiarität: Erforderlich ist die relative Subsidiarität (Art. 86 Abs.1 OG), wonach das Anfechtungsobjekt einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid darstellen muss und die absolute Subsidiarität (Art. 84 Abs. 2 OG), wonach keine anderen Rechtsmittel gegen den Entscheid offen stehen dürfen. Der Entscheid des Regierungsrates ist kantonal letztinstanzlich und gegen ihn steht nur die staatsrechtliche Beschwerde offen.

- d) Partei- und Prozessfähigkeit: Die klagende Partei muss parteifähig (=wer im Prozess als Partei auftreten darf, d.h. rechtsfähig ist) und prozessfähig (in eigenem Namen, handlungsfähig) sein. Hugo ist als natürliche Person parteifähig und mangels anderer Sachverhaltsangaben (mündig, handlungsfähig) auch prozessfähig.
- e) Legitimation: Art. 88 OG). Legitimiert ist, wer
- persönlich betroffen ist,
 - ein aktuelles und
 - rechtlich schützenswertes Interesse hat.
- Hugo ist vom Entscheid des Regierungsrates persönlich betroffen und hat zufolge dessen Rechtswirkung ein aktuelles Interesse. Als Träger des Grundrechts der Niederlassungsfreiheit hat er zudem ein rechtlich schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids.
- f) Form- und Fristenfordernisse: Mangels anderer Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass die Vorgaben von Art. 89 und Art. 90 OG erfüllt sind, d.h. die Beschwerdeschrift sowohl fristgerecht als auch formgerecht eingereicht wurde.

2. TEIL

2. Entwerfen Sie als Rechtsanwalt von Hugo eine *materielle Begründung* für die entsprechende Beschwerde und formulieren Sie die *Rechtsbegehren*. Weisen Sie gegebenenfalls kurz auf allfällige (materielle) Schwachstellen in Ihrer Begründung hin (12 Punkte).

LÖSUNG 2. TEIL

1. Rechtsbegehren

1. Der Entscheid des Regierungsrates vom 25.5.2004 sei aufzuheben;
2. Die Gerichtskosten seien dem Beschwerdegegner (oder: dem Kanton X) aufzuerlegen;
3. Der Beschwerdegegner (oder: der Kanton X) sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.

[Bemerkungen:

- Ziff. 2: Kantone und Gemeinden haben nach Massgabe von Art. 156 Abs. 2 OG in der Regel keine Gerichtskosten zu bezahlen.

- Ziff. 2 und Ziff. 3: Verbreitet ist auch folgende abgekürzte Fassung: „Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.“]

2. Materielle Begründung

[Vorbemerkung:

Die materielle Begründung der Beschwerde ist wie folgt aufzubauen: Zunächst folgen Ausführungen über das betroffene Freiheitsrecht und dessen Schutzbereich. Sodann muss aufgezeigt werden, dass ein Eingriff in dieses Grundrecht vorliegt und dass der Eingriff ungerechtfertigt ist. Die Verfassungswidrigkeit kann sich (alternativ) daraus ergeben, dass der Eingriff ohne gesetzliche Grundlage erfolgt, dass er durch kein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, dass er unverhältnismässig ist oder dass er den Kerngehalt berührt. Die folgenden Ausführungen begnügen sich mit einer Skizzierung der Argumentation. Im kleinen Text wird jeweils auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hingewiesen.]

- **Berührte Freiheitsrechte:** In Frage kommt gemäss Sachverhalt nur das Grundrecht der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV).

Bemerkung: Nicht in Frage kommt hingegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Diese schützt den freien „Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit“. Die Arbeit einer Urkundsperson stellt indes eine „hoheitliche“ Tätigkeit dar. Die Organisation der öffentlichen Beurkundung ist nach Art. 55 SchlT ZGB eine staatliche Aufgabe, die den Kantonen obliegt. Die öffentliche Beurkundung (und somit

die Tätigkeit als Notar) ist eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ. Dies gilt unabhängig davon, ob – je nach kantonalem Recht – ein Beamter oder ein frei erwerbender Notar damit beauftragt ist. Da die vom Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis (d.h. die Zulassung als Notar) den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion hat, steht diese Tätigkeit nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit.

- **Schutzbereich:** Nach Art. 24 BV haben Schweizerinnen und Schweizer das Recht, sich an jedem Ort in der Schweiz frei niederzulassen. Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet damit die Möglichkeit des persönlichen Verweilens an jedem beliebigen Ort in der Schweiz. Sie gebietet den Kantonen und Gemeinden, jedem Schweizer Bürger die Niederlassung auf ihrem Gebiet zu erlauben und verbietet gleichzeitig, die Verlegung des einmal gewählten Wohnsitzes zu verhindern oder zu erschweren. Die von Hugo erklärte Handlung, seinen Wohnsitz im Kanton Y zu haben und auch dort zu belassen fällt deshalb unter den Schutzbereich von Art. 24 BV. Der Kernbereich ist offensichtlich nicht betroffen (wäre bspw. der Fall, wenn Hugo zum Umzug in eine ganz bestimmtes Haus im Dorf Z gezwungen würde).
- **Eingriff:** Die Verpflichtung von Hugo – gemäss Anfechtungsobjekt – im Kanton X seinen Wohnsitz zu begründen, damit er als Notar zugelassen wird, berührt damit seine Niederlassungsfreiheit und stellt einen Eingriff in dieses Freiheitsrecht dar. Zu prüfen bleibt allerdings, ob ein solcher Eingriff zulässig ist.

Nach **Art. 36 BV** ist der Eingriff nur dann verfassungsmässig (d.h. rechtlich zulässig), wenn er sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützt, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sowie verhältnismässig ist. Ausserdem darf der Kerngehalt nicht angetastet werden.

1. **Gesetzliche Grundlage:** Zu prüfen ist die Rechtssatzmässigkeit und die Gesetzmässigkeit:
 - **Rechtssatzmässigkeit:** Stützt sich die Verfügung auf eine generell abstrakte Norm (= ein Gesetz im materiellen Sinn, d.h. einen Rechtssatz)? Ist die Verfügung vom Rechtssatz gedeckt oder wurde allenfalls aufgrund von Polizeinotrecht verfügt? Gemäss Sachverhalt stützt sich die Verfügung des Regierungsrates auf Art. 2 der Verordnung über die öffentliche Beurkundung und wird von dieser gedeckt. Die Rechtssatzmässigkeit ist somit gegeben.
 - **Gesetzmässigkeit:** Stützt sich der Rechtssatz auf ein Gesetz im formellen Sinn [= wenn durch Legislative erlassen und dagegen das Referendum möglich ist]? Ist der Rechtssatz [und/oder] die Verfügung vom Gesetz im formellen Sinn gedeckt? Ist das Gesetz genügend konkret? Die Verordnung über die öffentliche Beurkundung wurde vom Kantonsparlament als Legislativorgan erlassen. Aus dem Sachverhalt und den an der Prüfung abgegebenen Unterlagen kann weiter nicht ersehen werden, ob sie sich auf eine Delegationsnorm in einem (formellen) Gesetz stützt oder allenfalls gegen die Verordnung selbst das Referendum offen stand [In casu stützte sich die Verordnung auf eine Delegationsnorm in einem (formellen) Gesetz: Art. 20 EG z. ZGB des Kantons AI]. Die gestellte Aufgabe bestand allerdings darin, die Begründung einer Beschwerde zu schreiben, weshalb dieser Punkt als Argument aufzunehmen und das Fehlen der Gesetzmässigkeit der Verordnung zu rügen war.
 - **Öffentliches Interesse:** Die Aufgabe besteht darin zu bestreiten, dass die Wohnsitzpflicht durch kein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann.
Bemerkung: Gemäss Praxis des Bundesgerichts kann die Wohnsitzpflicht an den Kriterien der dienstlichen Notwendigkeit und der Verbundenheit mit der Bevölkerung gemessen werden. Rein fiskalische Gründe (wie etwa der Zuzug guter Steuerzahler) sind ausgeschlossen. Die Wohnsitzpflicht kann für eine gewisse Kategorie Bediensteter durchaus gegeben sein (z.B. Polizeichef). Welche Kategorien allerdings darunter fallen, ist für weite Argumentation offen. Für das Bundesgericht fällt in seiner Praxis zusammengefasst entscheidend ins Gewicht, dass die Urkundsperson als staatliches Organ eine hoheitliche (wenn auch nicht leitende) Funktion wahrnimmt und die ihr übertragene Funktion weitgehend weisungsunabhängig ausführt. Für einen Notar erscheint die Residenzpflicht somit durch dienstliche Erfordernisse sachlich gerechtfertigt.

2. **Verhältnismässigkeit:** Zu prüfen sind die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit i.e.S. der verfügten Massnahme:

- *Geeignetheit:* Hier müssen Argumente aufgelistet werden, welche die Massnahme als ungeeignet erscheinen lassen, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen.
- *Erforderlichkeit:* Hier muss nach Argumenten gesucht werden, welche mildere Massnahmen zur Erreichung des zulässigen öffentlichen Interesses aufzeigen.
Bemerkung: Diese Frage kann je nach Argumentation theoretisch verschieden beantwortet werden. Soweit für den Kanton X die Ortsverbundenheit eines Notars im Zentrum steht, liessen sich alternativ auch mildere Massnahmen, wie beispielsweise persönliche, soziale Verwurzelung als Anforderung stellen. Was die beruflichen Fähigkeiten anbelangt, könnte bspw. eine Fachprüfung als mildere Massnahme in Frage kommen. Das Bundesgericht scheint in diesem Punkt den kommunalen und kantonalen Behörden einen weiten Ermessensfreiraum zu gewähren. Nach bundesgerichtlicher Praxis scheint es jedenfalls kein milderer Mittel zur Zielerreichung zu geben.
- *Verhältnismässigkeit i.e.S.:* Besteht eine vernünftige Ziel-/Mittel-Relation?
Bemerkung: Das Mittel des Zulassungsvorbehalts steht (gemäss Bundesgericht) im öffentlichen Interesse und stellt damit ein legitimes Ziel dar. Die privaten Interessen werden geringfügig eingeschränkt, da nur Wohnsitzpflicht im Kanton und nicht in einer bestimmten Gemeinde verlangt wird. Insgesamt ist deshalb die Massnahme auch im engeren Sinn verhältnismässig.

[Vgl. zum Ganzen: *Entscheid des schweiz. Bundesgerichts vom 6.9.2002 (2P.31/2002); Häfelin/Haller, N. 306 ff.*]

5.6.2004/BW/WS