

# 1. Übung

## Ziele:

- Vertiefung der Prüfungsstruktur eines Grundrechtseingriffs, insbesondere der Verhältnismässigkeit anhand von zwei Fallbeispielen.

## Materialien: Fall 1

- Sachverhalt BGE 117 Ia 472
- Normen
- Fragen
- Auszug aus BGE 117 Ia 472

## Materialien: Fall 2

- Sachverhalt BGE 127 IV 154
- Normen
- Fragen
- Auszug aus BGE 127 IV 154

## Fall 1: Die Prüfungsstruktur eines Grundrechtseingriffs

Der Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt beschloss am 13. September 1989 auf Antrag des Regierungsrates, § 40 des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes vom 15. Juni 1978 durch einen Absatz 4 zu ergänzen, der wie folgt lautet:

(Nach diesem Gesetz wird bestraft):

"Wer sich bei bewilligungspflichtigen Versammlungen, Demonstrationen und sonstigen Menschenansammlungen unkenntlich macht. Es können Ausnahmen bewilligt werden".

Gegen diese Gesetzesänderung wurde das Referendum ergriffen. In der darauf folgenden Volksabstimmung vom 20. Mai 1990 nahmen die Stimmbürger des Kantons Basel-Stadt die Vorlage an. Das Abstimmungsergebnis wurde im Kantonsblatt vom 23. Mai 1990 veröffentlicht. Mit Beschluss vom 19. September 1990 erklärte der Grosse Rat die Volksabstimmung über die Änderung des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes als gültig. Dieser Beschluss wurde im Kantonsblatt vom 22. September 1990 publiziert.

Die Sozialdemokratische Partei Basel-Stadt und Mitbeteiligte einerseits, Frau A. andererseits reichten gegen das Vermummungsverbot staatsrechtliche Beschwerde ein. Die Beschwerdeführer machen unter anderem geltend, § 40 Abs. 4 ÜStG verletze Grundrechte aus der Bundesverfassung.

Fragen:

- 1) Auf welche Grundrechte der BV könnten sich die Beteiligten im Rahmen einer Beschwerde berufen? Wie prüft das Gericht, ob ein Grundrecht einschlägig ist? (Schutzbereich, Eingriff)
- 2) Ist der Erlass in Bezug auf die betroffenen Grundrechte verfassungsmässig? Welche Voraussetzungen muss das Bundesgericht im Rahmen des Art. 36 BV prüfen? Gehen sie diese der Reihe nach durch
  - a) Gibt es eine genügende gesetzliche Grundlage?
  - b) Gibt es öffentliche Interessen, die den Erlass von § 40 des kantonalen Übertretungsstrafgesetzes rechtfertigen?
  - c) Ist die Norm des § 40 Abs. 4 Übertretungsstrafgesetz BS verhältnismässig? Welche Prüfungsschritte sind vorzunehmen? Sind die Mittel geeignet zur Erreichung der Ziele, gibt es mildere Mittel um die Ziele zu erreichen und sind die Einschränkungen der Beteiligten nicht unverträglich stark?

## Normen:

- **Art. 16**

### **Meinungs- und Informationsfreiheit**

<sup>1</sup> Die Meinungs- und Informationsfreiheit ist gewährleistet.

<sup>2</sup> Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.

<sup>3</sup> Jede Person hat das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten.

- **Art. 22 BV**

### **Versammlungsfreiheit**

<sup>1</sup> Die Versammlungsfreiheit ist gewährleistet.

<sup>2</sup> Jede Person hat das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben.

## **Auszug aus dem Urteil BGE 117 Ia 472 ( Hinweis Unterstreichungen vom Verfasser):**

### Verhältnismässigkeit

Im weiteren ist zu prüfen, ob der Eingriff mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar ist. Allgemein wird unter diesem Gesichtspunkt verlangt, dass die vom Gesetzgeber gewählte Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und tauglich ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. den zu seiner Erreichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen ([BGE 112 Ia 70](#) E. 5c; [BGE 101 Ia 176](#) E. 3; [BGE 97 I 508](#); [BGE 93 I 219](#); [BGE 91 I 464](#) mit Hinweisen). Ein staatlicher Eingriff hat zu unterbleiben, wenn der verfolgte Zweck auch mit einer für die Freiheit der Bürger weniger einschneidenden Massnahme erreicht werden könnte ([BGE 107 Ia 67](#) E. 2b; [BGE 101 Ia 176](#) E. 3).

aa) Wie ausgeführt wurde, zielt die hier in Frage stehende Massnahme darauf ab, Gewalttätigkeiten bei Demonstrationen zu verhindern bzw. das einer Menschenansammlung inhärente Gefahrenpotential möglichst klein zu halten. Die Beschwerdeführer wenden ein, das Vermummungsverbot sei ungeeignet und untauglich, um dieses Ziel zu erreichen, denn es gebe keinen Erfahrungssatz, wonach Vermummte die Gewaltbereitschaft der Menge fördern würden. Das Verbot sei deshalb auch unnötig.

#### a) Geeignetheit

Die allgemeine Lebenserfahrung zeigt und wissenschaftliche Untersuchungen über Massendelikte bestätigen, dass sich der Einzelne in der Masse eher zu Ausschreitungen hinreissen lässt (FRITZ FALB, Demonstrationen und Strafrecht, ZStrR 91/1975, S. 238 mit Hinweis auf ERNST HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, S. 454). Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt vertritt die Ansicht, die Gefahr von Ausschreitungen werde beträchtlich erhöht, wenn sich Vermummte unter den Teilnehmern der Veranstaltungen befänden. Er weist darauf hin, seit den Jugendunruhen anfangs der 80er Jahre sei es bei Demonstrationen in Basel immer wieder zu gewalttätigen Ausschreitungen gekommen. Es sei dabei festgestellt worden, dass die Gewalttaten vorwiegend von vermummten Demonstrationsteilnehmern ausgegangen seien. Die Beschwerdeführer bestreiten diese Behauptung, doch bringen sie nichts vor, was Zweifel an der Richtigkeit der Angaben

des Regierungsrats zu rechtfertigen vermöchte. Diese sind deshalb als zutreffend zu betrachten. Gleiche Erfahrungen waren übrigens auch in der Bundesrepublik Deutschland gemacht worden und führten dazu, dass § 125 des deutschen Strafgesetzbuches, der den Landfriedensbruch untersagt, im Jahre 1985 durch einen Absatz 2 ergänzt wurde, welcher die Vermummung strafbar erklärt. Auch hier wurde als Argument für die Einführung dieser Bestimmung vorgebracht, es sei vom Erfahrungssatz auszugehen, dass die Teilnahme von Vermummten an öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel in der Regel zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit führe. Die Vermummung sei in hohem Masse geeignet, den Zusammenhalt gewalttätiger Demonstrationen zu fördern und die Neigung zu Gewalttätigkeiten zu vergrössern (JÖRN-HENRIK MEYN, Die sogenannte Vermummung und passive Bewaffnung - verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme unter besonderer Berücksichtigung der Änderung des Versammlungsgesetzes von 1985 -, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 749, 1988, S. 207/8 mit Hinweisen auf Drucksachen des Deutschen Bundestages; RUPERT SCHOLZ, Rechtsfrieden im Rechtsstaat, in: Neue Juristische Wochenschrift 1983, S. 711). Wohl trifft es zu, dass es Versammlungsteilnehmer gibt, die sich nicht deshalb vermummen, um aus der Anonymität heraus Straftaten begehen zu können, sondern weil sie damit verhindern wollen, von der Polizei erkannt und datentechnisch erfasst zu werden, oder weil sie z.B. durch das Tragen einer Maske ein bestimmtes Thema symbolisch darstellen wollen. Das ändert jedoch nichts daran, dass aufgrund der in den letzten Jahren im Kanton Basel-Stadt bei Demonstrationen gemachten Erfahrungen von der These des Regierungsrats ausgegangen werden muss, wonach die Anwesenheit Vermummter die Gefahr von Ausschreitungen wesentlich erhöht. Verhält es sich so, dann bildet das Verbot, sich bei solchen Veranstaltungen unkenntlich zu machen, eine geeignete und taugliche Massnahme, um die Gefahr von Gewalttaten möglichst klein zu halten und damit die öffentliche Sicherheit besser zu schützen.

#### b) Erforderlichkeit

Was das Gebot der Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit eines Grundrechtseingriffs anbelangt, so ist auch eine geeignete Massnahme dann unzulässig, wenn eine gleich geeignete, mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht (ULRICH ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97/1978 II, S. 14). Die Beschwerdeführer sind der Meinung, der angestrebte Zweck könne auch mit einem weniger einschneidenden Eingriff erreicht werden, nämlich dadurch, dass die Behörde im Einzelfall ein Vermummungsverbot mittels Auflage anordne. Es besteht indessen ein erhebliches Interesse daran, dass aus generalpräventiven Gründen eine generelle Ordnung geschaffen wird und nicht bloss von Fall zu Fall Anordnungen getroffen werden, bei denen im übrigen stets die Gefahr besteht, dass sie nicht zur Kenntnis aller Teilnehmer gelangen.

#### c) Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Zumutbarkeit)

Die Beschwerdeführer vertreten ferner die Auffassung, der mit dem Vermummungsverbot verfolgte Zweck stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zu den mit der Massnahme verbundenen Einschränkungen.

Das in § 40 Abs. 4 ÜStG statuierte Verbot der Unkenntlichmachung soll verhindern, dass es bei grösseren Veranstaltungen auf öffentlichem Grund zu Ausschreitungen kommt und dass die Teilnehmer aus der Anonymität heraus Straftaten begehen und damit die Ermittlungstätigkeit der Polizei erschweren oder vereiteln können. Der Regierungsrat erklärt, es könne in einem Rechtsstaat wohl kaum toleriert werden, dass Teilnehmer einer Demonstration, welche nachgewiesenermassen für diverse Gewalttätigkeiten verantwortlich seien, zufolge der Vermummung nicht identifiziert und der Strafjustiz übergeben werden könnten. Es muss in einem Rechtsstaat auch nicht geduldet werden, dass durch gewalttätige Handlungen vermummter Teilnehmer die öffentliche Sicherheit und damit hochrangige Rechtsgüter (Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum) schwer gefährdet werden. Wenn zur Abwehr dieser Gefahren das hier in Frage stehende Verbot der Unkenntlichmachung erlassen wurde, kann nicht gesagt werden, die Massnahme stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Zweck. Wie dargelegt wurde, ist die mit der Massnahme verbundene Grundrechtsbeschränkung von geringerem Gewicht als das erwähnte öffentliche Interesse. Entscheidend ist sodann, dass das in § 40 Abs. 4 ÜStG vorgesehene Verbot der Unkenntlichmachung nicht absolut gilt, sondern Ausnahmen bewilligt werden können. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass

die Behörde aufgrund der allgemein gehaltenen Regelung die Möglichkeit hat, eine Ausnahmegewilligung immer dann zu erteilen, wenn sie legitime Gründe für eine Unkenntlichmachung als gegeben erachtet. Der Regierungsrat hält denn auch in der Beschwerdeantwort fest, Ausnahmen vom Vermummungsverbot seien nicht nur dann möglich, wenn Interessen des Persönlichkeitsschutzes oder religiöse Anschauungen mitspielen (wie z.B. bei Kundgebungen von Homosexuellen oder von islamischen Frauen), sondern auch dann, wenn es sich um Demonstrationen handle, deren Motiv und Zweck nur durch Unkenntlichmachung des Gesichts in optimaler Weise dargestellt werden könnten (z.B. Veranstaltungen gegen die schlechte Luft mittels Gasmasken). Dies zeigt, dass die kantonale Behörde gewillt ist, beim Entscheid über die Ausnahmegewilligung die verschiedenen Interessen nach objektiven Gesichtspunkten gegeneinander abzuwägen und dabei dem legitimen Bedürfnis, Veranstaltungen mit Appellwirkung an die Öffentlichkeit durchführen zu können, angemessene Rechnung zu tragen. In Anbetracht all dieser Umstände kann nicht gesagt werden, der mit § 40 Abs. 4 ÜStG verbundene Eingriff schränke das Recht auf freie Meinungsäußerung und freie Versammlung übermässig und unzumutbar ein und sei deshalb nicht mehr verhältnismässig.

## **Fall 2: Vertiefung**

X. leidet seit fast 30 Jahren an einer chronischen paranoiden Schizophrenie. Aufgrund akuter psychotischer Zustände wurde er bereits mehrfach hospitalisiert. 1992 erneut, weil er Straftaten beging. Im Rahmen des Massnahmenvollzugs wird X. monatlich ein Depot-Neuroleptikum injiziert, welches individualitätsverändernde Wirkung haben kann. Er wird ständig betreut, hat aber insofern Bewegungsfreiheit als er ein Handgeld erhält mit dem er den Nachmittag in der Stadt verbringen kann. Ab und zu nimmt er das Abendessen bei seinen Eltern ein.

Nachdem X. 1995 ein weiteres Mal straffällig wurde, verwahrte ihn das Strafrichteramt IX von Bern wegen Unzurechnungsfähigkeit (Grund: Nichteinnahme seiner Medikamente) gemäss Art. 64 Ziff. 4 Abs. 1 lit. b StGB. X. hatte eine Person verletzt und einer weiteren Person ein Stellmesser an die Kehle gehalten. Im Appellationsverfahren stellte das Obergericht des Kantons Bern fest, dass bei X. ein enger Zusammenhang besteht zwischen der regelmässigen Einnahme der Medikamente und der Fremdgefährdung, die von ihm ausgeht wenn er die Einnahme unterlässt. Das Gericht befand, dass das Depot-Neuroleptikum, wenn nötig zwangsweise injiziert, ein geeignetes Mittel sei um die Fremdgefährdung zu verhindern. Es ordnete einen Massnahmenvollzug nach Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 StGB in einer Aussenstation der universitären psychiatrischen Dienste auf unbestimmte Zeit an. Bei Nichtbewährung sei eine Verwahrung erneut zu prüfen.

X. reichte zweimal ein Gesuch auf Entlassung aus dem Massnahmenvollzug ein. Beide Gesuche wurden von der Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug abgelehnt. Gegen den zweiten Ablehnungsentscheid reichte X. Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern und danach beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern ein. Beide Beschwerden wurden abgewiesen. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wurde die paranoide Schizophrenie des X. durch ein Gutachten bestätigt. Gleichzeitig stellte ein Neurologe bei X. als Nebenwirkung der jahrelangen Medikation erhebliche Bewegungsstörungen fest, die zukünftig zur Invalidität des X. führen werden.

X. gelangt mit seiner Beschwerde ans Bundesgericht und rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus der BV. Er verlangt die sofortige Beendigung des Massnahmenvollzugs und das Absetzen der Medikation oder die Fortsetzung des Massnahmenvollzugs um weitere 7 Monate und die Absetzung der Medikation schrittweise innert einer Frist von 5 Monaten. X. gibt allerdings an, dass er nicht unbetreut wohnen kann, denn nur mit Betreuung sei eine Gefährdung Dritter auszuschliessen. Mit ausreichend finanziellen Mitteln sei eine solche Betreuung aber ausserhalb des Massnahmenvollzugs möglich. Ausserdem gibt X. zutreffend an, dass gemäss Gutachten des Neurologen der Einsatz eines Alternativmedikaments oder die Absetzung der Medikation zu empfehlen sei.

## Auszug BGE 127 IV 154:

### Erwägung 4

(...)

Der Beschwerdeführer macht in der Begründung seiner Beschwerde geltend, eine Gefährdung Dritter hänge wesentlich vom Betreuungs-Setting ab und eine adäquate Betreuung könnte (bei ausreichenden ihm zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln) ausserhalb der heutigen Institution möglich sein. Auch in seinen Anträgen geht er davon aus, dass er nicht in der Lage ist, selber eine Wohnung zu suchen oder unbetreut zu leben, und dass "die ambulante Weiterbetreuung sicherzustellen" sei. Damit bleibt auch in seiner Argumentation die Sicherstellung einer "adäquaten" Betreuung zentral. Diese lässt sich zurzeit in einem anderen Rahmen nicht gewährleisten. Diesem Zweck dient die angefochtene Massnahme. Der Wohnzwang dient seiner Betreuung, soll seinen Tagesablauf strukturieren und die monatliche Medikation sicherstellen. Die Massnahme erscheint als verhältnismässig. Eine Entlassung aus der Massnahme kommt zurzeit nicht in Betracht.

e) Die Vollzugsbehörden und die UPD sind jedoch im Sinne der abschliessenden Erwägungen der Vorinstanz (oben E. 4b, zweiter Absatz) auf den vom Psychiater als sinnvoll bezeichneten Absetz-Versuch sowie den vom Neurologen empfohlenen Versuch mit dem Alternativmedikament zu verpflichten ("en vertu de ses obligations propres", [BGE 102 IV 15](#) E. 4b). Nach den Gutachten erscheinen ein Wechsel des Medikaments und selbst ein Absetz-Versuch nämlich möglich. Diese Versuche müssen durchgeführt und ausgewertet werden. Es versteht sich, dass dies nur nach Mass und Möglichkeiten des pflichtgemässen und gewissenhaften Ermessens der Ärzte geschehen kann. Von einer Weisung im Urteilsdispositiv ist abzusehen (vgl. [BGE 102 IV 15](#) E. 4a).

### Normen:

- **Art. 10 BV**

#### **Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit**

<sup>1</sup> Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.

<sup>2</sup> Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

<sup>3</sup> Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.

- **Art. 59 StGB**

2. Stationäre therapeutische Massnahmen.

Behandlung von psychischen Störungen

<sup>1</sup> Ist der Täter psychisch schwer gestört, so kann das Gericht eine stationäre Behandlung anordnen, wenn:

a.

der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht; und

b.

zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen.

<sup>2</sup> Die stationäre Behandlung erfolgt in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmenvollzugseinrichtung.

<sup>3</sup> Solange die Gefahr besteht, dass der Täter flieht oder weitere Straftaten begeht, wird er in einer geschlossenen Einrichtung behandelt. Er kann auch in einer Strafanstalt nach Artikel 76 Absatz 2 behandelt werden, sofern die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet ist.

<sup>4</sup> ...

- **Art. 64 StGB**

#### 4. Verwahrung.

##### Voraussetzungen und Vollzug

<sup>1</sup> Das Gericht ordnet die Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und wenn:

a.

auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht; oder

b.

auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer Massnahme nach Artikel 59 keinen Erfolg verspricht.

<sup>2</sup> ...

<sup>3</sup> ...

<sup>4</sup> ...

#### **Fragen:**

- 1) Auf welche Grundrechte der BV könnte sich X. im Rahmen einer Beschwerde berufen?
- 2) Welche therapeutische Massnahmen werden im Massnahmenvollzug X. gegenüber angewendet?
- 3) Sind die Massnahmen im Hinblick auf den Schutz der körperlichen und geistigen Integrität des X. gerechtfertigt? Gehen sie die Einschränkungsvoraussetzungen nach Art. 36 BV der Reihe nach durch.
  - a) Gibt es eine genügende gesetzliche Grundlage?
  - b) Welche öffentlichen Interessen sind hier einschlägig?
  - c) Sind die Massnahmen verhältnismässig? Wie beurteilen sie die Herangehensweise des Bundesgerichts, wurden die Voraussetzungen sauber durchgeprüft?