

Musterlösung | Öffentliches Recht II | Prüfung vom 24. Juni 2019

Vorbemerkungen	-
Insgesamt sind 47 Punkte und maximal 6.5 Zusatzpunkte möglich (vgl. die Angaben bei den jeweiligen Aufgaben).	-
Punkte werden nur für Ausführungen zur jeweiligen Fragestellung vergeben (Ausführungen, die unter einer anderen als der einschlägigen Fragestellung vorgenommen werden, ergeben nur dann Punkte, wenn ein entsprechender Verweis angebracht worden ist).	
Die Punkte «zweckmässige Struktur», «präzise/korrekte Sprache» und «stringente Argumentation» sind bei den jeweiligen Korrekturen mitberücksichtigt und es werden dafür nicht am Schluss gesondert Punkte vergeben.	
Aufgabe 1	<u>26.25</u> <u>+ 2.5 ZP</u>
Frage A) Ist die Einführung einer Bewilligungspflicht für die Geschäftstätigkeiten der «Free Flow AG» und der «Ride & Drop AG» zulässig?	16.5 + 1.5 ZP
Zulässigkeit aus verwaltungsrechtlicher Perspektive	-
Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch	-
Bei der Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch unterscheidet das jeweilige kantonale Recht i.d.R. zwischen schlichtem Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung. Es handelt sich grundsätzlich um Kategorien des kantonalen Rechts (vgl. BGE 135 I 302 E. 3.1 S. 306 f.).	(ZP, 0.25)
Schlichter Gemeingebrauch (auch als «typischer» oder «einfacher Gemeingebrauch» bezeichnet) ist die Benutzung einer öffentlichen Sache, soweit diese kumulativ bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist.	(0.5)
Ob eine Nutzung bestimmungsgemäss ist, bestimmt sich aufgrund der Widmung der öffentlichen Sache, deren natürlichen Beschaffenheit oder deren traditionellen Gebrauch.	(0.5)
Die Nutzung ist dann gemeinverträglich, wenn die gleichzeitige und gleichartige Benutzung durch andere nicht erheblich erschwert wird (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307).	(0.5)
Gesteigerter Gemeingebrauch entspricht der Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die mindestens eines der beiden Kriterien des schlichten Gemeingebrauchs (bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich) nicht erfüllt, aber noch keine Sondernutzung darstellt.	(0.5)
Im Einzelnen ist für die Abgrenzung zwischen schlichtem und gesteigertem Gemeingebrauch auf die konkreten örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie die Art und das Ausmass der üblichen Benützung abzustellen (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307).	(0.5)
Hinsichtlich der Gemeinverträglichkeit stellt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zuweilen auch darauf ab, ob die Tätigkeit unentgeltlich oder entgeltlich erfolgt (vgl. BGE 135 I 302 E. 3.3 S. 308).	(ZP, 0.25)
Sondernutzung liegt vor, wenn der Gebrauch einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch nicht bestimmungsgemäss ist und andere Berechtigte vom Gebrauch ausgeschlossen werden.	(0.5)

Ein Indiz für Sondernutzung ist die feste und dauernde Verbindung mit dem Boden.	(0.5)
Nutzung des öffentlichen Grundes durch die F AG (<u>Subsumtion</u>)	-
<p>Die e-Trottinette der F AG können an beliebiger Stelle auf dem öffentlichen Grund im Gebiet der Stadt Seldwyla zurückgelassen werden. Wie dieser öffentliche Grund genau beschaffen ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Der Sachverhalt legt lediglich offen, dass es zu gefährlichen Situationen auf Trottoirs und öffentlichen Plätzen gekommen ist.</p> <p>Die bestimmungsgemässe Nutzung öffentlicher Plätze und Trottoirs dient mit Ausnahme explizit ausgeschiedener Zonen (Parkfelder etc.) insbesondere dem Fuss- und Langsamverkehr zur Fortbewegung, Zufussgehenden zur Erholung sowie in gewissen Fällen der Anlieferung zu spezifischen Gebäuden. Das Abstellen und Parkieren von e-Trotтинetten auf dem öffentlichen Grund der Gemeinde Seldwyla entspricht – insbesondere auf öffentlichen Plätzen und Gehsteigen – daher nicht dem bestimmungsgemässen Gebrauch des öffentlichen Grundes.</p> <p>Der Gebrauch der Geräte der F AG kann eine zusätzliche Intensität annehmen, soweit ein e-Trotтинett auf einem schmalen Gehsteig oder auf einem kleinen öffentlichen Platz abgestellt und parkiert wird. Zumindest in solchen Konstellationen ist auch die Gemeinverträglichkeit der Nutzung zweifelhaft, kann doch von einer erheblichen Einschränkung für andere Nutzungsberechtigte ausgegangen werden, was eine Qualifizierung der Nutzung durch die F AG als gesteigerten Gemeingebrauch nahelegt. Zudem ist die Nutzung nur entgeltlich möglich, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls für gesteigerten Gemeingebrauch spricht (vgl. oben).</p> <p>Das Abstellen eines e-Trotтинetts schliesst zwar andere Nutzungsberechtigte von der Nutzung der entsprechenden Fläche aus. Dabei geht es indes um eine sehr kleine Fläche (ein e-Trotтинett). Zudem ist dieser Ausschluss in zeitlicher Hinsicht äusserst geringfügig. Insofern liegt kein Ausschluss anderer Nutzungsberechtigter vor, was Voraussetzung für eine Qualifikation als Sondernutzung wäre.</p> <p>Die Nutzung des öffentlichen Grundes durch die F AG stellt folglich gesteigerten Gemeingebrauch dar.</p> <p><i>Mit überzeugender Argumentation sind auch andere rechtliche Einordnungen vertretbar.</i></p>	(3)
Nutzung des öffentlichen Grundes durch die R&D AG (<u>Subsumtion</u>)	-
<p>Bei der Installation von zehn, je rund drei Quadratmeter grossen Stationen handelt es sich nicht um eine bestimmungsgemässe Nutzung des öffentlichen Grundes (zur bestimmungsgemässe Nutzung des öffentlichen Platzes sowie des Trottoirs vgl. oben).</p> <p>Zudem werden durch diese Installation andere Nutzungsberechtigte von der Nutzung der entsprechenden (zehn) Flächen gänzlich ausgeschlossen. Die Stationen sind ausserdem fest und dauernd mit dem Boden verbunden, was als Indiz für eine Sondernutzung gilt (vgl. oben). Die Nutzung des öffentlichen Grundes durch die R&D AG wird aus diesen Gründen als Sondernutzung qualifiziert.</p> <p><i>Mit überzeugender Argumentation sind auch andere rechtliche Einordnungen vertretbar.</i></p>	(2)
Zulässigkeit der Einführung einer Bewilligungspflicht	-
Eine präventive Kontrolle des (schlichten/typischen/einfachen) Gemeingebrauchs durch die Einführung einer Bewilligungspflicht ist nicht erforderlich, mithin nicht ver-	(0.5)

hältnismässig i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BV und deshalb unzulässig (vgl. BGE 135 I 302 E. 3.4 S. 310).	
Die Bewilligungsfreiheit schliesst indessen nicht aus, dass das Gemeinwesen, das die Hoheit über die betreffende öffentliche Sache inne hat, eine Benutzungsordnung erlässt.	(ZP, 0.25)
Der gesteigerte Gemeingebrauch kann durch das Gemeinwesen, das die Hoheit über die betreffende öffentliche Sache innehat, zur Koordination der verschiedenen Nutzungsinteressen für bewilligungspflichtig erklärt werden.	(0.5)
Die Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch kann vom zuständigen Gemeinwesen konzessionspflichtig erklärt werden.	(0.5)
Zwischenfazit	-
Da die Nutzung des öffentlichen Grundes durch die F AG als gesteigerter Gemeingebrauch qualifiziert wird, ist die Einführung einer Bewilligungspflicht für die Geschäftstätigkeit der F AG zulässig. <i>Hinweis: Sofern die Nutzung mit überzeugender Argumentation als schlichter Gemeingebrauch qualifiziert wurde, ist die Einführung einer Bewilligungspflicht unzulässig.</i> Da die Nutzung des öffentlichen Grundes durch die R&D AG als Sondernutzung qualifiziert wird, ist die Einführung einer Bewilligungspflicht (resp. Konzessionspflicht) für die Geschäftstätigkeit der R&D AG zulässig. <i>Hinweis: Sofern die Nutzung mit überzeugender Argumentation als gesteigerter Gemeingebrauch qualifiziert wurde, ist die Einführung einer Bewilligungspflicht ebenfalls zulässig.</i>	-
Zulässigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive	-
Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27/94 BV	-
persönlicher Schutzbereich	-
Auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit können sich natürliche und juristische Personen berufen (BGE 142 I 162 E. 3.2.1 S. 164).	(0.25)
Als juristische Personen können sich die F AG und die R&D AG auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit berufen.	(0.25)
sachlicher Schutzbereich	-
Die Wirtschaftsfreiheit schützt jede auf Gewinn oder Erwerb gerichtete privatwirtschaftliche Tätigkeit (BGE 140 I 218 E. 6.3 S. 229).	(0.5)
Der e-Trotinet Verleih durch die F AG und die R&D AG stellt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit dar, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs dient («kostenpflichtiger Gebrauch»). Die Wirtschaftsfreiheit ist folglich tangiert.	(0.5)
geschützte Ansprüche	-
Art. 27 BV ist grundsätzlich ein Abwehrrecht.	(ZP, 0.25)
Wenn zwecks Ausübung einer Tätigkeit, die in den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fällt, der gesteigerte Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch beansprucht wird, besteht nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein bedingter Anspruch auf die Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs. Bedingt ist der Anspruch deshalb, weil die Bewilligung unter dem Vorbehalt	(0.5)

der vorhandenen Kapazitäten und der verschiedenen – allenfalls konfligierenden – Nutzungsinteressen steht.	
Ob die Wirtschaftsfreiheit einen bedingten Anspruch auf Sondernutzung des öffentlichen Grundes gewährt, hat das Bundesgericht offengelassen (BGE 128 I 295 E. 3c S. 299 f.).	(ZP, 0.25)
Verletzung des bedingten Anspruchs auf die Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs	-
Konformität der Einschränkung mit Art. 94 Abs. 1 BV	-
Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit haben den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten (vgl. Art. 94 Abs. 1 und 4 BV). Massnahmen sind dann mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit konform, wenn sie sich nicht gegen den Wettbewerb richten, sondern insbesondere die Wahrung polizeilicher und sozialpolitischer Interessen zum Ziel haben (vgl. BGE 137 I 167 E. 3.6 S. 175 f.).	(0.75)
Vorliegend möchte die Stadt Seldwyla eine Bewilligungspflicht einführen, damit der öffentliche Grund nicht übermässig mit Verleihfahrzeugen vollgestellt wird. Es handelt es sich um eine grundsatzkonforme Einschränkung, da sie polizeilichen Interessen (Ortsbild, Interesse an möglichst ungestörter, bestimmungsgemässer Nutzung etc.) dient.	(0.25)
Voraussetzungen von Art. 36 BV	-
Grundsatzkonforme Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit bedürfen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV).	(0.25)
Nach der unter der alten Bundesverfassung ergangenen Rechtsprechung durfte gesteigerter Gemeingebrauch auch ohne gesetzliche Grundlage von einer Bewilligung abhängig gemacht werden (vgl. etwa BGE 121 I 279 E. 2b S. 283). Ob diese Rechtsprechung auch unter der neuen Bundesverfassung Geltung hat, wurde durch das Bundesgericht offengelassen (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307 f.).	(ZP, 0.25)
Zudem ist ein hinreichendes öffentliches Interesse erforderlich (Art. 36 Abs. 2 BV).	(0.25)
Vorliegend möchte die Stadt Seldwyla eine Bewilligungspflicht einführen, damit der öffentliche Grund nicht übermässig mit Verleihfahrzeugen vollgestellt wird. Damit sind polizeiliche Interessen (Interesse an möglichst ungestörter, bestimmungsgemässer Nutzung, Ortsbild, Sicherheit etc.) angesprochen. Somit liegt ein hinreichendes öffentliches Interesse vor.	(0.25)
Einschränkungen müssen zudem verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV).	(0.25)
Konkret bedeutet dies, dass die Einschränkung geeignet sein muss, das angestrebte, die Einschränkung rechtfertigende Ziel zu erreichen (Eignung), kein gleichermassen geeignetes, aber milderes Mittel das anvisierte Ziel ebenso gut verwirklichen könnte (Erforderlichkeit) und die Einschränkung für den Einzelnen zumutbar ist, also zwischen der konkreten Einschränkungswirkung und den mit der Einschränkung verfolgten Interessen ein vernünftiges Verhältnis besteht (Zumutbarkeit).	(0.75)
Subsumtion Eignung: Das Statuieren einer Bewilligungspflicht ist geeignet, die bestimmungsgemässe Nutzung des öffentlichen Grundes sowie die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, da die Stadt Seldwyla damit den Verleih koordinieren kann.	(0.25)
Subsumtion Erforderlichkeit: Es ist kein milderes Mittel ersichtlich, welches das anvi-	(0.25)

sierte Ziel ebenso gut erreichen könnte. Die Bewilligungspflicht ist folglich erforderlich.	
Subsumtion Zumutbarkeit: Die Einschränkungswirkung besteht bei den Anbieterinnen des Trottnettverleihs darin, dass sie zunächst eine Bewilligung beantragen müssen. Dies erscheint als eher geringfügige Einschränkung. Gegenüber stehen vergleichsweise gewichtigere öffentliche Interessen an der Koordination des öffentlichen Grundes. Der Eingriff ist damit zumutbar.	(0.25)
Zwischenfazit Wirtschaftsfreiheit	-
Die Einführung einer Bewilligungspflicht ist gerechtfertigt.	-
Fazit	-
Die Einführung der Bewilligungspflicht für die Geschäftstätigkeiten der F AG und R&D AG ist zulässig. <i>Hinweis: Sofern die Nutzung durch die F AG gestützt auf überzeugende Argumentation als schlichter Gemeingebrauch qualifiziert wurde, wäre die Einführung einer Bewilligungspflicht für die F AG unzulässig.</i>	(1)
Frage B) Ist die Erhebung einer Gebühr gegenüber der «Free Flow AG» und der «Ride & Drop AG» auf der Grundlage der geplanten Benutzungsgebührenordnung zulässig? Nach welchen Kriterien ist eine solche Gebühr zu bemessen?	6.25 + 1 ZP
Zulässigkeit der Gebühren	-
Legalitätsprinzip	-
Die Abgabe muss in einer generell-abstrakten Rechtsnorm vorgesehen sein, die genügend bestimmt ist (Erfordernis des Rechtssatzes; vgl. BGE 123 I 248 E. 2 S. 249 f.).	(0.25)
Grundsätzlich hat der Gesetzgeber die wesentlichen Elemente einer Abgabe festzulegen (Erfordernis der Gesetzesform). Dies ergibt sich aus Art. 127 BV, der laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich – über seinen Wortlaut hinaus – auch für Kausalabgaben gilt (vgl. BGE 135 I 130 E. 7.2 S. 140)	(0.5)
Subsumtion: Vorliegend sollen Gebühren auf Grundlage der Benutzungsgebührenordnung erhoben werden. Bei der Benutzungsordnung handelt es sich um ein kommunales Gesetz (Indizien: vom Gemeinderat [Parlament] beschlossen und einem Referendum unterstellt). Der Sachverhalt enthält keine Angaben dazu, wie genau dieses Gesetz formuliert ist. Es wird in der Folge davon ausgegangen, dass die Anforderungen des Legalitätsprinzips gewahrt werden.	(0.5)
Zulässigkeit einer Gebühr für die konkrete Nutzung	-
Gebühr gegenüber der F AG	-
Für den gesteigerten Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache darf eine Gebühr erhoben werden.	(0.5)
Dabei handelt es sich um eine sog. Benutzungsgebühr.	(ZP, 0.5)
Gebühr gegenüber der R&D AG	-
Für die Sondernutzung einer öffentlichen Sache kann ebenfalls eine Gebühr erhoben werden.	(0.5)
Ob es sich dabei um eine sog. Konzessions- oder Benutzungsgebühr handelt, ist umstritten.	(ZP, 0.5)

Fazit (zur Zulässigkeit)	-
Die Erhebung einer Gebühr gegenüber der F AG und der R&D AG ist auf der Grundlage der geplanten Benutzungsgebührenordnung (sofern diese den Anforderungen des Legalitätsprinzips entspricht) zulässig.	(0.5)
Bemessungskriterien	-
Legt der Gesetzgeber die Höhe der Gebühr nicht fest, bestimmt sie sich grundsätzlich nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip.	(0.5)
Kostendeckungsprinzip	-
Das Kostendeckungsprinzip bedeutet, dass der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht oder nur geringfügig übersteigen darf (statt vieler BGE 141 I 105 E. 3.3.2 S. 108).	(0.5)
Nur kostenabhängige Kausalabgaben fallen in den Anwendungsbereich des Kostendeckungsprinzips. Für kostenunabhängige Kausalabgaben gilt das Kostendeckungsprinzip nicht.	(0.25)
Kostenunabhängig sind Kausalabgaben, die das Entgelt für Leistungen oder Vorteile sind, die dem Staat keine Kosten verursachen oder sie sind vom Gesetzgeber derart ausgestaltet worden, dass sie zu einem höheren Ertrag führen, als zur Deckung der Kosten notwendig ist.	(0.25)
Subsumtion: Vorliegend handelt es sich um kostenunabhängige Gebühren, da sie Entgelt für Leistungen des Staates darstellen, die ihm keine Kosten verursachen. Das Kostendeckungsprinzip kommt folglich zur Bemessung der Gebühr nicht zur Anwendung.	(0.5)
Äquivalenzprinzip	-
Das Äquivalenzprinzip bedeutet, dass die Höhe der Gebühr im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert, den die staatliche Leistung für die Abgabepflichtigen hat, stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (statt vieler BGE 141 I 105 E. 3.3.2 S. 109).	(0.5)
Grundsätzlich fallen alle Gebühren in den Anwendungsbereich des Äquivalenzprinzips.	(0.25)
Subsumtion: Vorliegend kommt das Äquivalenzprinzip zur Bemessung der Gebühr zur Anwendung.	(0.25)
Fazit (zu den Bemessungskriterien)	-
Die Gebühr hat sich nach dem Äquivalenzprinzip zu bemessen. Das Kostendeckungsprinzip ist nicht anwendbar.	(0.5)
Frage C) Nehmen Sie an, dass die Einführung einer Bewilligungspflicht zulässig ist: In welcher Handlungsform der Verwaltung (Form des Verwaltungshandelns) muss das zuständige Baudepartement die entsprechenden Bewilligungen gegenüber der «Free Flow AG» und der «Ride & Drop AG» erteilen?	3.5
Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch (Bewilligung sui generis)	-
Die Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache ist eine Bewilligung eigener Art (sui generis) (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2012 vom 2. Juni 2012 E. 2.1).	(0.5)
Bei der Bewilligung sui generis handelt es sich um eine einseitige, hoheitliche Anord-	(0.5)

nung des zuständigen Baudepartements (Behörde). Die Bewilligung ist individuell-konkret, da sie sich an eine bestimmte Person (die F AG) richtet und einen Einzelfall (Nutzung des öffentlichen Grundes durch die e-Trottinette der F AG) regelt. Sie stützt sich auf öffentliches Recht (auf die kommunal eingeführte Bewilligungspflicht). Sie ist zudem auf eine Rechtswirkung ausgerichtet; sie ist verbindlich und erzwingbar. Die Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch stellt folglich eine Verfügung dar.	
Zwischenfazit: Die Bewilligung sui generis stellt eine Verfügung dar.	-
Bewilligung zur Sondernutzung (Sondernutzungskonzession)	-
Das Recht auf Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch wird mittels Sondernutzungskonzession eingeräumt.	(0.5)
Gemäss dem Bundesgericht stellt sie einen gemischten Akt dar, der aus Verfügungs- teilen und vertraglichen Teilen besteht (BGE 130 II 18 E. 3.1 S. 21).	(0.5)
Vertragscharakter hat die Konzession insoweit, als dass die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen einen substanziellen Spielraum für die Ausgestaltung des Konzessionsverhältnisses belassen; Verfügungscharakter haben dagegen diejenigen Teile der Konzession, die durch das Gesetz weitgehend geregelt werden, womit den Parteien kein nennenswerter Gestaltungsspielraum verbleibt.	(0.5)
Zwischenfazit: Die Sondernutzungskonzession stellt einen gemischten Akt dar, der aus verfügbarmässigen und vertraglichen Teilen besteht.	-
Fazit	-
Das zuständige Baudepartement bewegt sich im Bereich des formellen (rechtlich formgebundenen) Verwaltungshandelns. Es erteilt die Bewilligung gegenüber der F AG in Form einer Bewilligung sui generis, also formell und materiell in Verfügungsform und jene gegenüber der R&D AG in Form einer Sondernutzungskonzession (gemischter Akt aus Verfügungs- teilen und aus vertraglichen Teilen).	(1)

Aufgabe 2	<u>16.5</u> + 2.5 ZP
Frage A) Wie ist das E-Mail des Prüfungssekretariats rechtlich zu qualifizieren?	8.5 + 0.5 ZP
Verfügung	
Verfügungen werden in einer bestimmten Form erlassen. Die Formvorschriften sind aber nicht Voraussetzungen, sondern Folge der Verfügung. Massgebend ist ein materieller Verfügungsbegriff.	(0.5)
Die Verfügung ist eine einseitige, hoheitliche, individuell-konkrete Anordnung in Anwendung von öffentlichem Recht. Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Diese Elemente der Verfügung werden im Folgenden geprüft:	-
Die Verfügung ist eine hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde.	(0.5)
Subsumtion: Beim E-Mail handelt es sich um eine einseitige, hoheitliche Anordnung des Prüfungssekretariats (Behörde).	(0.5)
Die Verfügung ist individuell-konkret. Das Kriterium «individuell» bezieht sich auf den Adressatenkreis: die Verfügung richtet sich an eine bestimmte Person oder einen bestimmten Personenkreis. Das Kriterium «konkret» bezieht sich auf den Regelungsgegenstand: die Verfügung regelt einen Einzelfall.	(0.5)
Subsumtion: Das E-Mail des zuständigen Prüfungssekretariats ist individuell-konkret, da es sich an eine bestimmte Person (A.B.) richtet und einen Einzelfall (Geltung von der Bestimmung der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung abweichender Regelungen bei der Durchführung der Prüfung von A.B.) regelt.	(0.5)
Die Verfügung ergeht in Anwendung von öffentlichem Recht resp. von Verwaltungsrecht.	(0.5)
Das E-Mail des zuständigen Prüfungssekretariats stützt sich auf öffentliches Recht (Art. 27 der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung, die aufgrund von Art. 12 Bst. a der Verordnung über die Ergänzungsprüfung für die Zulassung von Inhaberinnen und Inhabern eines eidgenössischen Berufsmaturitätszeugnisses oder eines gesamtschweizerisch anerkannten Fachmaturitätszeugnisses zu den universitären Hochschulen anwendbar ist).	(0.5)
Die Verfügung ist auf Rechtswirkungen gerichtet.	(0.25)
Ob es sich dabei um ein Element des Verfügungsbegriffs handelt, ist umstritten. Gemäss gewissen Lehrmeinungen handelt es sich um ein blosses Hilfskriterium zwecks Abgrenzung zum Realakt.	(ZP, 0.25)
Subsumtion: Das E-Mail des Prüfungssekretariats ist auf Rechtswirkung, nämlich auf die von der Verordnung abweichende Durchführung der Prüfung, gerichtet.	(0.25)
Die Verfügung ist verbindlich und erzwingbar.	(0.25)
Ob es sich dabei um ein Element des Verfügungsbegriffs handelt, ist umstritten. Gemäss einem Teil der Lehre handelt es sich dabei um eine blosser Folge der Qualifikation als Verfügung.	(ZP, 0.25)

Das E-Mail des Prüfungssekretariats ist verbindlich und erzwingbar.	(0.25)
Sofern die Verfügung in Anwendung von Bundesrecht ergeht, handelt es sich um eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG.	(0.5)
Die fragliche Verfügung stützt sich auf Bundesrecht (Art. 27 der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung, die aufgrund von Art. 12 Bst. a der Verordnung über die Ergänzungsprüfung für die Zulassung von Inhaberinnen und Inhabern eines eidgenössischen Berufsmaturitätszeugnisses oder eines gesamtschweizerisch anerkannten Fachmaturitätszeugnisses zu den universitären Hochschulen anwendbar ist), weshalb eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG vorliegt.	(0.5)
Arten der Verfügung	-
Es kann zwischen rechtsgestaltenden (positiven) Verfügungen, verweigernden und feststellenden Verfügungen differenziert werden.	-
Mit rechtsgestaltenden/positiven Verfügungen (Gestaltungsverfügungen) werden verbindlich Rechte und Pflichten des Privaten festgesetzt, geändert oder aufgehoben.	(0.5)
Subsumtion: Vorliegend handelt es sich um eine rechtsgestaltende Verfügung, da die Rechte von A.B. geändert werden.	(0.5)
Mitwirkungsbedürftige/zustimmungsbedürftige Verfügungen sind Verfügungen, die der Mitwirkung durch den Adressaten bedürfen, sei es, dass für die Ingangsetzung des Verwaltungsverfahrens ein Gesuch erforderlich ist, oder dass der Adressat dem Erlass einer ihn betreffenden Verfügung zustimmen muss.	(0.5)
Subsumtion: Vorliegend handelt es sich um eine mitwirkungsbedürftige Verfügung, weil das Verwaltungsverfahren nur in Gang gesetzt wurde, da A.B. ein Gesuch gestellt hat.	(0.5)
Fazit	-
Das E-Mail ist als Verfügung, genauer als rechtsgestaltende Verfügung sowie als mitwirkungsbedürftige Verfügung, zu qualifizieren.	(1)
Frage B) Wie ist A.B.s Standpunkt rechtlich zu beurteilen?	8 + 2 ZP
<i>Hinweis: Der Grundsatz von Treu und Glauben wirkt sich im Verwaltungsrecht insbesondere in zweierlei Hinsicht aus: in Form des Vertrauensschutzes sowie als Verbot widersprüchlichen Verhaltens und als Verbot des Rechtsmissbrauchs. Die Unterscheidung zwischen dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens und dem Vertrauensschutzprinzip kann im Einzelnen unklar sein. Vorliegend ist – je nachdem, welches Unterscheidungskriterium gewählt wird – entweder der Vertrauensschutz oder das Verbot widersprüchlichen Verhaltens einschlägig. Von den Studierenden wird nicht verlangt, dass sie darlegen, weshalb sie sich für das eine oder das andere Vorgehen entscheiden. Prüfen Studierende sowohl den Vertrauensschutz als auch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens wird nur für ein Konstrukt Punkte verteilt (für dasjenige, bei dem mehr Punkte erzielt worden sind). Für die Ausführungen zum zweiten Konstrukt erhalten die Studierenden aber insgesamt einen halben Zusatzpunkt.</i>	(ZP, 0.5)
Treu und Glauben	-
Die Bundesverfassung statuiert den Grundsatz von Treu und Glauben einerseits als Regel für das Verhalten von Staat und Privaten in Art. 5 Abs. 3 BV und andererseits in Art. 9 BV als grundrechtlicher Anspruch der Privaten gegenüber dem Staat.	(0.5)
Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne	(0.5)

Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.	
Vertrauensschutz	-
Art. 9 BV vermittelt den Privaten einen Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (BGE 129 I 161 E. 4.1 S. 170).	(0.5)
Voraussetzungen	-
Vertrauensgrundlage	-
Vorausgesetzt ist eine Vertrauensgrundlage, d.h. Verhalten eines staatlichen Organs, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen begründet (statt vieler BGE 129 I 161 E. 4.1 S. 170).	(0.5)
Die E-Mail des Prüfungssekretariats stellt eine Vertrauensgrundlage dar.	(0.5)
Bei der E-Mail handelt es sich um eine einseitige, hoheitliche Anordnung des Prüfungssekretariats (Behörde). Die Anordnung ist individuell-konkret, da sie sich an eine bestimmte Person (A.B.) richtet und einen Einzelfall (Geltung von der Bestimmung der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung abweichender Regelungen bei der Durchführung der Prüfung von A.B.) regelt. Sie stützt sich auf öffentliches Recht des Bundes (Art. 27 der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung, die aufgrund von Art. 12 Bst. a der Verordnung über die Ergänzungsprüfung für die Zulassung von Inhaberinnen und Inhabern eines eidgenössischen Berufsmaturitätszeugnisses oder eines gesamtschweizerisch anerkannten Fachmaturitätszeugnisses zu den universitären Hochschulen anwendbar ist). (Die E-Mail ist verbindlich und erzwingbar und auf eine Rechtswirkung, nämlich auf die von der Verordnung abweichende Durchführung der Prüfung, ausgerichtet). Die E-Mail stellt eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG dar. <i>Hinweise: (1) Die Verfügung ist in verschiedener Hinsicht fehlerhaft. Zum einen entspricht sie nicht den formellen Anforderungen, denen eine Verfügung zu genügen hätte (fehlende Unterschrift, fehlende Rechtsmittelbelehrung etc. [vgl. zu den Vorschriften Art. 34 f. VwVG]). Zum andern ist sie von der unzuständigen Behörde, dem Prüfungssekretariat, ergangen (Art. 27 i.V.m. Art. 2 der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung statuiert nämlich für vorliegenden Fall die Zuständigkeit der Kommission). Ob die Verfügung nichtig ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da selbst bei Nichtigkeit eine Vertrauensgrundlage (in Form einer Auskunft) bestehen würde.</i> <i>(2) Der Widerruf der Verfügung als Spezialfall des Vertrauensschutzes ist vorliegend nicht einschlägig, da der Sachverhalt keine Hinweise dazu enthält, dass die Behörde ihr E-Mail mittels neuer Verfügung widerrufen hätte.</i>	(ZP, 1)
Vertrauen in das Verhalten der staatlichen Behörde	-
Vorausgesetzt ist zudem, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte (statt vieler BGE 137 I 69 E. 2.5 S. 73). Es ist auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf Vertrauensschutz berufenden Person abzustellen (BGE 137 I 69 E. 2.5.2 S. 74). Auf den Vertrauensschutz berufen darf sich nur, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen.	(0.5)
Subsumtion: Es darf davon ausgegangen werden, dass A.B. Kenntnis des E-Mails des	(0.5)

<p>Prüfungssekretariats (Vertrauensgrundlage) hatte.</p> <p>Die Vertrauensgrundlage ist indes in verschiedener Hinsicht (formell) fehlerhaft: zum einen entspricht die E-Mail als Verfügung (im materiellen Sinne, vgl. oben) nicht den formellen Anforderungen, denen eine Verfügung zu genügen hätte (fehlende Rechtsmittelbelehrung etc.). Zum andern ist sie von der unzuständigen Behörde, dem Prüfungssekretariat, ergangen. Art. 27 i.V.m. Art. 2 der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung statuiert nämlich für vorliegenden Fall die Zuständigkeit der Kommission. Die Unzuständigkeit des Prüfungssekretariats war indes nicht offensichtlich und auch nicht leicht erkennbar. Es sind die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse relevant; vorliegend besteht kein Grund zur Annahme, dass A.B. die Unzuständigkeit hat erkennen können oder hat erkennen müssen. Ob die Vertrauensgrundlage auch (materiell) fehlerhaft ist, kann nicht beantwortet werden, da der Sachverhalt diesbezüglich illiquid ist. Es ist einzig ersichtlich, dass Ausnahmeregelungen gestützt auf Art. 27 der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung zulässig sind.</p> <p>In der Folge hat A.B. berechtigterweise auf die E-Mail des Prüfungssekretariats vertraut.</p>	
Vertrauensbetätigung (Disposition)	
Die Person, welche sich auf Vertrauensschutz beruft, muss nachteilige Dispositionen getroffen haben, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (vgl. BGE 129 I 161 E. 4.1 S. 170).	(0.5)
Auch Unterlassungen sind als Dispositionen denkbar.	(ZP, 0.25)
Subsumtion: Vorliegend liegt die Disposition von A.B. zum einen in seinem Antritt der Prüfung und den damit verbundenen Aufwendungen. Zum anderen kann eine Disposition im Sinne eines Unterlassens auch darin gesehen werden, nicht gegen die Verfügung der Behörde vorgegangen zu sein, zumal in seinem Sinne verfügt wurde.	(0.5)
Diese Dispositionen kann A.B. nicht mehr rückgängig machen.	(0.5)
Kausalzusammenhang zwischen Vertrauen und Vertrauensbetätigung (Disposition)	
Die Vertrauensbetätigung muss gestützt auf die Vertrauensgrundlage erfolgt sein (Kausalzusammenhang; vgl. BGE 129 I 161 E. 4.1 S. 170).	(0.5)
Subsumtion: A.B. ist die Prüfung angetreten, weil er darauf vertraut hat, seine Dehn- und Lockerungsübungen, wie diese ihm bewilligt wurden, durchführen zu dürfen. Hätte die Behörde verfügt, nicht wie beantragt zu verfahren, wäre er (wohl) dagegen vorgegangen. Andernfalls hätte er die Prüfung eventuell gar nicht angetreten. Es besteht somit ein Kausalzusammenhang zwischen der Vertrauensgrundlage und den von A.B. getätigten Dispositionen.	(0.5)
Abwägung zwischen dem Interesse am Vertrauensschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen	-
Die Berufung auf Treu und Glauben scheitert dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (BGE 129 I 161 E. 4.1 S. 170). Die Interessenabwägung bleibt daher vorbehalten und bildet Schranke des Vertrauensschutzes. Dabei ist das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts (Legalitätsprinzip) und dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit (Vertrauensschutz) zunächst zu gewichten und alsdann gegeneinander abzuwägen (BGE 137 I 69 E. 2.6 S. 74).	(0.5)
Bei der Gewichtung des Vertrauensschutzes ist grundsätzlich von der erfolgten Dispo-	(ZP, 0.25)

sition auszugehen. Das Gewicht wird vor allem durch den Nachteil bestimmt, welcher der betroffenen Person im Falle des Vertrauensbruchs droht (BGE 137 I 69 E. 2.6.2 S. 75)	
Subsumtion: Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Kommission über das Gesuch von A.B. hätte befinden müssen. Für die «administrative Leitung» der Prüfung ist aber das Prüfungssekretariat zuständig (vgl. Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung). Das Gesuch betraf eine Angelegenheit, die sich mit gutem Grund als bloss administrative Anordnung hätte werten lassen, sodass das öffentliche Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts nicht übermässig gewichtig erscheint. Dem stehen erhebliche private Dispositionen (Prüfungsantritt, Vorbereitung etc.) gegenüber. In der Gesamtbetrachtung dürfte daher das Interesse von A.B. überwiegen.	(0.5)
Fazit	-
Das Prüfungssekretariat hat gegen Treu und Glauben verstossen.	(1)
<i>Alternative Argumentation (vgl. Korrekturhinweis oben)</i>	4.75 + 1 ZP
<i>Treu und Glauben</i>	-
<i>Die Bundesverfassung statuiert den Grundsatz von Treu und Glauben einerseits als Regel für das Verhalten von Staat und Privaten in Art. 5 Abs. 3 BV und andererseits in Art. 9 BV als grundrechtlichen Anspruch der Privaten gegenüber dem Staat.</i>	(0.5)
<i>Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.</i>	(0.5)
<i>Verbot widersprüchlichen Verhaltens</i>	-
<i>Behörden dürfen sich gegenüber Privaten nicht widersprüchlich verhalten.</i>	(0.5)
<i>Art. 9 BV ist verletzt, wenn Behörden von einem verbindlich eingenommenen Standpunkt ohne sachliche Rechtfertigung abweichen und der Person ein Nachteil entsteht.</i>	(1)
<i>Subsumtion «verbindlicher Standpunkt»: Die Behörde hat in ihrer E-Mail einen Standpunkt verbindlich eingenommen.</i>	(0.25)
<i>Bei der E-Mail handelt es sich um eine einseitige, hoheitliche Anordnung des Prüfungssekretariats (Behörde). Die Anordnung ist individuell-konkret, da sie sich an eine bestimmte Person (A.B.) richtet und einen Einzelfall (Geltung von der Bestimmung der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung abweichender Regelungen bei der Durchführung der Prüfung von A.B.) regelt. Sie stützt sich auf öffentliches Recht des Bundes (Art. 27 der Verordnung über die schweizerische Maturitätsprüfung, die aufgrund von Art. 12 Bst. a der Verordnung über die Ergänzungsprüfung für die Zulassung von Inhaberinnen und Inhabern eines eidgenössischen Berufsmaturitätszeugnisses oder eines gesamtschweizerisch anerkannten Fachmaturitätszeugnisses zu den universitären Hochschulen anwendbar ist). (Das E-Mail ist verbindlich und erzwingbar und auf eine Rechtswirkung, nämlich auf die von der Verordnung abweichende Durchführung der Prüfung, ausgerichtet). Das E-Mail des Prüfungssekretariats stellt eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG dar.</i> <i>Hinweis zur Fehlerhaftigkeit dieser Verfügung: vgl. oben.</i>	(ZP, 1)
<i>Subsumtion «Abweichung»: An der Prüfung hat die Behörde A.B. nicht gestattet, seine Dehn- und Lockerungsübungen auszuüben, womit sie von ihrem Standpunkt abgewi-</i>	(0.25)

<i>chen ist.</i>	
<i>Subsumtion «sachlicher Grund»: Es sind keine sachlichen Gründe für das widersprüchliche Verhalten der Behörde ersichtlich.</i>	<i>(0.25)</i>
<i>Subsumtion «Nachteil»: A.B. hat seine Dehn- und Lockerungsübungen nicht durchführen dürfen. Diese hätte er durchführen sollen, um die auftretenden Symptome (Schwindelgefühl und Missempfindungen in Gesicht und Armen) zu lindern. Es kann davon ausgegangen werden, dass A.B. an der Prüfung an Schwindel und Missempfindungen hat leiden müssen. Darin ist sein Nachteil zu erblicken.</i>	<i>(0.5)</i>
<i>Fazit</i>	
<i>Das Prüfungssekretariat hat mit seinem Vorgehen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen.</i>	<i>(1)</i>

Aufgabe 3	<u>4.25</u> + 1.5 ZP
Frage A) Eine Verfügung, die von einer unzuständigen Behörde erlassen wurde, ist in jedem Fall nichtig.	1.25 + 1 ZP
Fehlerhafte Verfügungen sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.	(0.25)
Ausnahmsweise kann eine Verfügung mit einem so schwerwiegenden Mangel behaftet sein, dass sie nichtig ist.	(0.25)
Ob eine Verfügung, die von einer unzuständigen Behörde erlassen wurde, nichtig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern ist in jedem Fall nach der Evidenztheorie zu beurteilen.	(0.5)
Nach der Evidenztheorie ist Nichtigkeit nur dann anzunehmen, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: <ol style="list-style-type: none"> 1. besonders schwerer Mangel; 2. Mangel ist offensichtlich (evident) oder mindestens leicht erkennbar; 3. die Feststellung der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. 	(ZP, 0.5)
Eine Verfügung einer örtlich unzuständigen Behörde ist in der Regel anfechtbar und nicht nichtig.	(ZP, 0.25)
Eine Verfügung einer funktionell und sachlich unzuständigen Behörde ist in der Regel nichtig.	(ZP, 0.25)
Diese Aussage ist folglich nicht zutreffend. <i>Korrekturhinweis: 0.25 Punkte werden nur dann vergeben, wenn die Begründung für dieses Fazit korrekt ist.</i>	(0.25)
Frage B) Echte Rückwirkung ist unzulässig.	1 + 0.25 ZP
Wird neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat, liegt echte Rückwirkung vor.	(ZP, 0.25)
Echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig.	(0.25)
Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die echte Rückwirkung eines Erlasses unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig, «[...] wenn die Rückwirkung ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen ist oder sich daraus klar ergibt, in einem vernünftigen Rahmen zeitlich limitiert ist, nicht zu stossenden Ungleichheiten führt, einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dient und wohlverworbene Rechte respektiert. [...]» (BGE 138 I 189 E. 3.4 S. 193).	(0.5)
Diese Aussage ist folglich nicht zutreffend. <i>Korrekturhinweis: 0.25 Punkte werden nur dann vergeben, wenn die Begründung für dieses Fazit korrekt ist.</i>	(0.25)
Frage C) Universitäten sind öffentlich-rechtliche Körperschaften.	1 + 0.25 ZP
Bei Universitäten handelt es sich in der Regel um selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalten (vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 des Universitätsgesetzes des Kantons Zürich [LS 415.11]: «Die Universität [Zürich] ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons mit eigener Rechtspersönlichkeit»).	(0.25)

Dabei handelt es sich um eine Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist und die für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe dauernd den Anstaltsbenützern zur Verfügung steht.	(ZP, 0.25)
Öffentlich-rechtliche Anstalten haben – im Gegensatz zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften – keine körperschaftliche Struktur und folglich auch keine Mitglieder. Zum Teil haben sie jedoch Benutzerinnen und Benutzer.	(0.5)
Diese Aussage ist folglich nicht zutreffend. <i>Korrekturhinweis: 0.25 Punkte werden nur dann vergeben, wenn die Begründung für dieses Fazit korrekt ist.</i>	(0.25)
Frage D) Das Verweigern von Verwaltungsleistungen zur Durchsetzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht eines Privaten ist nur zulässig, wenn hierfür eine besondere gesetzliche Ermächtigung besteht.	1
Das Verweigern von Verwaltungsleistungen zur Durchsetzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht eines Privaten ist zwar zulässig, wenn hierfür eine besondere gesetzliche Ermächtigung besteht.	(0.25)
Falls eine besondere gesetzliche Ermächtigung fehlt, ist die Verweigerung von staatlichen Leistungen aber auch dann zulässig, wenn ein sachlicher Zusammenhang (Konnextität) zwischen der Pflichtverletzung der Privaten und der verweigerten Leistung besteht.	(0.5)
Diese Aussage ist folglich nicht zutreffend. <i>Korrekturhinweis: 0.25 Punkte werden nur dann vergeben, wenn die Begründung für dieses Fazit korrekt ist.</i>	(0.25)