

## Musterlösung Öffentliches Verfahrensrecht FS 2021

### Frage 1 (5 P + ZP):

Bundesrätliche Verordnungen können nicht direkt angefochten werden. Es gibt *keine abstrakte Normenkontrolle* gegenüber bundesrätlichen Verordnungen (Art. 189 Abs. 4 BV, Art. 82 und Art. 86 BGG sowie Art. 33 VGG). **(2 P)**

Möglich ist hingegen die *akzessorische Normenkontrolle*. Dies bedeutet, dass bei der für den Vollzug der Covid-19-Verordnung besondere Lage zuständigen Verwaltungsbehörde eine Verfügung verlangt werden müsste. Im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle kann eine allfällige Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit der bundesrätlichen Verordnung geltend gemacht werden. **(2 P)** Dies erscheint denn auch der sinnvollere Weg, weil es einzig um die Auslegung von Art. 5d Covid-19-Verordnung besondere Lage geht. **(1 P)** Zuständig für der Erlass einer Verfügung wäre die kantonalen Behörden, weil der Vollzug der Covid-19-Verordnung besondere Lage in der Zuständigkeit der Kantone liegt. Ob der Erlass einer Verfügung erwirkt werden kann, ist allerdings fraglich. Die zuständigen kantonalen Behörden könnten sich auf den Standpunkt stellen, dass die entsprechende Bestimmung unmittelbar anwendbar sei und die Schliessung somit nicht verfügt werden müsse und ausserdem auch kein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung gegeben sei. **(ZP)**

### Frage 2 (20 P + ZP):

Bei der Informationstätigkeit der Verwaltung handelt es sich um Realakte und nicht um hoheitliche und verbindliche Anordnungen an die Einzelnen im Sinne von Verfügungen (Art. 5 VwVG). Art. 25a VwVG sieht aber vor, dass über Realakte ebenso eine Verfügung verlangt werden kann. Dabei sind verschiedene Voraussetzungen zu erfüllen. In formeller Hinsicht muss insbesondere ein schutzwürdiges Interesse gegeben sein und es müssen die Rechte und Pflichten der Gesuchsteller berührt sein. Kann dies bejaht werden, kann ein Gesuchsteller verlangen, dass widerrechtliche Handlungen unterlassen, eingestellt oder widerrufen werden, die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt werden oder die Widerrechtlichkeit festgestellt wird (Art. 25a Abs. 1 VwVG). Die Behörde hat, wenn sie dem Gesuch nicht Folge leisten will, in der Form einer Verfügung zu entscheiden (Art. 25a Abs. 2 VwVG), welche in der Folge beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann. **(Für die korrekte Darstellung dieser Zusammenhänge: max. 4 P)**

Zum Realakt: Das Bundesgericht hat unlängst bekräftigt, dass auch über generelle Handlungen – als solche sind allgemeine Meinungsäusserungen und Informationen auf den Webseiten von Bundesbehörden zu qualifizieren – eine Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG verlangt werden kann (BGE 146 I 145 E. 4.2). **2 P**

Zum Rechtsschutzinteresse: Allerdings ist ebenso die Berührtheit der Rechte und Pflichten von Betroffenen darzulegen (aktbezogenes Rechtsschutzinteresse) wie auch eine Betroffenheit, die grösser ist als diejenige der Allgemeinheit (subjektbezogenes Rechtsschutzinteresse) (BGE 146 I 145 E. 4.4). **2 P**

Zum aktbezogenen Rechtsschutzinteresse: Es muss dargelegt werden, dass die Mitglieder des Verbandes der Schweizerischen Golfplätze in ihrer Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV betroffen sind. Zudem können sich die Golfclubs darauf berufen, dass Art. 5d Abs. 1 lit. b Ziff. 1 Covid-19-V beson-

dere Lage gerade ihre Interessen zu schützen bezweckt, weshalb ihre Rechte durch die unzutreffende Information auch deshalb betroffen sind. Das Bundesgericht anerkennt, dass sich die betroffenen Rechte auch aus dem Gesetz ergeben können. **(2 P)**

Die Mitglieder der einzelnen Golfclubs sodann könnten sich allenfalls auf die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV berufen sowie darauf, dass Art. 5d Abs. 1 lit. b Ziff. 1 Covid-19-V ebenfalls ihre Interessen schützt. **(1/2 ZP)**

Zum subjektbezogenen Rechtsschutzinteresse: Was sodann das subjektbezogene Rechtsschutzinteresse angeht, so lässt sich auch diesbezüglich begründen, dass bei einer Schliessung der Golfplätze die Golfclubs mehr als die Allgemeinheit betroffen sind, weil diese die Golfplätze betreiben und diese nun schliessen müssen. Insofern besteht auch ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse im Sinn von Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 25a VwVG. **(max. 2 P)**

Fraglich ist immerhin, ob hier nicht die *Subsidiarität* von Art. 25a VwVG entgegengehalten werden kann. Diese Frage stellt sich dann, wenn die Behörde grundsätzlich eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG erlassen könnte. Das ist hier nicht der Fall, da *Informationen nie eine Verfügung* im Sinn von Art. 5 VwVG darstellen. Zudem kann auch angefügt werden, dass Art. 5d Abs. 1 Covid-19-V besondere Lage *unmittelbar anwendbar ist*, somit die Betriebe nicht erst zu schliessen sind, wenn eine individuell, an den konkreten Betrieb gerichtete Verfügung ergeht, sondern unmittelbar nach Inkraftsetzung der Verordnung. **(max. 3 P)**

Der Schweizerische Verband der Golfclubs wäre zudem gestützt auf sein „*egoistisches Verbandsbeschwerderecht*“ als Verband für seine Mitglieder (im Sinne einer Prozessstandschaft) berechtigt, das Gesuch um Erlass einer Verfügung über einen Realakt zu stellen, sofern er *statutarisch* dazu ermächtigt ist, Rechtsmittel zugunsten der Mitglieder zu ergreifen. Dass eine *grosse Anzahl* der Mitglieder durch die Information betroffen ist, steht ausser Frage, weil es sich um eine gesamtschweizerische Massnahme handelt. **(2 P)**

Antrag: Materiell wäre der Antrag auf Unterlassung und Änderung der entsprechenden Informationen auf der Webseite des BASPO (FAQ) zu fordern (Art. 25a Abs. 1 lit. a VwVG). Dazu wäre darzulegen, dass die dortigen Ausführungen falsch bzw. widerrechtlich sind und gegen Art. 5d Abs. 2 lit. b Ziff. 1 Covid-19-V besondere Lage sowie gegen die Grundrechte, namentlich gegen die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV verstossen. **(3 P)**

### **Frage 3 (10 P + ZP):**

Es kann bereits vor dem BASPO der Erlass von vorsorglichen Massnahmen verlangt werden. Diese sind im Gesetz nicht geregelt, ergeben sich jedoch aus dem materiellen Recht, dessen Durchsetzung gefährdet ist. Es müssen überzeugende Gründe vorliegen, die Massnahme muss sich gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip aufdrängen und es muss zeitliche und sachliche Dringlichkeit vorliegen. Schliesslich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. **(Max. 5 P)**

Der Eingriff einer vollständigen Schliessung der Golfanlagen wiegt schwer und bringt einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil (die Öffnung kann nicht nachgeholt werden). Zudem ist damit zu rechnen, dass auf den 1. März eine Lockerung kommt, womit für die Betreiber der Golfanlagen ein erheblicher Aufwand entsteht, wenn sie zunächst schliessen müssen und in ein paar Wochen wieder öffnen können. Die Betreiber der Golfplätze können mit dem Erlass von vorsorglichen Massnahmen erreichen, dass sie diese während der Dauer des Verfahrens noch offen halten könnten. Es wären

auch Mittellösungen denkbar, indem z.B. die Anzahl Spielerinnen und Spieler eingeschränkt würden. Für die Golfclubs kann jedenfalls die sachliche und zeitliche Dringlichkeit bejaht werden. Die Interessen an der Schliessung scheinen zudem nicht als sehr gewichtig, wenn das BASPO die Offenhaltung zunächst tolerierte und erst am 13. Januar 2021 zu Schluss kommt, Golfplätze müssten nun auch geschlossen werden. Eine umgehende Schliessung drängt sich mit anderen Worten auch deshalb nicht auf, weil es sich bei genauerem Hinsehen einzig um eine Praxisänderung des BASPO handelt. **(Wenn zu allen Voraussetzungen ein gutes Argument vorgebracht wird: max. 5 P; besonders überzeugende Argumentationen sollen ZP erhalten)**

#### **Frage 4 (10 P):**

Zuständige für die Beurteilung einer Beschwerde ist das Bundesverwaltungsgericht (Art. 33 lit. d VGG). **(1 P)**

Die Abweisung der vorsorgl. Massnahme bildet eine Zwischenverfügung im Sinn von Art. 46 VwVG. Dementsprechend muss geltend gemacht werden können, dass ein nicht wieder gut zu machender Nachteil eintritt, wenn die Abweisung der vorsorgl. Massnahme bestehen bleibt (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG). Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG spielt eher keine Rolle bei der Anfechtung von vorsorglichen Massnahmen. Der nicht wieder gut zu machende Nachteil kann aber bejaht werden, weil – wie erwähnt – die Öffnung der Golfplätze für diese Zeit nicht nachgeholt werden kann. **(4 P)**.

Es gelten keine Gerichtsferien (Art. 22a Abs. 2 VwVG) **(1 P)**.

Ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts kann an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Wiederum ist zu beachten, dass es um eine Zwischenverfügung geht und deshalb auch vor Bundesgericht der nicht wieder gut zu machende Nachteil begründet werden muss (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Sodann kann vor Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG) mit der entsprechenden Rügepflicht (Rügeprinzip gilt; Art. 106 Abs. 2 BGG). Es gelten ebenfalls keine Gerichtsferien (Art. 46 Abs. 2 BGG). **(max. 4 P)**

#### **Frage 5 (10 P + ZP)**

Es steht die Rechtsverweigerungsbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 46a VwVG). Die Beschwerde ist grundsätzlich an keine Voraussetzungen gebunden, ausser, dass für den Erlass einer Verfügung abgemahnt werden muss. Im konkreten Fall empfiehlt sich dieses Vorgehen ebenfalls, damit Klarheit besteht, dass das BASPO tatsächlich das Recht verweigert. Es ist zu beachten, dass bei ausdrücklicher Verweigerung das Einhalten einer 30-tägigen Frist verlangt wird. Sicherheitshalber wäre der Fristbeginn ab dem Telefonat zu bestimmen, jedenfalls sofern kein weiteres Schreiben mit der ausdrücklichen Rechtsverweigerung erfolgt. **(4 P)** Dass man sich auf dem Rechtsmittelweg grundsätzlich dagegen wehren kann, wenn die Verwaltungsbehörde das Recht verweigert, ist in rechtsstaatlicher Hinsicht unabdingbar und wird auch durch Art. 29 Abs. 1 BV garantiert. Der Nachteil der Rechtsverweigerungsbeschwerde besteht darin, dass man nur beantragen kann, dass die Verwaltungsbehörde anzuweisen sei, eine Verfügung zu erlassen, die Verfügung somit zuerst noch zu erlassen ist und dagegen allenfalls erneut ein Rechtsmittel ergriffen werden muss. Dies kostet Zeit und Geld **(max. 3 P; ZP, wenn gute Argumente kommen)**

Weiter steht die Aufsichtsbeschwerde gemäss Art. 71 VwVG zur Verfügung. Diese ist an keine Voraussetzungen gebunden, was gleichzeitig als Vorteil gewertet werden kann. Der Nachteil ist, dass man keine Parteistellung hat. **(3 P; ZP für gute Argumentation).**