

# **Kurzgutachten**

zuhanden der

**Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern**

betreffend die Frage nach der

**Befugnis des Grossen Rates, in bestimmter Weise zur Informationspraxis der Staatsanwaltschaft und der Polizei (stete Nennung der Nationalität von Tatverdächtigen und Opfern) zu legiferieren**

verfasst von

**Dr.iur. Markus H. F. Mohler**

ehem. Lehrbeauftragter für öffentliches,  
speziell Sicherheits- und Polizeirecht

an den Universitäten von Basel und St. Gallen,  
Basel-Binningen

## **Inhalt:**

- A. Einleitung
- B. Zu beachtende Rechtsquellen
- C. Auslegung
  - I. Zum Strafprozessrecht
    - 1. Art. 74 StPO, Orientierung der Öffentlichkeit
    - 2. Beginn der Massgeblichkeit des Strafprozessrechts
  - II. Die Empfehlung der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD)
    - 1. Der ursprüngliche Text der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz
    - 2. Die endgültige Fassung der KKJPD
    - 3. Beurteilung
  - III. Zu den Zuständigkeitsfragen
    - 1. Bundesrecht und kantonales Recht
    - 2. Kantonales Vollziehungsrecht von Bundesgesetzen
    - 3. Grundsätzliche Aspekte von Gewaltenteilung, Rechtsetzung und Rechtsvollzug
      - a) Kooperation der Staatsgewalten statt Abschottung
      - b) Kriterien der Zuordnung von Rechtsetzungskompetenzen
      - c) Rechtsetzungsmethodik
    - 4. Innerkantonale Zuständigkeitsregelungen
  - IV. Konkretisierung auf das Begehren der Motion
    - 1. Inhalt der Motion
    - 2. Übergeordnete Verfassungsprinzipien
      - a) Gesetzmässigkeitsprinzip
      - b) Verhältnismässigkeitsprinzip
      - c) Öffentliches Interesse im Besonderen
      - d) Unschuldsvermutung
      - e) Diskriminierungsverbot
      - f) Einzelfallgerechtigkeit
    - 3. Amtsgeheimnis
    - 4. Ermessen der zuständigen Behörden
      - a) Hinsichtlich feststehender Tatsachen
      - b) Hinsichtlich Ermittlungserfolg
      - c) Hinsichtlich Informationsgehalt
      - d) Hinsichtlich Amtsgeheimnis (Unschuldsvermutung, Opferschutz)
      - e) Hinsichtlich Diskriminierungsverbot
      - f) Hinsichtlich Stigmatisierungspotential
- D. Ergebnis
- E. Schlussfolgerung
- F. Beantwortung der Fragen

## **A. Einleitung**

### **I. Anlass**

#### **1. Motion**

##### **a) Wortlaut**

Rz. 1. Am 10. März 2016 wurde im Grossen Rat die Motion 051-2016 mit dem Titel «Transparenz bei der Informationspraxis auch im Kanton Bern» eingereicht. Der Wortlaut des Begehrens lautet:

«Der Regierungsrat wird beauftragt, die nötigen Massnahmen zu ergreifen, damit bei Medienorientierungen über Straftaten unter den Angaben zu den Tatverdächtigen und Opfern neben dem Alter auch die Nationalität genannt und damit der Empfehlung der KKJPD gefolgt wird.»

##### **b) Begründung**

Rz. 2. Zur Begründung wird angeführt:

«In welchen Fällen die Berner Kantonspolizei und die Staatsanwaltschaft von sich aus die Herkunft von Tatverdächtigen mitteilen und in welchen nicht, scheint nach wie vor unklar im Kanton Bern. Ob die Nationalität in einer Mitteilung steht oder nicht, wird von Fall zu Fall entschieden. Oft wird die Nationalität von der Polizei nicht bekannt gegeben. Das stösst auf Unverständnis.

Die Mehrheit der Kantone folgt heute den von der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) abgegebenen Empfehlungen. Die Empfehlungen sehen vor, dass in Medienorientierungen bei Tatverdächtigen und -opfern neben dem Alter auch die Nationalität genannt wird.

Im Kanton Bern sollte dieser Empfehlung ebenfalls nachgelebt werden, um eine transparente Informationspraxis gegenüber der Bevölkerung zu gewährleisten.»

#### **2. Behandlung im Grossen Rat**

Rz. 3. Am 13. September 2016<sup>1</sup> wurde die Motion nach längerer Debatte mit 68 zu 65 Stimmen bei 5 Enthaltungen angenommen.

### **II. Auftrag**

#### **a) Wortlaut**

Rz. 4. Mit einer e-mail vom 19. März 2018 bzw. der schriftlichen Bestätigung vom 3. April 2018 erteilte mir das Generalsekretariat der Polizei- und Militärdirektion den Auftrag, ein Kurzgutachten zu folgenden Fragen zu erstellen:

1. Ist der Grosse Rat des Kantons Bern befugt, zur Umsetzung der Motion 051-2016 Gschwend-Pieren (Lyssach, SVP) «Transparenz bei der Informationspraxis auch im Kanton Bern» zu legiferieren? Wenn nicht vollumfänglich, ist er dies ggf. mit gewissen Einschränkungen?
2. Auf welchen rechtlichen Prinzipien (Normenhierarchie, Gewaltentrennung, usw.) und Grundlagen basiert diese Schlussfolgerung?

#### **b) Dimension**

Rz. 5. Die Beantwortung der gestellten Fragen berührt verschiedene miteinander verwobene Rechtsfelder<sup>2</sup> und stösst damit an die Grenze dessen, was zu deren Begründung in einem Kurzgutachten dargelegt werden kann. Das zeigen schon die zahlreichen zu beachtenden Erlasse (nachfolgend B). Die Ausführungen müssen daher auftragsgemäss kurz gefasst sein.

## **B. Zu beachtende Rechtsquellen**

Rz. 6. Für die Beantwortung der gestellten Fragen sind folgende bundes- und kantonrechtliche Erlasse zu beachten:

---

<sup>1</sup> Geschäft 2016.RRGR.263.

<sup>2</sup> Zur Komplexität der rechtsstaatlichen Determinanten einer behördlichen Informationspolitik: URS SAXER, Öffentlichkeitsinformationen von Behörden im Rechtsstaat, in: medialex 2004-28.

Bund:

- die Bundesverfassung,<sup>3</sup> namentlich Art. 5, 10 Abs. 1, 35 Abs. 2 und 46 Abs. 1,
- die Schweizerische Strafprozessordnung,<sup>4</sup> namentlich Art. 74, 299 und 300,
- das Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz<sup>5</sup>

Kanton Bern:

- die Verfassung des Kantons Bern,<sup>6</sup>
- das Gesetz über den Grossen Rat<sup>7</sup>
- das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft,<sup>8</sup>
- das Gesetz über die Information der Bevölkerung<sup>9</sup>
- das Informationsreglement der Staatsanwaltschaft.<sup>10</sup>

## C. Auslegung

### I. Zum Strafprozessrecht

#### 1. Art. 74 StPO, Orientierung der Öffentlichkeit

Rz. 7. Art. 74 StPO lautet:

«Art. 74 Orientierung der Öffentlichkeit

<sup>1</sup> Die Staatsanwaltschaft und die Gerichte sowie mit deren Einverständnis die Polizei können die Öffentlichkeit über hängige Verfahren orientieren, wenn dies erforderlich ist:

- a. damit die Bevölkerung bei der Aufklärung von Straftaten oder bei der Fahndung nach Verdächtigen mitwirkt;
- b. zur Warnung oder Beruhigung der Bevölkerung;
- c. zur Richtigstellung unzutreffender Meldungen oder Gerüchte;
- d. wegen der besonderen Bedeutung eines Straffalles.

<sup>2</sup> Die Polizei kann ausserdem von sich aus die Öffentlichkeit über Unfälle und Straftaten ohne Nennung von Namen orientieren.

<sup>3</sup> Bei der Orientierung der Öffentlichkeit sind der Grundsatz der Unschuldsvermutung und die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen zu beachten.

<sup>4</sup> In Fällen, in denen ein Opfer beteiligt ist, dürfen Behörden und Private ausserhalb eines öffentlichen Gerichtsverfahrens seine Identität und Informationen, die seine Identifizierung erlauben, nur veröffentlichen, wenn:

- a. eine Mitwirkung der Bevölkerung bei der Aufklärung von Verbrechen oder bei der Fahndung nach Verdächtigen notwendig ist; oder
- b. das Opfer beziehungsweise seine hinterbliebenen Angehörigen der Veröffentlichung zustimmen.»

Rz. 8. Die Bestimmung statuiert eine gesetzliche Ausnahme von der nach Art. 73 StPO für die Strafbehörden generell geltenden Geheimhaltungspflicht.<sup>11</sup> Es handelt sich um eine «*Kann-Vorschrift*», es besteht aus dieser Normierung heraus *keine Pflicht* zur Information. Eine «*Kann-Vorschrift*» als *offene Norm (concept*

---

<sup>3</sup> BV, SR 101.

<sup>4</sup> StPO, SR 312.0.

<sup>5</sup> ZeugSG, SR 312.2.

<sup>6</sup> KV, BSG 101.1.

<sup>7</sup> Grossratsgesetz, GRG, BSG 151.21.

<sup>8</sup> GSOG, BSG 161.1.

<sup>9</sup> Informationsgesetz, IG, BSG 107.1.

<sup>10</sup> IR StAw, BSG 162.711.2.

<sup>11</sup> URS SAXER, Komm. zu Art. 74, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basel 2014 (nachfolgend: Autor, BSK, Art. xx), Rz. 1.

*juridique non défini*)<sup>12</sup> ermächtigt die rechtsanwendenden Behörden ausdrücklich<sup>13</sup> «zum Handeln nach Ermessen».<sup>14</sup> Es besteht auch *kein Anspruch auf Information* über strafrechtliche Ermittlungsverfahren.<sup>15</sup> Die Vorschrift bezieht sich auf *alle pendenten Verfahren*, d.h. Verfahren gemäss der Strafprozessordnung.<sup>16</sup> Erkennbar sind offene Normen an sinngemässen Wendungen wie «wichtige Gründe» bzw. deren explizite Nennung oder etwa besonderes oder überwiegendes Interesse.

Rz. 9. Die *Erforderlichkeit* verweist auf das zu beachtende *Verhältnismässigkeitsprinzip* (dazu nachfolgend, Rz. 42).<sup>17</sup> Das *öffentliche Interesse* ist über seine Bedeutung bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit noch zusätzlich zu bestimmen (nachfolgend Rz. 43).

Rz 10. Zur Erforderlichkeit werden vier Kriterien in Art. 74 StPO gesetzlich festgelegt (Abs. 1 Bst. a-d; vgl. dazu auch der Hinweis auf die «offenen Norm, vorstehend Rz. 8). Die Polizei ist nach Abs. 1 nur im Einverständnis mit der Staatsanwaltschaft (oder dem Gericht) zur Information der Öffentlichkeit befugt.

Rz. 11. Gemäss Abs. 2 kann die Polizei «ausserdem von sich aus die Öffentlichkeit über Unfälle und Straftaten ohne Nennung von Namen orientieren». Dies entbindet die Polizei nur von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft, sofern es sich nicht um einen Fall handelt, über den die Polizei die Staatsanwaltschaft nach Art. 307 Abs. 1 StPO unverzüglich zu orientieren hat.

Rz. 12. Die Ermächtigung der Polizei zur selbständigen Information der Öffentlichkeit ist von den Kriterien nach Abs. 1 jedoch nicht losgelöst. Zu beachten sind ebenso die Verhältnismässigkeit und das besonders gewichtete öffentliche Interesse (vorstehend Rz. 8 f.) sowie weitere Voraussetzungen (nachfolgend Rz. 45 f., 49 ff.).

## 2. Beginn der Massgeblichkeit des Strafprozessrechts

Rz. 13. Wie erwähnt (Rz. 8) gelten die Vorschriften des Art. 74 StPO für alle pendenten Verfahren. Somit stellt sich die Frage, von welchem Moment an ein strafrechtliches Verfahren «pendent» ist. Das Strafverfahren besteht aus dem *Vorverfahren* (Art. 299 ff. StPO) und dem Hauptverfahren (Art. 328 ff. StPO). Das *Vorverfahren* ist in das polizeiliche *Ermittlungsverfahren* (Art. 306 f. StPO) und die *Untersuchung* durch die Staatsanwaltschaft (Art. 308 ff. StPO) gegliedert.

Rz. 14. *Eingeleitet* wird das Vorverfahren nach Art. 300 Abs. 1 Bst. a StPO durch die *Ermittlungstätigkeit der Polizei*. Diese Bestimmung stellt nicht auf eine formelle Verfahrenseröffnung (Verfügung) ab. Eingeleitet wird das Verfahren durch den *tatsächlichen Beginn der polizeilichen Ermittlungstätigkeit*, sofern nicht die Staatsanwaltschaft selber ein Verfahren formell eröffnet (Art. 300 Abs. 1 Bst. b StPO). Der Beginn der polizeilichen Ermittlungstätigkeit entspricht rechtlich gesehen einer *materiell-rechtlichen Einleitung*.<sup>18</sup>

Rz. 15. Voraussetzung dafür ist ein hinreichender *Anfangsverdacht*.<sup>19</sup>

Rz. 16. Dieser «Moment» ist gleichzeitig auch die *Abgrenzung zwischen dem Strafprozess- und dem Polizeirecht*. Das Polizeirecht ist, anders als das Strafprozessrecht, auf die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bzw. die Gefahrenabwehr ausgerichtet. Von der *ersten polizeilichen Ermittlungstätigkeit* in Bezug auf eine Bestätigung oder Nichtbestätigung eines Anfangsverdachts durch die Polizei an ist das Verfahren pendent und es *gilt somit die StPO*. Diese *erste Ermittlungstätigkeit* kann bspw. eine

---

<sup>12</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 26, Rz. 25 ff. (in der 4. Aufl. ist der französische Ausdruck im Text nicht mehr zu finden, wohl aber im französischen Stichwortverzeichnis zum Thema); vgl. dazu nachfolgend Rz. 34.

<sup>13</sup> SAXER (FN 11), a.a.O., Rz. 9, 11.

<sup>14</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016 (im Folgenden: Verwaltungsrecht), Rz. 408. Vgl. dazu Rz. 45.

<sup>15</sup> SAXER (FN 11), a.a.O., Rz. 10.

<sup>16</sup> SAXER (FN 11), a.a.O., Rz. 3.

<sup>17</sup> SAXER (FN 11), a.a.O., Rz. 7.

<sup>18</sup> CHRISTOF RIEDO/BARABRA BONER, BSK (FN 11), Art. 300, Rz. 8 f.; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, 603.

<sup>19</sup> RIEDO/BONER (FN 18), a.a.O., Rz. 5, 14; SCHMID/JOSITSCH (FN 18), a.a.O., 604.

*Personenkontrolle*, d.h. die Massnahme zur Identifizierung einer Person, auf die ein Verdacht fällt, sein. Das *Ergebnis* einer solche Kontrolle ist *nicht notwendigerweise bereits schlüssig*, weder in Bezug auf den Sachverhalt als strafbare Handlung oder Unterlassung noch in Bezug auf die tatverdächtige Person.

## **II. Die Empfehlung der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD)**

### **1. Der ursprüngliche Text der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz**

Rz. 17. Die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz für den Umgang mit den Medien vom 3. November 2010<sup>20</sup> lauten betr. Nationalitäts- und Altersangaben (Ziff. 6):

«In Medienorientierungen wird bei Tatverdächtigen und Opfern nebst dem Alter die Nationalität bekannt gegeben. Von dieser Regelung ist abzuweichen, wenn Gründe des Persönlichkeitsschutzes dagegen sprechen oder die Gefahr besteht, dass Personen dadurch identifiziert werden können. Ein Migrationshintergrund kann auf Anfrage bestätigt werden.»

### **2. Die endgültige Fassung der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren und -direktoren (KKJPD)**

Rz. 18. Anlässlich der Frühjahrsversammlung 2011 der KKJPD wurde die Empfehlung der KKPKS diskutiert. Im Protokoll<sup>21</sup> heisst es:

«Ein weiterer Diskussionspunkt ist das Verhältnis der Empfehlungen zu Art. 74 StPO. Die Mehrheit der Polizeimeldungen erfolgt ausserhalb von Strafverfahren, womit Art. 74 StPO nicht anwendbar ist. Bei laufenden Strafverfahren muss jedoch Art. 74 StPO beachtet werden.»

Rz. 19. Gestützt darauf folgte die Versammlung dem Antrag des Vorstandes, von den Empfehlungen der KKPKS «zustimmend Kenntnis zu nehmen» nicht, sondern beschloss:

«Die KKJPD-Frühjahrsversammlung 2011 nimmt die KKPKS-Empfehlungen zur Kenntnis und weist darauf hin, dass bei Strafverfahren als übergeordnete Bestimmung Art. 74 StPO zu beachten ist.»

Daraus geht hervor, dass die KKJPD keine Empfehlung abgegeben, sondern jene der KKPKS mit einer wesentlichen Einschränkung zur Kenntnis genommen hat.

### **3. Beurteilung**

Rz. 20. Zunächst ist der Diskussionsbeitrag, wonach die Mehrheit der Polizeimeldungen ausserhalb von Strafverfahren erfolge, zu relativieren. In Art. 74 Abs. 2 StPO wird die Polizei ermächtigt, «die Öffentlichkeit über Unfälle und Straftaten ohne Nennung von Namen orientieren». Ist von «Straftaten» die Rede, worüber berichtet wird, handelt es sich bereits um ein pendentes Ermittlungsverfahren, die StPO ist also massgebend (vorstehend Rz. 16). Das Gleiche gilt mit seltenen Ausnahmen (bspw. gegebenenfalls bei Lawinenunglücken) für Unfälle: Auch hier wird ermittelt, ob ein strafbarer (Fahrlässigkeits-)Tatbestand erfüllt worden sein könnte. Das gilt insbesondere im Strassenverkehrsrecht, gemäss dem u.a. die einen Schaden verursachende Person verpflichtet ist, unverzüglich die Polizei zu verständigen (also eine Anzeige zu erstatten), sofern die oder der Geschädigte nicht sofort benachrichtigt werden kann (Art. 51 Abs. 3 SVG<sup>22</sup>). Das Unterlassen der Meldung ist nach Art. 92 Abs. 1, ev. 91a Abs. 1 SVG strafbar. Ein Ermittlungsverfahren ist so oder so unmittelbar die Folge.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Ausgerichtet auf die ab 1.1.2011 geltende StPO. Nicht publiziert, von der Polizei und Militärdirektion zur Verfügung gestellt.

<sup>21</sup> Vom 7. April 2011, Ziff. 10.

<sup>22</sup> Strassenverkehrsgesetz, SR 741.01.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_461/2017 vom 26. Januar 2018, E. 2.1 ff.

Rz. 21. Sofern die Polizei selbständig über Unfälle (erwähnte Ausnahmen vorbehalten) oder Straftaten orientiert, gilt demnach die StPO.

Rz. 22. In der etwas eigenartigen Formulierung der KKJPD (vorstehend Rz. 18) wird jedoch darauf verwiesen, dass «bei laufenden Strafverfahren ... Art. 74 StPO beachtet werden» muss.

Rz. 23. Die Formulierung der Empfehlung der KKPKS sieht nicht vor, dass die Nationalität von Tatverdächtigen und Opfern *stets* mitzuteilen sei. Es wird im Gegenteil ausdrücklich darauf verwiesen, dass darauf zu verzichten sei, «wenn Gründe des Persönlichkeitsschutzes dagegen sprechen oder die Gefahr besteht, dass Personen dadurch identifiziert werden können». Dies ist als Kurzfassung zu betrachten, da auch andere Gründe der Nennung der Nationalität entgegenstehen können (nachfolgend Rz 41 ff., 49 ff.).

Rz. 24. Schliesslich *fehlt der Empfehlung der KKJPD die auch informelle Verbindlichkeit*, indem sie begründet darauf verzichtete, «zustimmend» Kenntnis zu nehmen (vorstehend Rz. 19). Nur nebenbei sei bemerkt, dass die Kantone ohnehin frei sind, gestützt auf Art. 74 StPO selber zu entscheiden.

### III. Zu den Zuständigkeitsfragen

#### 1. Bundesrecht und kantonales Recht

Rz. 25. Nach Art. 49 Abs. 1 BV geht Bundesrecht (entgegenstehendem) kantonales Recht vor. Der Bund hat über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu wachen (Abs. 2).

#### 2. Kantonales Vollziehungsrecht von Bundesgesetzen

Rz. 26. Art. 46 Abs. 1 BV schreibt vor, dass die Kantone das Bundesrecht *nach Massgabe von Verfassung und Gesetz* umsetzen. Der Bund lässt den Kantonen nach Abs. 2 eine möglichst grosse Gestaltungsfreiheit. Dabei schränkt jedoch das *Gesetzmassigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 1 BV) diese Gestaltungsfreiheit ein.<sup>24</sup> Das bedeutet jedoch auch, dass die Kantone nicht qua Gestaltungsfreiheit befugt sind, Vollziehungsgesetze oder -verordnungen *in der Sache abweichend* zu erlassen.<sup>25</sup>

#### 3. Grundsätzliche Aspekte von Gewaltenteilung, Rechtsetzung und Rechtsvollzug

Rz. 27. Im Rahmen dieses Kurzgutachtens kann nur summarisch auf die Fragen der Gewaltenteilung eingegangen werden.

##### a) Kooperation der Staatsgewalten statt Abschottung

Rz. 28. Die Gewaltenteilung ist seit John Locke (1632 – 1704) und Montesquieu (1689 – 1755) *auf gegenseitige Machtbegrenzung, auf Verhinderung von Machtmissbrauch ausgerichtet*.<sup>26</sup> Die heutige Lehre von der Gewaltenteilung hat sich jedoch von der rechtstheoretischen Funktionslehre gelöst und betont die *Kooperation*.<sup>27</sup> Dies bedeutet jedoch *keine beliebige Kompetenzselbstallokation* der einzelnen staatsrechtlichen Gewalten. Die auf der Funktionsunterscheidung basierende Gewaltentrennung soll ein Gewaltengleichgewicht im Sinne der Balance zwischen den Kräften bewirken.<sup>28</sup> Dem Gesetz als Produkt der parlamentarischen Legislative soll das Grundlegende, Wichtige, Dauernde, die Allgemeinheit betreffende vorbehalten bleiben.<sup>29</sup> Insgesamt, so SCHINDLER, seien bei der Rechtsanwendung «die materiell-rechtlichen Normen mit den verfahrensrechtlichen und

<sup>24</sup> Vgl. auch BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Gestaltungsraum der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 393 ff.

<sup>25</sup> PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016, § 21, Rz. 25.

<sup>26</sup> Statt vieler: GIOVANNI BIAGGINI, in: Baggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, 194 f.; SCHINDLER (FN 24), 383.

<sup>27</sup> Vgl. etwa KURT EICHENBERGER, Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat, in: Verfassungs- und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart, Basel/Aarau 1980, 338 f.; HANSJÖRG SEILER, Gewaltenteilung, Habil. 1993, Bern 1994, 500; s. auch RENÉ A. RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, Habil. 1978, Basel 1979, 247 ff.

<sup>28</sup> SEILER (FN 27), 496.

<sup>29</sup> EICHENBERGER (FN 27), 273.

organisatorischen Bestimmungen sinnvoll ergänzend zu vernetzen, um ein kohärentes Ergebnis erzielen zu können». <sup>30</sup> Es sei jedoch schwierig, ein methodisch-logisches System der Gewaltenteilung zu umschreiben. <sup>31</sup> Diverse staatliche Tätigkeiten, so u.a. Informationstätigkeiten, liessen sich nur mit viel Argumentationskunst der einen oder anderen Funktion zuweisen. <sup>32</sup>

Rz. 29. Neben der Aufgabe der Gesetzgebung als Mittel der vorausschauenden Planung und Steuerung kommen dem Parlament auch Aufsichts- und Kontrollfunktionen, die ebenso der Führung dienen, <sup>33</sup> zu. Neben den mehreren rechtstheoretischen Funktionen beruht die parlamentarische Kontrolle auch auf einem «*organisierten Misstrauen*». <sup>34</sup> Im gleichen Zusammenhang ist in Bezug auf den Informationsgehalt auch dem Wächteramt der Medien Rechnung zu tragen. <sup>35</sup>

Rz. 30. Aus dieser Perspektive steht dem Grossen Rat u.a. auch die Kompetenz zu, zur staatlichen Informationstätigkeit selber legislatorisch aktiv zu werden. Er hat von dieser Kompetenz auch ausführlich Gebrauch gemacht (nachfolgend Rz. 39).

Rz. 31. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass es bei der von der Motion angestrebten Legiferierung, auf welcher Normstufe auch immer, nicht um einen selbständigen kantonalen Rechtsetzungsakt geht, sondern um eine *Regelung der Rechtsanwendung von Bundesrecht* (vgl. vorstehend Rz. 26). Darüber hinaus strebt die Motion an, auch die vom Grossen Rat selber erlassenen gesetzlichen Vorschriften auf einer tieferen rechtshierarchischen Stufe *abzuändern* bzw. abändern zu lassen.

## **b) Kriterien der Zuordnung von Rechtsetzungskompetenzen**

Rz. 32. Nach der Verdrängung der strikten staatstheoretischen Funktionslehre stehen andere Kriterien im Vordergrund. In der heutigen gegenüber dem Staat und seinen zu erbringenden Leistungen höchst anspruchsvollen Zeit wird neben der Macht- und Funktionsteilung auch die Fähigkeit, das zu Sollende rechtsstaatlich einwandfrei zu erbringen, die Effektivität, von grosser Bedeutung. Dies führt zur Frage der *Organeignung* losgelöst von der *klassischen* Gewaltenteilungslehre. <sup>36</sup>

Rz. 33. Unterteilt wird die Organeignung nach drei verschiedenen *Legitimationskriterien*: der demokratischen Legitimation, der Unabhängigkeit und dem Sachverstand. Zum Sachverstand gehören die Informationsbeschaffungs-, auswertungs- und -verarbeitungskapazitäten. <sup>37</sup> Die Organeignung sei sodann vergleichend unter den in Frage kommenden oder die Regelungshoheit beanspruchenden Organen zu bestimmen. <sup>38</sup> Die Zuständigkeitsgliederung nach diesen Kriterien führt zum Schluss, dass der Grosse Rat die Kapazitäten nicht hat, generelle Regelungen vorzusehen, die in das notwendigerweise den zuständigen Behörden zustehende Einzelfallermessen eingreifen bzw. dieses teilweise gar aufheben (nachfolgend Rz. 48).

## **c) Rechtsetzungsmethodik**

Rz. 34. Unterschieden wird zwischen *offenen Normen* und solchen, die eine *Kompetenz zur Gesetzesdelegation* enthalten (vorstehend Rz. 8). <sup>39</sup> Bei Art. 74 Abs. 1StPO handelt es sich um eine beschränkt offene Norm, die in der Sache keine Rechtsetzungsdelegation enthält (vorstehend Rz. 26). Typische Normen der StPO, die im Gegensatz zu offenen Normen eine Gesetzgebungsdelegation enthalten, sind bspw. Art. 7Abs. 1, 14, 67 Abs. 1.

---

<sup>30</sup> (FN 24), 387.

<sup>31</sup> SCHINDLER (FN 24), 276 f.

<sup>32</sup> SCHINDLER (FN 24), 369.

<sup>33</sup> PHILIPPE MASTRONARDI, Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Habil. Bern, Basel 1991, 3 ff.

<sup>34</sup> EICHENBERGER, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, in: FN 27, 415 ff., 421; MASTRONARDI (FN 33), 65; KURT NUSPLIGER, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995 (nachfolgend: Handbuch), 155.

<sup>35</sup>Vgl. die Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil 116 IV 31, E. 5 a/bb.

<sup>36</sup> SCHINDLER (FN 24), 383 ff.

<sup>37</sup> SCHINDLER (FN 24), 389.

<sup>38</sup> SCHINDLER (FN 24), 390.

<sup>39</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht (FN 14), Rz. 94. Vgl. vorstehend Rz. 8.



## 4. Innerkantonale Zuständigkeitsregelungen

Rz. 35. Art. 66 der Kantonsverfassung mit dem Marginale «Gewaltenteilung» lautet:

«<sup>1</sup> Die Organisation der Behörden richtet sich nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Keine Behörde darf staatliche Macht unkontrolliert und unbegrenzt ausüben.»

Diese Verfassungsbestimmung ist entsprechend den grundsätzlichen Aspekten von Gewaltenteilung, Rechtsetzung und Rechtsvollzug (vorstehend Rz. 28 ff.) zu interpretieren.<sup>40</sup> Staatliche Macht wird auf verschiedene Träger aufgeteilt, jede Behörde wird kontrolliert, die Machtträger sind aufeinander angewiesen; die Berner Verfassung widerspiegeln «in diesem Sinn deutlich ein System von "Checks and Balances"», so der Kommentar.<sup>41</sup>

Rz. 36. Gemäss Art. 78 KV beaufsichtigt der Grosse Rat die Regierung und die Geschäftsführung der obersten Gerichte. Präzisiert wird die Bedeutung dieser Verfassungsbestimmung durch Art. 4 GRG:<sup>42</sup> Er (der Grosse Rat) «übt die Oberaufsicht über den Regierungsrat, die Geschäftsführung der obersten Gerichte, der Generalstaatsanwaltschaft und der Justizleitung ... aus» (Abs. 1). Dabei hat er den Grundsatz der Gewaltenteilung zu respektieren (Abs. 4).

Rz. 37. Art. 80 KV überträgt dem Grossen Rat sodann die Befugnis, dem Regierungsrat Aufträge zu erteilen.<sup>43</sup> Die Ausführungsbestimmungen dazu liefern Art. 61, 63, 70 Abs. 1 GRG. Parlamentarische Vorstösse, u.a. Motionen, richten sich an den Regierungsrat (Art. 61 Abs. 2 Bst. a GRG) oder auch an die Justizleitung (Abs. 2 Bst. c: nur Finanzmotionen).

An den Regierungsrat überwiesene Motionen sind von diesem innert zweier Jahre zu erfüllen (mit zweijähriger Verlängerungsmöglichkeit [Art. 70 Abs. 1 GRG]).

Rz. 38. Art. 40 Abs. 1 GRG betont die *Unabhängigkeit der kantonalen Gerichte und der Staatsanwaltschaft*, der besonders Rechnung zu tragen sei. Wiewohl diese Norm im 4. Kapitel, Informationsrechte, Amtsgeheimnis und Auskunftspflicht, eingereiht ist, kommt ihr als verfassungsrechtlichem Grundsatz generelle Bedeutung zu.

Rz. 39. Das Informationsgesetz<sup>44</sup> unterscheidet deutlich zwischen der Information von Amtes wegen durch die kantonalen politischen und Verwaltungsbehörden (Art. 16) und jener der justiziellen Behörden (Art. 22 ff.). Durch politische und Verwaltungsbehörden ist über alle Tätigkeiten von allgemeinem Interesse (Art. 16 Abs. 1) rasch, umfassend und sachgerecht (Abs. 2) zu informieren. Demgegenüber widmet das IG danach mehrere Bestimmungen der *Information der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft*. Diese Informationspraxis hat sich gemäss Art. 22 Abs. 1 IG in diesem Zusammenhang nach der Strafprozessordnung und dem Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft zu richten. Zusammenfassend sind die folgenden Vorschriften massgebend:

- Gemäss Art. 5 Abs. 1 GSOG verwalten sich Gerichtsbehörden und Staatsanwaltschaft selbst. Die Information gehört zur Verwaltung, nicht zur Rechtsprechung.
- Art. 12 GSOG schreibt vor, dass die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft für den Bereich ihrer Geschäftsführung Reglemente erlassen (Abs. 1). Dazu gehört insbesondere die Regelung der Information der Öffentlichkeit über die Rechtsprechung und Aufgabenerfüllung (Abs. 2 Bst. f).
- Nach Art. 15 GSOG bedürfen diese Geschäftsreglemente der Genehmigung durch das zuständige Aufsichtsorgan.
- Art. 23 Abs. 1 IG, Information der Gerichte und der Staatsanwaltschaft in hängigen Verfahren, übernimmt weitestgehend die Bestimmung des Art. 74 Abs. 1 StPO. Die strafprozessrechtliche «Kann-Vorschrift» (vorstehend Rz. 8) wird jedoch mit der Formulierung «wird informiert» geändert. Das ist rechtlich mit Blick auf Art. 46 Abs. 1 BV bereits fragwürdig (vorstehend Rz. 26), da Art. 74 StPO in der Sache keine Kompetenz zu einer entgegenstehenden Gesetzgebung enthält,

<sup>40</sup> BOLZ, Handbuch (FN 34), 421 f.

<sup>41</sup> BOLZ, Handbuch (FN 34), a.a.O.

<sup>42</sup> Gesetz über den Grossen Rat, Grossratsgesetz, BSG 1561.21.

<sup>43</sup> BOLZ, Handbuch (FN 34), 465 f.; NUSPLIGER, Handbuch (FN 34), 156 f.

<sup>44</sup> Gesetz über die Information der Bevölkerung (IG, BSG 170.1).

sondern als offene Norm den Vollzugsbehörden pflichtgemässes Ermessen einräumt (vorstehend Rz. 8, 34). Das «wird informiert» bewirkt(e) einen engeren Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft (und der Polizei).<sup>45</sup> Jedoch werden umgekehrt die Anforderungen für eine Publikation im hier interessierenden Kontext erhöht: Nach Art. 74 Abs. 1 Bst. d StPO ergibt sich eine Erforderlichkeit «wegen der besonderen Bedeutung des Falles», derweil Art. 23 Abs. 1 Bst. b IG einen «besonders schweren oder Aufsehen erregenden Fall», in dem die «unverzügliche Information angezeigt ist», voraussetzt. Diese Formulierung bildet eine höhere Hürde als jene der StPO für eine Information der Öffentlichkeit.

- Art. 25 IG, Information durch die Polizei, schreibt vor, das Polizeikommando informiere «die Bevölkerung über Vorfälle, deren unverzügliche Bekanntgabe im öffentlichen Interesse geboten ist». Damit wird sinngemäss auf Art. 23 Abs. 1 Bst. b IG Bezug genommen. Über den Inhalt dessen, was im öffentlichen Interesse mitzuteilen sei, wird nichts ausgeführt. Das soll demnach – in Übereinstimmung mit Art. 74 Abs. 1 StPO – dem behördlichen pflichtgemässen Ermessen vorbehalten bleiben. Indessen wird in Abs. 2 von Art. 25 IG auf Art. 74 Abs. 2 StPO und die (einschränkende) Weisungsbefugnis der Gerichte und der Staatsanwaltschaft verwiesen.
- Es besteht das Informationsreglement der Staatsanwaltschaft, das von der Generalstaatsanwaltschaft, die gleichzeitig Mitglied der Justizleitung als oberstem Organ des kantonalen Justizwesens ist, erlassen wurde (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. a GSOG). Art. 3 dieses Reglementes zählt in ausführlicher Art und in gänzlicher Übereinstimmung mit Art. 74 StPO sowie Art. 14 JStPO<sup>46</sup> die Sachverhalte auf, bei deren Vorliegen die Öffentlichkeit orientiert werden kann. Das Gewicht liegt dabei auf sachlichen Gründen sowie einer näheren Umschreibung dessen, was zum öffentlichen Interesse gehört. Zu den Inhalten der einzelnen Informationen werden in Art. 5 Vorgaben gemacht. Unter anderem darf die Staatsanwaltschaft keine Werturteile fällen.

## **IV. Konkretisierung auf das Begehren der Motion**

### **1. Inhalt und Ziel der Motion**

Rz. 40. Die Motion verlangt, dass bei Medienorientierungen über Straftaten neben dem Alter auch die Nationalität von Tatverdächtigen und Opfern bekannt gegeben werde. Bei realistischer Interpretation des Ziels der Motion mit Hinweis auf die Formulierungen in der Begründung heisst dies, dass diese Angaben *stets* zu machen seien.<sup>47</sup> Anvisiert werden nach dem Wortlaut der Begründung sowohl die Staatsanwaltschaft ebenso wie die Polizei. Eine fassbare Begründung dieser Forderung wird weder im Motionstext noch in der gelieferten Begründung angeführt. Lediglich im Titel «Transparenz bei der Informationspraxis auch im Kanton Bern» lässt auf einen Anhaltspunkt schliessen. Welcher Art die Transparenz sei und insbesondere, welche rationalen Schlüsse dadurch gezogen werden können sollen, wird nicht ausgeführt.

### **2. Übergeordnete Verfassungsprinzipien und konkrete Normen**

#### **a) Gesetzmässigkeitsprinzip**

Rz. 41. Die Forderung der Motion widerspricht den massgebenden Gesetzen sowohl des Bundes (StPO) wie auch des Kantons Bern (GSOG, IG). Damit beachtet sie auch das verfassungsrechtliche Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) nicht (vorstehend Rz. 26). Sie ist damit in dreifacher Hinsicht bundesrechtswidrig (Art. 5 Abs. 1, Art. 46 Abs. 1 BV, und nachfolgend b), auch hinsichtlich der einschlägigen kantonalen Gesetze.

---

<sup>45</sup> Vgl. dazu vorstehend Rz. 8 und 34.

<sup>46</sup> SR 312.1.

<sup>47</sup> Sonst machten die Sätze: «Ob die Nationalität in einer Mitteilung steht oder nicht, wird von Fall zu Fall entschieden. Oft wird die Nationalität von der Polizei nicht bekannt gegeben. Das stösst auf Unverständnis.» keinen Sinn.

## b) Verhältnismässigkeitsprinzip

Rz. 42. Die in Art. 74 StPO verlangte *Erforderlichkeit*, verweist auf das *Verhältnismässigkeitsprinzip* (vorstehend Rz. 9). Die Information muss, sofern erforderlich, *zusätzlich geeignet sein*, das mit ihr anvisierte öffentliche Interesse zu fördern, d.h. der Bevölkerung zu ermöglichen, haltbare Schlüsse daraus zu ziehen. Dies ist indessen mit der Nennung der Nationalität von Tatverdächtigen und Opfern aus einem Einzelfall heraus nicht möglich. Damit ist die *stete Nennung der Nationalität ungeeignet, Transparenz herzustellen*, und damit nicht verhältnismässig (vgl. Rz. 51 f.).

## c) Öffentliches Interesse im Besonderen

Rz. 43. Das öffentliche Interesse ist nicht mit Wissbegierde – ohne inhaltlichen Mehrwert über ein Einzelfaktum hinaus, so es ein solches Faktum überhaupt ist – gleichzusetzen. Es darf sich auch nicht nur um ein mediales, bloss dem Blickfang oder der (vermeintlichen) Sensation gewidmetes Interesse handeln.<sup>48</sup> Anders als das Öffentlichkeitsprinzip für die politischen Organe und die Verwaltung ist die aktive Information der Justiz und der Polizei im strafrechtlichen Zusammenhang die *legitimationsbedürftige Ausnahme von der Geheimhaltung*.<sup>49</sup> Rückschlüsse etwa auf die *Belastungsrate* (prozentualer Anteil *nachgewiesener Täterschaft* einer bestimmten Nationalität im Verhältnis zu deren prozentualem Anteil an der Gesamtbevölkerung) lassen sich mit Vorbehalt<sup>50</sup> ohnehin nur auf Grund der Kriminalstatistik (vorzugsweise über mehrere Jahre) ziehen.<sup>51</sup>

Rz. 44. In der Literatur wird vereinzelt auch die Auffassung vertreten,<sup>52</sup> dass Art. 74 StPO – entgegen dem Wortlaut von Abs. 1 – die Orientierung der Öffentlichkeit zwingend vorschreibe, sofern die Voraussetzungen erfüllt seien. Abgeleitet wird dies aus dem Öffentlichkeitsprinzip, welches das Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt umgekehrt habe. Diese Argumentation trifft nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu: Erstens ist zumindest auf Bundesebene das Öffentlichkeitsprinzip älter als die Strafprozessordnung<sup>53</sup>, sodass der Bundesgesetzgeber dem im Wortlaut hätte Rechnung tragen müssen, zweitens ist nach wie vor bei allem Methodenpluralismus für die Auslegung einer Norm von deren klarem Wortlaut und seinem Sinn auszugehen<sup>54</sup>, drittens vermag auch das Öffentlichkeitsprinzip diese Auslegungsmethodik nicht (nachträglich) umzukrempeln und viertens soll die Schweizerische Strafprozessordnung gerade die Vielfalt der zuvor 26 Strafprozessgesetze ersetzen. Der Sinn von Art. 74 Abs. 1 StPO ist klar. Zudem gibt es sachliche Gründe, die eine Orientierung der Öffentlichkeit wenn nicht gar verbieten, so doch ermittlungstaktisch oder aus andern Gründen als nicht geboten erscheinen lassen (vgl. nachfolgend Rz. 50 ff.).

Rz. 45. Abs. 4 von Art. 74 StPO bezieht sich insbesondere auf den Schutz der Opfer. Informationen, die eine Identifizierung des Opfers ermöglichen, dürfen nur unter zwei konkreten Voraussetzungen publik gemacht werden. Dem trägt Art. 5 Abs. 3 des Informationsreglementes der Staatsanwaltschaft (vorstehend Rz. 39, letzter Absatz) Rechnung.

## d) Unschuldsvermutung

Rz. 46. Die Unschuldsvermutung ist ein verfassungsmässiges Grundrecht (Art. 32 Abs. 1 BV in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 2 EMRK<sup>55</sup>). Informationen, die Rückschlüsse auf die Täterschaft erlauben, sind daher nur in den von den massgebenden Gesetzen genannten Fällen zulässig. Just in kleinräumigen Verhältnissen, in Dörfern, können solche Informationen zu individualisierenden Schlüssen verleiten, die

<sup>48</sup> NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, Bern 2012, Rz. 656; PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1982, 62.

<sup>49</sup> SAXER, Komm zu Art. 74 (FN 11), Rz. 6.

<sup>50</sup> Es handelt sich um eine polizeiliche (Anzeige-) und nicht um eine Verurteiltenstatistik.

<sup>51</sup> Vgl. z.B. Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) Jahresbericht 2017 der polizeilich registrierten Straftaten (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/polizei.assetdetail.4822913.html>).

<sup>52</sup> ELISABETH STREBEL, Grenzen medialer Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft, Diss. Luzern 2010, Bern et al. 2011, 110 ff.

<sup>53</sup> Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ [SR 153.2], BBl 2003 1963, Botschaft zur StPO, BBl 2006 1085. Zudem regelt das BGÖ nicht die Information der Öffentlichkeit durch die Behörden, sondern den Zugang zu Dokumenten.

<sup>54</sup> BGE 143 I 272, E. 2.2.3, BGer 2C\_632/2016, Urteil vom 6. November 2017, E. 3.2

<sup>55</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

einerseits nicht zutreffend sein müssen, andererseits (auch) die Unschuldsvermutung verletzen können. Die gebotene Zurückhaltung steuert der Gefahr der Vorverurteilung.<sup>56</sup>

#### e) Diskriminierungsverbot

Rz. 47. Die Nennung von Nationalitäten von Tatverdächtigen und/oder Opfern in einzelnen Fällen verleitet zu voreiligen Schlüssen (vorstehend Rz. 41-44). Damit ist zumindest indirekt die Gefahr der *Stigmatisierung von Angehörigen von Minderheiten* verbunden. Eine solche Stigmatisierung bedeutete die Gefahr der Verletzung des *Verbotes der Diskriminierung nach Herkunft* (Art. 9 Abs. 2 BV). Wenn Art. 5 Abs. 1 des Informationsreglementes der Staatsanwaltschaft auch das Fällen von Werturteilen untersagt, so sollten die Behörden auch solchen, die auf unsicheren und nicht haltbaren Fakten (vgl. nachstehend Rz. 50) beruhen, nicht Vorschub leisten.

#### f) Einzelfallgerechtigkeit

Rz. 48. Das Kriterium der Erforderlichkeit verweist, wie erwähnt, auf das Verhältnismässigkeitsprinzip (vorstehend Rz. 42). Dieses wiederum führt zum *pflichtgemässen Entscheidermessen bzw. zum Einzelfallermessen auch als Rechtsfolgeermessen*.<sup>57</sup> Art. 74 Abs. 1 StPO und Art. 23 Abs. 1 IG räumen der zuständigen Behörde dieses Ermessen ein, das demzufolge *im Einzelfall* pflichtgemäss auszuüben ist.<sup>58</sup> Der Entscheid, ob und wie die Öffentlichkeit im Einzelfall zu informieren sei, ist ein Realakt. Auch wenn sich die rechtswissenschaftlichen Ausführungen über den Ermessengebrauch im Prinzip jeweils auf Verfügungen beziehen, treffen sie in gleicher Weise auf Realakte zu.<sup>59</sup> Eine verbindliche Vorgabe, wonach bestimmte Informationen stets anzugeben seien, widerspräche dem Einzelfallermessen, das die zuständigen Behörden auszuüben haben.<sup>60</sup> Auch die Aufsichtsrechte des Parlamentes sollen sich nicht in Einzelfällen verlieren.<sup>61</sup>

### 3. Amtsgeheimnis

Rz. 49. Der Vollständigkeit halber sei auf das *Amtsgeheimnis* verwiesen. Die zuständigen Behörden haben nach Art. 73 Abs. 1 StPO «Stillschweigen hinsichtlich Tatsachen, die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangt sind», zu bewahren. Art. 74 StPO ist lediglich die Grundlage für eine eingeschränkte Rechtfertigung der Durchbrechung der generell geltenden Schweigepflicht in pendenten Strafverfahren (ausgenommen Gerichtsverhandlungen) (vorstehend, Rz. 8).<sup>62</sup> Dem trägt Art. 2 des Informationsreglementes der Staatsanwaltschaft Rechnung. Eine Änderung im Sinne der Motion wäre bundesrechtswidrig.

### 5. Ermessen der zuständigen Behörden

#### a) Hinsichtlich feststehender Tatsachen

Rz. 50. Die Information der Öffentlichkeit soll rasch erfolgen (Art. 25 Abs. 1 IG). In der kurzen Zeitspanne zwischen Ereignis und Information liegen oft noch keine gesicherten Fakten vor. Das trifft auch auf die Nationalität von Tatverdächtigen und Opfern zu. Schon aus diesem Grund ist Zurückhaltung geboten.

#### b) Hinsichtlich Ermittlungserfolg

Rz. 51. Die frühzeitige Nennung von Nationalitäten nach einer Straftat kann unter gewissen Bedingungen eine Warnung von (in)direkt Beteiligten sein. Durch eine solche Information könnten solche Personen versuchen, den Ermittlungsverfolg zu beeinträchtigen. Das trifft auch für allfällige Zeugen oder

---

<sup>56</sup> OBERHOLZER (FN 48), Rz. 655; SAXER, Komm. zu Art. 74 (FN 11), Rz. 23.

<sup>57</sup> SCHINDLER (FN 24), Rz. 418 ff.

<sup>58</sup> MARKUS H.F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts, Basel 2012, Rz. 124 f.

<sup>59</sup> MOHLER (FN 58), Rz. 696.

<sup>60</sup> Vgl. nachfolgend Rz. 56.

<sup>61</sup> NUSPLIGER (FN 34), 154, mit Verweis auf ein Gutachten von WALTER KÄLIN. Vorbehalten bleiben Ausnahmen bei Verdacht schwerwiegender Verfehlungen.

<sup>62</sup> SAXER, (FN 11), Rz. 1.

Auskunftspersonen zu. Eine Beeinträchtigung ist selbstverständlich zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist auch der ausserprozessuale Zeugenschutz zu beachten.<sup>63</sup>

### **c) Hinsichtlich Informationsgehalt**

Rz. 52. Die Nennung einer Nationalität von Tatverdächtigen oder Opfern hat, abgesehen von der anfänglich möglicherweise bestehenden Unsicherheit (vorstehend Rz. 50), oft einen geringen Informationsgehalt: Es kann sich um doppelte Nationalitätszugehörigkeiten handeln, um naturalisierte Personen oder auch um ausländische Personen, die in zweiter Generation hier geboren und aufgewachsen sind, aber sich (noch) nicht haben einbürgern lassen bzw. eingebürgert worden sind.

### **d) Hinsichtlich Amtsgeheimnis (Unschuldsvermutung, Opferschutz)**

Rz. 53. Selbst in Fällen, die nach Art. 74 StPO eine Information erlaubt («Kann-Vorschrift», vorstehend Rz. 8), kann es aus ermittlungstaktischen Gründen oder solchen der Unschuldsvermutung und des Opferschutzes geboten sein, auf eine Information der Öffentlichkeit (mindestens für eine nach sachlichen Kriterien bestimmte Zeit) zu verzichten.

### **e) Hinsichtlich Diskriminierungsverbot**

Rz. 54. In Ziff. 6 der Empfehlung der KKKPKS heisst es: «Ein Migrationshintergrund kann auf Anfrage bestätigt werden». Eine solche Auskunft könnte hinsichtlich eingebürgerten Personen eine indirekte Diskriminierung bedeuten.

### **f) Hinsichtlich Stigmatisierungspotential**

Rz. 55. Der Gefahr der indirekten Stigmatisierung auf Grund von Informationenteilgehalten, die keine haltbaren Rückschlüsse erlauben, haben die zuständigen Behörden ebenso Rechnung zu tragen (vorstehend Rz. 47).

## **D. Ergebnis**

Rz. 56. Das Begehren der Motion strebt nach einer rechtsverbindlichen Vorgabe in Bezug auf die Informationen durch Staatsanwaltschaft und die Polizei in pendenten Strafverfahren, wonach stets die Nationalität von Tatverdächtigen und Opfern anzuführen sei.<sup>64</sup> Eine solche Vorgabe wäre in mehrfacher Hinsicht bundesrechtswidrig (vorstehend Rz. 41 ff.) und beachtete auch kantonseigene gesetzliche Vorgaben nicht, was seinerseits dem Legalitätsprinzip widerspräche. Der Bezug auf die Empfehlung der KKJPD geht ebenso fehl, in dem diese einerseits gerade auf die Massgeblichkeit von Art. 74 StPO hinweist, andererseits zudem gänzlich unverbindlich ist (vorstehend, Rz. 18 f.). Ebenso führte eine Änderung des Informationsgesetzes oder des EG ZSJ<sup>65</sup> im Sinne der Motion zu einem Konflikt mit dem übergeordneten Bundesrecht.

## **E. Schlussfolgerung**

Rz. 57. Die Motion erweist sich aus den dargelegten rechtlichen Gründen als nicht erfüllbar.

## **F. Beantwortung der Fragen**

### **I. Zur Frage 1:**

Rz. 58. Der Grosse Rat ist nicht berechtigt, in der gemäss Motion angestrebten Weise zu legiferieren bzw. einer anderen Behörde das Beschliessen einer inhaltlich der Motion entsprechenden Regelung vorzuschreiben. Jegliche sowohl der Schweizerischen Strafprozessordnung und den massgebenden kantonalen Erlassen nachgeordnete diesbezügliche Vorschrift verletzte mehrfach Bundesrecht ebenso wie das ausdrückliche

<sup>63</sup> Vgl. das massgebende Bundesgesetz, FN 5.

<sup>64</sup> Vorstehend Rz. 39.

<sup>65</sup> Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, BSG 271.1.

Gewaltenteilungsprinzip nach der Kantonsverfassung. Auch die Änderung eines kantonalen Gesetzes im Widerspruch zu Art. 74 StPO wäre bundesrechtswidrig.<sup>66</sup> Ebenso besteht eine diesbezüglich eingeschränkte gesetzgeberische Befugnis zufolge Gewaltentrennung und der bestehenden zwar offenen, aber präzisen Normierungen nicht: das den für den Rechts*vollzug* zuständigen Behörden unverzichtbarerweise zustehende Ermessen darf durch eine dieses Ermessen ausschliessende Normierung nicht eliminiert werden,<sup>67</sup> ohne dass die *Rechtsverwirklichung als einheitliches Ganzes*<sup>68</sup> in Frage gestellt würde (vgl. Hinweis in der Antwort zur Frage 2). Darüber hinaus bestehen mehrere sachliche Gründe, die dem Anliegen entgegenstehen (vorstehend Rz. 50 ff.).

## II. Zur Frage 2:

Rz. 59. Dieses Ergebnis und die Schlussfolgerung beruhen auf Verfassungsprinzipien (Gesetzmässigkeits-, Verhältnismässigkeitsprinzip), der Gewaltenteilung (Art. 66 der Verfassung des Kantons Bern), der Rechts-hierarchie (Vorrang des Bundesrechts, Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 BV), der Rechtsetzungsmethodik (auch als Teil der übergeordneten Rechtsverwirklichung), den mit diesen Vorgaben übereinstimmenden bestehenden einschlägigen gesetzlichen Normen mit hohem Bestimmtheitsgrad und zu beachtenden weiteren sachlichen Kriterien.

Basel-Binningen, 7. Mai 2018

---

<sup>66</sup> Vgl. dazu vorstehend Rz. 8, 34, 44.

<sup>67</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, (FN 14), Rz. 391 f.; GEORG MÜLLER, Methodik in der Rechtsetzung, in: Anne Peters/Markus Schefer (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Bern 2004, 12 ff.

<sup>68</sup> RENÉ RHINOW, Schlusswort, in: Peters/Schefer (FN 67), 96 f.