

---

**Bachelor-Prüfung**  
**Modul: Öffentliches Recht II**

27. Juni 2017, 08.00–10.00 Uhr

---

**Musterlösung und Korrekturanleitung**

ZP = Zusatzpunkt(e)

**Aufgabe 1**

**8 Pt.**

Beim Schreiben des Gemeindevorstands könnte es sich um einen Rechtsakt (Verfügung) oder um einen Realakt handeln. (1)

Eine Verfügung ist eine einseitige, hoheitliche, individuell-konkrete Anordnung in Anwendung von öffentlichem Recht (1). Der Brief ist (einseitig) an A. gerichtet (individuell), betrifft einen bestimmten Sachverhalt bzw. Einzelfall (konkret) und geht von einer Behörde – die in einem hoheitlichen Verhältnis zu A. steht – aus (2). Die vom Gemeinderat geplante Massnahme ergeht in Anwendung von öffentlichem Recht (1). Somit erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es sich um eine Verfügung handeln könnte. (4)

Nicht entscheidend für die rechtliche Qualifizierung erweist sich, dass sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür finden, dass das Schreiben mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen worden wäre. Ein allfälliger Formmangel würde das Vorliegen eines Rechtsaktes nicht in Frage stellen; davon betroffen wäre allein die formelle Rechtskraft. (max. 2 ZP)

Das massgebende Abgrenzungskriterium zwischen Verfügung und Realakt ist – sofern alle übrigen Voraussetzungen einer Verfügung erfüllt sind – (ZP) die Frage, ob die Anordnung auf Rechtswirkungen ausgerichtet ist (Rechtsakt) oder nicht (Realakt). Mittels des Schreibens bringt der Gemeindevorstand gegenüber A. lediglich zum Ausdruck, an seinem bereits gefällten Beschluss festzuhalten. Es handelt sich um eine bloss behördliche Auskunft, und es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass damit Rechtswirkungen angestrebt werden. (2)

Ergebnis: Es handelt sich um einen Realakt. (1)

**Aufgabe 2**

**14 Pt.**

Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt (1). Dies gilt auch für natürliche Personen sowie juristische Personen des Privatrechts, soweit sie staatliche Aufgaben wahrnehmen (1). Bei der Zurverfügungstellung eines ausreichenden Betreuungsangebots für Kinder im Vorschulalter handelt es sich gemäss § 15a KV um eine kommunale – und damit staatliche – Aufgabe (1), welche von der Stadt L auf die KSL – eine juristische Person des Privatrechts – übertragen wurde (sog.

Beleihung [ZP]). Die KSL ist somit an die Grundrechte gebunden und muss das Rechtsgleichheitsgebot beachten (1). (4)

Art. 8 Abs. 1 BV besagt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind (1). Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung steht damit auch ausländischen Staatsangehörigen zu (1). B – bzw. seine Eltern, welche bis zur Grundrechtsmündigkeit seine Rechte wahrnehmen (ZP) – kann sich also grundsätzlich auf das Rechtsgleichheitsgebot berufen (1). (3)

Das Rechtsgleichheitsgebot verpflichtet die rechtsanwendenden Behörden, vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln (1). Eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich nur, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt (1). Es fragt sich, ob die Begründung der KSL, häufige Wechsel innerhalb der Krippe vermeiden zu wollen, als Rechtfertigung für die ungleiche Behandlung genügt, also einen sachlichen Grund darstellt. (2)

Dies ist zu verneinen (1). Dafür können insbesondere folgende Argumente angeführt werden (insgesamt max. 3 Pt.): (4)

- Gründe, welche zu einem KiTa-Austritt führen können, gibt es viele: Kindergarteneintritt, Wegzug aus der Gemeinde oder in einen anderen Stadtteil, Aufgabe der Erwerbstätigkeit durch einen Elternteil, Wahl einer anderen Betreuungsart (Tagesfamilie, Grosseltern) etc. Der Fall des KiTa-Austritts aufgrund der Nichterneuerung der Aufenthaltsbewilligung, welcher die Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz zur Folge hätte und hier für den Entscheid der KSL ausschlaggebend ist, Kinder mit befristeter Aufenthaltsbewilligung von vornherein nicht aufzunehmen, stellt damit nur einen Fall unter vielen dar und dürfte wohl nur eine untergeordnete Rolle spielen.
- B's Eltern leben bereits seit acht Jahren in der Schweiz, was gegen die Annahme spricht, dass kurzfristig mit einem Austritt gerechnet werden müsse.
- Auch § 15a KV selber ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass das von den Gemeinden zur Verfügung zu stellende Betreuungsangebot nicht für ausnahmslos alle Vorschulkinder mit Betreuungsbedarf gelten soll.
- In grundsätzlicher Weise spricht zudem für die Aufnahme von Kindern mit ausländischer Staatsbürgerschaft, die allenfalls der deutschen Sprache noch nicht mächtig sind, dass die Betreuung in einer Kindertagesstätte einen wichtigen Beitrag an ihre Integration zu leisten vermag (ZP).

Ergebnis: Der Entscheid der KSL verletzt das Rechtsgleichheitsgebot. (1)

### Aufgabe 3

12 Pt.

Indem C seine Strassenkunst auf dem Paradeplatz darbietet, beansprucht er eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch (1). Für deren Nutzung darf die Stadt Zürich nur dann die Einholung einer Bewilligung verlangen, wenn diese nicht nur schlichten, sondern gesteigerten Gemeingebrauch darstellt (1), d.h. wenn sie entweder nicht bestimmungsgemäss erfolgt oder nicht gemeinverträglich ist (1). (3)

Das kommunale Recht sieht offenbar keine Bewilligungspflicht vor. Dies ist nach dem derzeitigen Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – die von der Lehre mit Blick auf Art. 36 Abs. 1 BV allerdings als verfassungswidrig kritisiert wird (ZP) – auch nicht erfor-

derlich (1); vielmehr darf das Gemeinwesen, welches die Herrschaft über die öffentliche Sache ausübt, den gesteigerten Gemeingebrauch auch ohne entsprechende gesetzliche Grundlage bewilligungspflichtig erklären (1). (2)

Ob die Nutzung (noch) als bestimmungsgemäss gilt, richtet sich in erster Linie nach der Widmung der öffentlichen Sache; lässt sich eine besondere Widmung nicht feststellen, so muss auf die Beschaffenheit der öffentlichen Sache oder auf deren traditionellen Gebrauch abgestellt werden (1). Der Paradeplatz dient in erster Linie dem Fussgänger- und Tramverkehr und nicht als Bühne für Kleinkunstdarbietungen (1). Immerhin prägt Strassenkunst – gerade auf öffentlichen Plätzen – seit jeher den öffentlichen Raum, ist also fester Bestandteil des Strassenbildes (ZP). Insofern kann jedenfalls nicht klar verneint werden, dass die Nutzung durch C bestimmungsgemäss ist (1). (3)

Gemeinverträglich ist eine Nutzung dann, wenn sie andere Personen in der Ausübung des Gemeingebrauchs nicht oder nur unwesentlich, insbesondere nur kurzzeitig, beeinträchtigt (1). Vorliegend bilden sich während der Darbietungen von C regelmässig grössere Menschenansammlungen, welchen die vorbeieilenden Passanten meist nur schwer ausweichen können. Zwar wird der Fussgängerstrom vermutlich nur für vergleichsweise kurze Zeit gestört; die Beeinträchtigungen erfolgen aber regelmässig und dürften gerade während Stosszeiten nicht nur unwesentlich sein (1). Mithin liegt es nahe, bei den Darbietungen von C von gesteigertem Gemeingebrauch auszugehen (1). (3)

Ergebnis: Die Stadt Zürich darf von C die Einholung einer Bewilligung verlangen. (1)

(Die Auffassung, bei den Darbietungen von C handle es sich noch um schlichten Gemeingebrauch, ist knapp vertretbar.)

#### Aufgabe 4

8 Pt.

Nach dem Vertrauensschutzprinzip gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV dürfen sich Private auf behördliche Handlungen, die ein bestimmtes Vertrauen erzeugen, grundsätzlich verlassen. (2)

Die Entstehung von Vertrauensschutz hängt von zwei Voraussetzungen ab, die kumulativ erfüllt sein müssen: von einer Vertrauensgrundlage (1) und einer Vertrauensbetätigung (1). (Ebenfalls 2 Pt., wenn jemand alle Voraussetzungen nach HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN nennt.) Als Vertrauensgrundlage dient regelmässig ein fehlerhafter Akt eines Hoheitsträgers (ZP). (2)

Vorliegend darf D nicht mehr als Gutachter tätig sein, weil er aufgrund einer Rechtsänderung nicht alle Voraussetzungen für die Eintragung in das neue Sachverständigenverzeichnis erfüllt (1). Er kann sich bezüglich der Weitergeltung des bisherigen Rechts aber nicht auf Vertrauensschutz berufen, da eine Rechtsnorm als solche kein berechtigtes Vertrauen in ihren Fortbestand schafft und für sich allein keine Vertrauensgrundlage darstellt (1). Der Umstand, dass D nach 20 Jahren praktizierender Gutachtertätigkeit diese nicht mehr fortführen darf, vermag die fehlende individuelle Zusicherung nicht zu ersetzen (1). (ZP für Erläuterungen, weshalb allenfalls eine Übergangsregelung angebracht wäre.) (3)

Ergebnis: D kann sich nicht mit Aussicht auf Erfolg auf Vertrauensschutz berufen. (1)

**Aufgabe 5****14 Pt.**

Ausgangslage: Die Regelung in Art. 15 des Prüfungsreglements als solche ist rechtlich nicht zu beanstanden. In Frage steht demnach eine fehlerhafte Rechtsanwendung. (ZP)

Im Vordergrund steht die Frage, ob die Bewertung der Prüfungsarbeit von E mit der Note 1 gegen das *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 BV) verstösst. (1)

Die *Wirtschaftsfreiheit*, namentlich die in Art. 27 Abs. 2 BV gewährleistete Freiheit der Berufswahl, gewährleistet keinen Anspruch auf Zugang zu einer staatlichen Bildungseinrichtung. Allerdings scheint es nicht unvertretbar, hier (auch) einen Eingriff in die Berufswahlfreiheit anzunehmen und die Prüfung der Verhältnismässigkeit auf Art. 36 Abs. 3 BV zu stützen (max. 3 ZP für gute Ausführungen zur Wirtschaftsfreiheit/Berufswahlfreiheit).

Zweck/öffentliches Interesse: In erster Linie geht es um die Gewährleistung von validen (d.h. aussagekräftigen) Prüfungsergebnissen unter den Prüfungsbedingungen, wie sie von der Fakultät festgelegt wurden (Prüfung nur mit zugelassenen Gesetzestexten, ohne weitere Hilfsmittel) (1). Darüber hinaus geht es – in zweiter Linie – auch um die Gewährleistung von rechtsgleichen Prüfungsbedingungen (1). Als untergeordneter Nebenzweck kann sodann die Minimierung des Aufwandes für die Universität genannt werden (ZP). (2)

Eignung: Die Eignung der Massnahme (Bewertung mit der Note 1) kann noch bejaht werden. Wenn alle Kandidat/innen, die Art. 15 PR zumindest prima vista nicht erfüllen, ausgesondert und mit der vorgesehenen Sanktion belegt werden, ist gewährleistet, dass sich unter den Verbleibenden nur solche befinden, die sich korrekt verhalten haben. (2)

Erforderlichkeit: Es darf kein milderes Mittel in Betracht kommen, welches gleich geeignet wäre, das angestrebte Ziel zu erreichen. Dies ist mit Blick auf die Bewertung mit der Note 1 nicht der Fall: Der Universität kann im Anschluss an die Prüfung ohne weiteres zugemutet werden, die Relevanz des Zettels mit Blick auf die erwähnten Zwecke der Regelung zu würdigen. Auch das Interesse an einer Aufwandminimierung während der Prüfung macht die nachträgliche Strenge nicht erforderlich. An einer Aufwandminimierung in dem Sinn, dass auch im Nachhinein kein Aufwand betrieben werden soll, um einen solchen Zettel sachgerecht zu würdigen, besteht kein relevantes öffentliches Interesse. (3)

Zumutbarkeit: Mangels Erforderlichkeit der Massnahme ist deren Zumutbarkeit für E ohne weiteres zu verneinen (mit Blick auf sein offensichtliches Interesse, dass seine Prüfungsarbeit korrekt benotet wird). (1)

Zwischenergebnis: Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist verletzt. (1)

(Max. 10 Pt. auch für eine andere vertretbare Verhältnismässigkeitsprüfung.)

Weiter könnte die Massnahme das *Willkürverbot* nach Art. 9 BV verletzen (1). Willkür liegt dann vor, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (1). Im vorliegenden Fall drängt es sich geradezu auf, in der völlig überzogenen Sanktionierung eines harmlosen, offensichtlichen Versehens einen stossenden Widerspruch zum Gerechtigkeitsgedanken zu sehen (1). Die Massnahme verletzt somit das Willkürverbot (1). (4)

Schliesslich könnte die Massnahme auch gegen das *Verbot des überspitzten Formalismus* verstossen. Überspitzter Formalismus liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn Behörden formelle Vorschriften mit übertriebener Strenge handhaben. Um einen Anwendungsfall von Letzterem handelt es sich, wenn die Nichteinhaltung von Formvorschriften mit unverhältnismässigen Sanktionen verknüpft wird. Art. 15 PR kann als Verfahrensvorschrift betrachtet werden. Betreffend die Unverhältnismässigkeit der Sanktion (Note 1) ist auf die vorstehende Verhältnismässigkeitsprüfung zu verweisen. (max. 3 ZP)

### Aufgabe 6

10 Pt.

Bei der behördlichen Prüfung der Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens und der Erteilung einer entsprechenden (Bau-)Bewilligung handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe (Verwaltungsaufgabe) (1). Demzufolge würde auch ein Vertrag, der an die Stelle einer Baubewilligung tritt und diese ersetzt, unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (1). Ein solcher Vertrag wäre demnach nicht als privatrechtlicher, sondern als verwaltungsrechtlicher Vertrag zu qualifizieren (1). (3)

Eine Verwaltungsbehörde kann nicht frei wählen, ob sie eine Verfügung erlassen oder einen verwaltungsrechtlichen Vertrag schliessen will (ZP). Ein Vertrag ist nur zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Gesetz muss die Vertragsform entweder vorsehen oder darf diese zumindest nicht ausschliessen; in letzterem Fall muss es für eine vertragliche Regelung Raum lassen (1).
- Zudem muss sich Vertrag als die geeignetere Handlungsform erweisen als die Verfügung (1). (2)

Vorliegend scheidet es an der ersten Voraussetzung: Die Errichtung eines Gebäudes ist nur gestützt auf eine Baubewilligung zulässig (1). Bei dieser handelt es sich im Wesentlichen um eine Polizeibewilligung (ZP). Die Baubewilligung ist eine Verfügung (½), welche das entsprechende Verwaltungsverfahren – das Baubewilligungsverfahren – abschliesst (½). Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens muss die Behörde prüfen, ob das Bauvorhaben den einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechts entspricht (1); für vertragliche Abmachungen besteht kein Spielraum. Dementsprechend lässt die Rechtsordnung keinerlei Raum, um das Baubewilligungsverfahren und die Baubewilligung durch eine Vereinbarung zwischen dem Bauherrn und der Behörde zu ersetzen (1). (4)

Damit erübrigt es sich streng genommen, auch die zweite Voraussetzung zu prüfen. Der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages wäre aber jedenfalls nicht geeigneter, sondern weniger geeignet als ein Baubewilligungsverfahren, um die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit dem geltenden Recht zu prüfen. (max. 2 ZP)

Ergebnis: Ein Vorgehen wie das von F's Anwalt vorgeschlagene wäre nicht zulässig. (1)

### Aufgabe 7

12 Pt.

Gemäss Art. 26 Abs. 2 BV sind (formelle) Enteignungen sowie Eigentumsbeschränkungen, die in ihren Auswirkungen einer Enteignung gleichkommen, voll zu entschädigen. (1) Ein

Entschädigungsanspruch wegen formeller Enteignung kommt hier nicht in Betracht, weil das Eigentum von G nicht entzogen würde (1). Zu prüfen ist hingegen, ob eine materielle Enteignung vorläge oder ob es sich bloss um eine entschädigungslose öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung handeln würde. Eine materielle Enteignung ist dann zu bejahen, wenn eine staatliche Massnahme zu einer schwerwiegenden Einschränkung des bisherigen oder des künftigen Gebrauchs einer Sache führt (1), wobei in letzterem Fall weiter vorausgesetzt wird, dass sich die Nutzung mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft hätte verwirklichen lassen können (1) (ZP für zutreffende Ausführungen zum Sonderopfertatbestand). (4)

Im konkreten Fall würde die zukünftige Nutzung des Grundstücks eingeschränkt, da dieses nicht mehr mit einem zweigeschossigen Wohnhaus überbaut werden könnte (1). Aufgrund der Angaben im Sachverhalt (Wohnzone, erschlossen) ist anzunehmen, dass einem solchen Vorhaben ohne die geplante Umzonung keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen würden (1). Die Realisierungswahrscheinlichkeit ist somit zu bejahen (1). Daran ändert nichts, dass G keine konkreten Überbauungsabsichten hat; denn darauf kommt es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht an (1). (4)

Besondere Intensität der Einschränkung: Die Umzonung des Grundstücks von G hätte zur Folge, dass dieses nicht mehr bzw. nur noch sehr beschränkt überbaut werden könnte (1). Dies wiederum hätte eine massive Verminderung des Verkehrswerts des an privilegierter Lage gelegenen Grundstücks zur Folge, die in ihren Auswirkungen einer formellen Enteignung nahekäme (1). Die besondere Intensität ist damit ohne weiteres zu bejahen (1). Eine wirtschaftlich sinnvolle und gute Nutzung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – gemessen an der bisher zulässigen Nutzung – wäre nicht mehr möglich (ZP) (3)

Ergebnis: G hätte Anspruch auf eine Entschädigung wegen materieller Enteignung. (1)

## Aufgabe 8

10 Pt.

Der Betrag von Fr. 380 stellt die Gegenleistung für den Aufwand der Verwaltungsbehörden im Zusammenhang mit der Prüfung des Gesuchs dar (1). Es handelt sich somit um eine Kausalabgabe (1), genauer um eine Verwaltungsgebühr (1). (3)

(Max. 2 ZP für Ausführungen, weshalb es sich nicht um eine Kanzleigebühr handelt.)

Für solche Abgaben gelten besondere Anforderungen des Legalitätsprinzips (1). So muss das Gesetz im formellen Sinn mindestens folgende Punkte regeln: den Kreis der Abgabepflichtigen (das Abgabesubjekt), den abgabebegründenden Tatbestand (das Abgabeobjekt) sowie – zumindest in den Grundzügen – die Bemessung der Abgabe (2). (½ ZP für Hinweis auf Art. 127 Abs. 1 BV; ½ ZP für Problematisierung dieser Zuordnung.) (3)

Die kantonale Verordnungsbestimmung regelt den Kreis der Abgabepflichtigen (Gesuchsteller), das Abgabeobjekt (ausländerrechtliche Bewilligungsverfahren) und die Höhe der Abgabe (bis Fr. 500) (1). Allerdings genügt die Delegationsnorm im Gesetz den hohen Anforderungen des abgaberechtlichen Legalitätsprinzips nicht: Sie äussert sich zu keinem der oben genannten Punkte, sondern beauftragt lediglich den Regierungsrat, Abgaben festzulegen (1). Damit ist die Regelung im formellen Gesetz ungenügend (1). (3)

Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip können zwar eine fehlende Detailregelung hinsichtlich der Höhe der Abgabe substituieren, nicht aber die Regelung betreffend Abgabesubjekt und -objekt (ZP).

Ergebnis: Die Abgabe beruht nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage. (1)

### Aufgabe 9

12 Pt.

Da es sich bei Kantonsschullehrer L um einen Angestellten des Kantons Y handelt, ist für die Frage der Staatshaftung kantonales Recht – mithin § 6 des Haftungsgesetzes des Kantons Y – anwendbar (1). (1)

§ 6 HG Y sieht eine Staatshaftung, nicht eine Beamtenhaftung vor (ZP). Der Kanton Y haftet für Schäden, die ein Angestellter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt. Zwischen dem Schaden und der schädigenden Handlung muss zudem ein natürlicher sowie ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (1/2). Ein Verschulden wird in § 6 HG Y hingegen nicht vorausgesetzt (1/2). (1)

Der Schaden besteht in der Vermögensdifferenz, nämlich der Differenz zwischen dem Vermögensstand nach Eintritt des schädigenden Ereignisses und jenem, wie er ohne dieses Ereignis bestünde (1). In casu handelt es sich um einen Sachschaden am Smartphone des Schülers S in Höhe von Fr. 200 (1). (2)

Fraglich ist, ob dieser Schaden in Ausübung einer amtlichen Verrichtung entstanden ist. Dies ist der Fall, wenn zwischen dem schädigenden Verhalten und der amtlichen Tätigkeit ein funktionaler Zusammenhang besteht (1). Ein funktionaler Zusammenhang ist immer dann anzunehmen, wenn der staatliche Angestellte nur wegen seiner dienstlichen Tätigkeit in die Lage versetzt wurde, die schädigende Handlung vorzunehmen (1). Dies trifft hier zu: Die schädigende Handlung erfolgt im Rahmen des Schulunterrichts. L will das Smartphone in seiner Funktion als Lehrer konfiszieren, was darüber hinaus in der Hausordnung vorgesehen ist (1). Der Schaden entstand somit in Ausübung einer amtlichen Verrichtung. (3)

Zwischen der schädigenden Handlung und dem Schaden besteht ohne weiteres sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang: Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung muss damit gerechnet werden, dass ein Smartphone auf den Boden fällt und dadurch zu Bruch geht, wenn man es den Händen eines Dritten entreisst (1). (1)

Die Widerrechtlichkeit setzt entweder die Verletzung eines absoluten Rechtsguts oder – im Fall eines reinen Vermögensschadens – die Verletzung einer Schutznorm voraus (1). Hier entsteht am Smartphone von S ein Sachschaden; dies stellt eine Verletzung seines Eigentums und damit eines absoluten Rechtsguts dar (1). Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich (1). Die Widerrechtlichkeit ist damit zu bejahen. (3)

Ergebnis: Der Kanton Y haftet für den Schaden. (1)