
Bachelor-Prüfung
Modul: Öffentliches Recht I
20. Juni 2013, 12.00–15.00 Uhr

Musterlösung und Korrekturanleitung

ZP = Zusatzpunkt(e)

Aufgabe B

16 Pt.

Es handelt sich um einen authentischen Fall:

- BGer, Urteil 2C_897/2012 vom 14. Februar 2013
- VGer ZH, Urteil VB.2012.00168 vom 11. Juli 2012

Die zentrale Frage ist die, ob die Glaubens- und Gewissensfreiheit bzw. die Religionsfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 EMRK) überhaupt *tangiert* ist. Dies lässt sich sowohl bejahen (so das Bundesgericht) als auch verneinen (so das Verwaltungsgericht). Beide Sichtweisen sind vertretbar; es kommt allein auf die Qualität der Argumentation an, wobei man sich für die eine oder die andere Auffassung entscheiden und zu einem positiven bzw. negativen Ergebnis gelangen muss.

Argumente *gegen* ein Tangiertsein der Glaubens- und Gewissensfreiheit (nicht abschliessend):

- Yoga hat zwar einen religiösen Ursprung (im Hinduismus), wird in der Schweiz von einer breiten Öffentlichkeit jedoch nicht mit religiösen Handlungen, sondern mit Gymnastik- und Entspannungsübungen assoziiert. In diesem säkularen Sinn wurde Yoga hierzulande denn auch kommerzialisiert; so wird es heute in zahlreichen Sport- und Fitnesszentren als Trend- oder Lifestyle-Sport angeboten, ohne jegliche religiöse oder spirituelle Komponente. Damit hat Yoga seine ursprünglich kultische Bedeutung – zumindest in der Schweiz – verloren.
- Die konkrete Durchführung der Yoga-Lektionen im Kindergarten ist laut Sachverhalt frei von religiösen Elementen und lässt auch keine Bezüge zu solchen erkennen. A's Eltern machen dies denn auch nicht geltend; vielmehr gestehen sie selbst zu, dass es sich um eine "dem kindlichen Empfinden angepasste Form des Yoga" handelt. Ihre Mutmassungen, in den Yoga-Übungen "könnten ohne weiteres Gebetshaltungen oder Teile des Sonnengrusses vorkommen", vermögen daran nichts zu ändern.
- Es ist zwar nicht Sache des Staates, sondern der Betroffenen selbst, Glaubensinhalte und religiöse Vorschriften zu deuten und zu gewichten. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um die Bewertung *eigener* Glaubensüberzeugungen der Eltern von A, sondern um deren Einschätzung einer bestimmten Handlung in Bezug auf eine *fremde* Religion. In

einer solchen Konstellation kann es nicht auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers ankommen.

- Auch die sich aus der Religionsfreiheit ergebende Pflicht des Staates und insbesondere der öffentlichen Schule zu religiöser Neutralität verbietet nicht, säkular geprägte Körper- und Entspannungsübungen ohne religiösen Bezug durchzuführen und dies als "Yoga" zu bezeichnen; die umso weniger, als die Neutralitätspflicht nicht absolut gilt, sondern vorab die Verwendung starker religiöser Symbole in der Schule untersagt.

Argumente *für* ein Tangiertsein der Glaubens- und Gewissensfreiheit (nicht abschliessend):

- Yoga ist eine Betätigung mit einem eindeutig religiösen Ursprung und Hintergrund (Hinduismus).
- Der Kindergärtnerin wäre es unbenommen, entsprechende Bewegungs-, Entspannungs- und Atemübungen durchzuführen, ohne sie ausdrücklich als "Yoga-Lektionen" zu bezeichnen. Durch diese bewusst erfolgte Bezeichnung erhalten sie auch eine religiöse Komponente bzw. können und dürfen von A's Eltern so wahrgenommen werden.
- Niemand hat die Kontrolle darüber, wie diese Yoga-Lektionen effektiv durchgeführt werden bzw. welche Modifikationen in der Gestaltung der Übungen die Kindergärtnerin in Zukunft allenfalls vornehmen wird.
- Es ist nicht Sache des Staates, sondern der Betroffenen selbst, Glaubensinhalte und religiöse Vorschriften zu deuten und zu gewichten. Dementsprechend ist es an A's Eltern, zu entscheiden, ob sie sich in ihren religiösen Gefühlen verletzt fühlen. Auch bei der negativen Kultusfreiheit haben staatliche Organe grundsätzlich von der Bedeutung auszugehen, welche eine religiöse Praxis für die Beeinträchtigten selbst hat.
- Die Religionsfreiheit verpflichtet den Staat – insbesondere die öffentliche Schule – zu religiöser Neutralität bzw. zu einem religiös neutralen Unterricht. Dies erstreckt sich auch auf die Bezeichnung einer bestimmten Tätigkeit, selbst wenn diese in einer nicht-religiösen Weise durchgeführt wird.

Im Weiteren (bzw. sachlogisch zuerst) ist die *Grundrechtsträgerschaft* der Eltern von A zu prüfen. Gemäss Art. 303 Abs. 1 und 3 ZGB (ZP) verfügen bis zur Vollendung des 16. Altersjahrs die Eltern über die religiöse Erziehung des Kindes. Das religiöse Erziehungsrecht bildet Bestandteil der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Eltern; diese sind insoweit – neben dem Kind selbst – Grundrechtsträger, können sich also auf eine Verletzung ihrer eigenen Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen.

Ob die Anforderungen an einen *zulässigen Grundrechtseingriff* gemäss Art. 36 BV erfüllt sind, ist im vorliegenden Fall vergleichsweise unproblematisch; dies angesichts des Umstandes, dass – wenn überhaupt (siehe oben) – nur ein geringfügiger Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit vorliegt. Ein öffentliches Interesse (Abs. 2) kann in der sozialen Integration von A in der Kindergartenklasse und im reibungslosen Ablauf des Unterrichts erblickt werden. Da im Rahmen der Yoga-Lektionen keine Glaubensäusserungen erfolgen, die von einer hinreichenden Intensität sind, um die Kinder beeinflussen zu können, erscheint die Teilnahme von A nicht nur als geeignet und erforderlich, um die im erwähnten öffentlichen Interesse liegenden Ziele zu erreichen, sondern ohne weiteres auch als

zumutbar (Abs. 3). Dass der Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Abs. 4) nicht verletzt ist, bedarf keiner näheren Begründung.

Einzig das Erfordernis einer genügenden *gesetzlichen Grundlage* (Abs. 1) wirft gewisse Fragen auf, da sich dem Sachverhalt hierzu keine Angaben entnehmen lassen. Folgende Lösungen werden akzeptiert:

- Hinweis darauf, dass der Sachverhalt in dieser Hinsicht illiquid ist; Bildung von zwei Varianten (genügende gesetzliche Grundlage vorhanden bzw. nicht vorhanden).
- Hinweis darauf, dass der Sachverhalt in dieser Hinsicht illiquid ist; Annahme, dass eine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden ist.
- Lösung mit ZP: Hinweis darauf, dass der Sachverhalt in dieser Hinsicht illiquid ist; Annahme, dass im Rahmen der kantonalen Schulgesetzgebung sowie des Lehrplans eine gewisse Freiheit der Unterrichtsgestaltung besteht, so dass die gesetzliche Grundlage für die Yoga-Lektionen in den (nicht näher bekannten) Regelungen des kantonalen Rechts zu erblicken ist, welche den Auftrag des Kindergartens umschreiben und der Kindergartenlehrperson die entsprechende pädagogische Gestaltungsfreiheit belassen.

Die blosser Annahme, es bestehe eine hinreichende gesetzliche Grundlage, genügt ebenso wenig wie die Folgerung aus dem Schweigen des Sachverhalts, es bestehe keine hinreichende gesetzliche Grundlage, wenn dies ohne nähere Begründung und insbesondere ohne Hinweis auf die Illiquidität des Sachverhalts einfach behauptet wird (unstatthafte Interpretation bzw. Ergänzung des Sachverhalts).

Ergebnis: Der Standpunkt von A's Eltern, dass sie in ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit verletzt sind, erweist sich auf jeden Fall als *unbegründet*, unabhängig davon, ob man deren Tangiertsein bejaht oder verneint.

Gewichtung:

- Wer sich mit der Frage des Tangiertseins der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht auseinandersetzt und diese ohne nähere Begründung bejaht oder verneint, kann maximal die Hälfte der Punktezahl erreichen.
- Wer sich zur Frage des Tangiertseins der Glaubens- und Gewissensfreiheit überhaupt nicht äussert und sich sogleich auf die Voraussetzungen für einen zulässigen Grundrechtseingriff gemäss Art. 36 BV "stürzt", kann maximal ein Drittel der Punktezahl erreichen.
- Wer das Tangiertsein der Glaubens- und Gewissensfreiheit mit sehr guter Begründung verneint und aus diesem Grund nicht weiter prüft, ob die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind (und dies auch entsprechend begründet), kann ebenfalls die Maximalpunktezahl erreichen. Er/sie soll für das in sich logische Vorgehen nicht bestraft werden.
- Frage der Grundrechtsträgerschaft: 1 Pt. für Problemerkennung, max. 1 Pt. für Bewältigung des Problems.

Prozessrechtliche Ausführungen werden nicht mit Punkten honoriert, weil nicht danach gefragt ist.

Aufgabe C**8 Pt.**

Bei dieser Aufgabe gilt es zu erkennen, dass das Erfordernis des Ständemehrs bei Abstimmungen über eine Änderung der Bundesverfassung nicht demokratisch, sondern *föderalistisch* motiviert ist. (1 Pt.)

Das zentrale Wesensmerkmal des Bundesstaats besteht darin, dass die Gliedstaaten *an der Willensbildung des Gesamtstaats* – also auf Bundesebene – *mitwirken*. In der Schweiz erfolgt die Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes in erster Linie dadurch, dass Änderungen der Bundesverfassung nebst dem Volksmehr ausnahmslos auch eines Ständemehrs bedürfen, d.h. der Zustimmung durch die Kantone (obligatorisches Verfassungsreferendum mit Erfordernis des Ständemehrs; Art. 140 Abs. 1 lit. a BV). (3 Pt.)

Das *Mehrheitsprinzip* gilt in Bezug auf das Ständemehr zwar ebenfalls, aber in dem Sinne, dass eine *Mehrheit der Kantone* der Verfassungsänderung zustimmen muss (Art. 142 Abs. 2 BV). Erforderlich ist somit die Zustimmung von mindestens zwölf der 23 Kantone bzw. "Halbkantone". Dabei sind die beiden Mehrheiten (Volksmehr und Ständemehr) separat – und nach unterschiedlichen Regeln (vgl. Art. 142 Abs. 1 bzw. Abs. 3 und 4 BV) – zu ermitteln; das eine vermag das andere nicht zu ersetzen oder zu kompensieren. Dass dieser Dualismus von Volks- und Ständemehr trotz einer Volksmehrheit zum Scheitern einer Verfassungsvorlage führen kann, ist systembedingt und stellt keinen Verstoss gegen das *demokratische* Mehrheitsprinzip dar. (3 Pt.)

Die Aussage in der Gratiszeitung ist somit unzutreffend, weil sie Demokratie und Föderalismus – zwei tragende, aber eigenständige und grundsätzlich gleichwertige Strukturelemente der schweizerischen Bundesverfassung – nicht auseinanderhält. (1 Pt.)

Dies bedeutet nicht, dass die heutige Regelung "in Stein gemeisselt" ist, d.h. die einzig mögliche Lösung im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Föderalismus darstellt. So wäre es z.B. denkbar, die Standesstimmen – auf dem Weg der Verfassungsrevision – stärker nach der Bevölkerungszahl der Kantone abzustufen und dadurch ihr relatives Gewicht gegenüber dem Volksmehr zu verringern. Dies ist jedoch eine rechtspolitische (verfassungspolitische) Frage. (ZP)

Aufgabe D.1**6 Pt.**

Bei dieser Aufgabe geht es in erster Linie darum, zu erkennen, dass die Überweisung einer Motion den Bundesrat verpflichtet, eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten. In zweiter Linie sind die beiden Handlungsoptionen des Bundesrats zu erkennen und aufzuzeigen.

Eine Motion bedarf zunächst der Annahme durch den Rat, in dem sie eingereicht wurde (Art. 121 Abs. 2 ParlG), vorliegend also durch den Nationalrat. Dies geschah laut Sachverhalt am 22. September 2010. Eine im Erstrat angenommene Motion kann im Zweitrat – hier also im Ständerat – auf Antrag der Mehrheit der vorberatenden Kommission oder auf Antrag des Bundesrates abgeändert werden (Art. 121 Abs. 3 lit. b ParlG). Dies geschah laut Sachverhalt am 15. März 2012. Nimmt der Zweitrat eine Änderung vor, so muss der Erstrat

dieser in der zweiten Beratung zustimmen, ansonsten die Motion erledigt ist (Art. 121 Abs. 4 ParlG). Laut Sachverhalt stimmte der Nationalrat am 24. September 2012 der ständerätlichen Fassung zu. Damit wurde die Motion in der vom Ständerat geänderten Fassung definitiv angenommen. (ZP)

Gemäss Art. 120 Abs. 1 ParlG beauftragt die Motion den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine "Massnahme" zu treffen. Der Bundesrat ist mithin *verpflichtet*, eine Vorlage im Sinne der Motion auszuarbeiten. (2 Pt.)

Nach der ursprünglichen Fassung der Motion hätte der Bundesrat dem Parlament einen Entwurf zu einer *Teilrevision des Raumplanungsgesetzes* vorlegen müssen, also (wohl) eine Ergänzung von Art. 22 RPG im Sinne der Motion. Diese Möglichkeit steht dem Bundesrat auch weiterhin offen. (2 Pt.)

Das Parlament wäre in der Folge frei, auf die Gesetzesvorlage des Bundesrats einzutreten, diese abzuändern oder abzulehnen. Die Annahme der Motion führt zu keiner Selbstbindung des Parlaments; das Gesetzgebungsverfahren nähme vielmehr seinen normalen Lauf. (ZP)

Die definitive Fassung der Motion gewährt dem Bundesrat mehr Spielraum – wenn auch nicht in inhaltlicher Hinsicht –, indem sie ihn lediglich verpflichtet, eine Revision "der Regelung" betreffend die Raumplanung vorzulegen. Dies kann nebst einer Gesetzesänderung auch eine *Änderung auf Verordnungsstufe* sein (d.h. in der Raumplanungsverordnung), für die der Bundesrat zuständig ist. (Die Änderung oder Ergänzung der Verordnung wäre dann die "Massnahme" gemäss Art. 120 Abs. 1 ParlG, die der Bundesrat im Sinne der Motion "vorlegt", also beschliesst.) (2 Pt.)

Entscheidet sich der Bundesrat für den zweiten Weg (Umsetzung der Motion auf Verordnungsstufe) – was mit Blick auf die Bedeutung der Regelung (vgl. Art. 164 BV) an sich stufengerecht wäre –, so stellt sich allerdings die Frage, ob eine solche Ausnahme von der Bewilligungspflicht als Ausführungsbestimmung zu Art. 22 RPG betrachtet werden könnte oder ob dies – weil Art. 22 RPG keine Ausnahmen von der Bewilligungspflicht vorsieht – einer Delegationsnorm auf Gesetzesstufe bedürfte. (ZP)

Aufgabe D.2

10 Pt.

Bei dieser Aufgabe geht es darum,

- zu erkennen, dass der Bund im Bereich der Raumplanung – nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen – (nur) über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz verfügt (Gewichtung: 3 Pt.),
- kurz zu erläutern, was dies abstrakt bedeutet (Gewichtung: 2 Pt.),
- und schliesslich fallbezogen zu prüfen, ob eine Regelung, wie sie von der Motion Amstutz verlangt wird, durch die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt ist oder diese überschreitet (Gewichtung: 5 Pt.)

Um eine Regelung erlassen zu dürfen, benötigt der Bund eine Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung (Art. 42 Abs. 1 BV). Eine solche findet sich im vorliegenden Zusammenhang in Art. 75 Abs. 1 BV, der dem Bund im Bereich der Raumplanung eine Grundsatz- oder Rahmengesetzgebungskompetenz einräumt. Dies bedeutet, dass der Bund im *gesamten Sachbereich* Raumplanung Regelungen erlassen darf, aber nicht bis ins Detail; vielmehr muss er den Kantonen *substanzielle Regelungsspielräume* belassen, die über die Kompetenz zum Erlass blosser Vollzugsregelungen hinausgehen.

Art. 22 RPG regelt in sehr grundsätzlicher Weise – ohne kasuistische Details –, dass Bauten und Anlagen nur mit einer behördlicher Bewilligung (d.h. einer Baubewilligung [vgl. die Sachüberschrift]) errichtet oder geändert werden dürfen (Abs. 1) und von welchen Voraussetzungen die Bewilligungserteilung abhängt (Abs. 2 und 3). Eine zurückhaltende, auf das Grundsätzliche beschränkte bundesrechtliche Regelung ist hier umso eher angezeigt, als die Frage der Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen auf der Schnittlinie zwischen Raumplanungsrecht und Baurecht liegt, wobei dem Bund im Bereich des öffentlichen Baurechts – mangels Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung – keine Regelungsbefugnis zukommt (ZP).

Das Bundesgericht hat (laut Sachverhalt) offensichtlich entschieden, dass Gastwirtschaftsbetriebe im Freien Bauten bzw. Anlagen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG darstellen und demzufolge einer Baubewilligung bedürfen, unabhängig von bzw. zusätzlich zu einer allfälligen Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch öffentlichen Grundes. Der Frage, ob "die Errichtung eines saisonal betriebenen Strassencafés durch einen bestehenden Gastwirtschaftsbetrieb, der über eine gewerbepolizeiliche Bewilligung verfügt" (Motionstext), von der Baubewilligungspflicht ausgenommen werden soll, ist fern jeder Grundsätzlichkeit und überschreitet den Rahmen der Grundsatzgesetzgebungskompetenz klarerweise. Ausnahmen für Bagatell-Bauvorhaben vorzusehen, liegt weiterhin im Zuständigkeitsbereich der Kantone, weil dies von der Bundeskompetenz nicht erfasst wird. Der Bund ist demnach nicht zuständig, eine Regelung zu erlassen, wie sie in der Motion verlangt wird, weder auf Gesetzes- noch auf Verordnungsstufe.

Allerdings hat der Bundesgesetzgeber im RPG in jüngerer Vergangenheit auch in anderen Bereichen sehr detaillierte Regelungen erlassen (insbesondere betreffend Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen sowie die Bewilligungspflicht für Solaranlagen). Es fragt sich deshalb, ob die Beschränkung auf eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Bereich der Raumplanung die Regelungsbefugnis des Bundes überhaupt noch wirksam zu begrenzen vermag (ZP).

Aufgabe E

10 Pt.

Bei dieser Aufgabe geht es darum, zu erkennen, dass das *Anwendungsgebot gemäss Art. 190 BV* dem Bundesgericht im vorliegenden Zusammenhang *keine Schranken* auferlegt.

Aus der Normenhierarchie (Stufenbau der Rechtsordnung) ergibt sich die Befugnis bzw. Verpflichtung des Bundesgerichts sowie der übrigen rechtsprechenden Organe, Rechtsnor-

men im Anwendungsfall vorfrageweise (akzessorisch) auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht zu überprüfen. Art. 190 BV durchbricht dies jedoch, indem er *Bundesgesetze* als "massgebend" erklärt; diese sind auch dann anzuwenden, wenn sie gegen die Bundesverfassung verstossen (Anwendungsgebot). (3 Pt.)

Verordnungen des Bundesrats werden von diesem Anwendungsgebot nicht direkt erfasst, weil sie in Art. 190 nicht als massgebende Akte genannt sind. Indirekt kann sich das Anwendungsgebot jedoch auch auf Verordnungen erstrecken, nämlich insoweit, als sie durch ein Bundesgesetz "gedeckt" werden, sei dies durch eine spezifische Delegationsnorm im Falle einer gesetzesvertretenden Verordnungsbestimmung oder durch die gesetzliche Regelung an sich im Falle einer Vollziehungsverordnung; denn in einem solchen Fall würde eine vorfrageweise Überprüfung (und gegebenenfalls Nichtanwendung) der Verordnung mittelbar auch zu einer vorfrageweisen Überprüfung (und gegebenenfalls Nichtanwendung) des Gesetzes führen. Die "Immunsierung" des Gesetzes erstreckt sich insoweit also auch auf die Verordnung. (4 Pt.)

Im vorliegenden Zusammenhang steht jedoch keine Regelung in einem Bundesgesetz in Frage – weder direkt noch indirekt –, weil die Zweitwohnungsverordnung in (höchst fragwürdiger) Anwendung von Art. 182 Abs. 2 BV unmittelbar gestützt auf die Verfassung erlassen wurde. Demnach greift hier das Anwendungsgebot von Art. 190 BV auch nicht indirekt, so dass das Bundesgericht die Zweitwohnungsverordnung im Anwendungsfall uneingeschränkt auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen darf und ihr die Anwendung versagen muss, soweit sie sich als verfassungswidrig erweisen sollte. (3 Pt.)

Dies gilt sowohl für die materielle Vereinbarkeit der einzelnen Verordnungsbestimmungen mit der Verfassung – insbesondere mit Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV – als auch hinsichtlich der Frage, ob dem Bundesrat gestützt auf Art. 182 Abs. 2 BV überhaupt eine entsprechende Regelungsbefugnis zukam. (ZP)