

PRÜFUNG ÖFFENTLICHES RECHT II VOM 19. JUNI 2015

Lösungsschema mit Punkteverteilung

Frage 1 (26 Punkte)

- a) Die Vorschriften stellen Rechtshandeln der Behörde resp. zeitigen (verbindliche) Rechtswirkungen und stützen sich auf öffentliches Recht des Kantons (1). Zu prüfen ist die Abgrenzung zwischen Erlass (hier: Verordnung) und Allgemeinverfügung (1).
- Vorliegend richten sich die Vorschriften an einen offenen Adressatenkreis, sind also generell (1).
 - Fraglich ist, ob die Vorschriften ein konkretes Ereignis (Allgemeinverfügung) oder – zeitlich befristet (vgl. § 12) – eine abstrakte Sachlage (Erlass) regeln (2). Vertretbar ist beides. Zweifel an Allgemeinverfügung: Die Polizeivorschriften scheinen nun alle zukünftigen "Fasnachten" zu betreffen. Aus § 12 wird jedoch nicht klar, ob die Vorschriften nur bei der nächsten Fasnacht gelten - oder dann tatsächlich jedes Jahr "on-and-off" (Analogie zu Banntag BL, BGE 126 II 300 ff.; bis 2 Zusatzpunkte für sehr gute Begründung).
- b) Vorliegend stehen sich zwei private Vereine gegenüber, was grundsätzlich für die Anwendung von Privatrecht spricht (1). Zu prüfen ist aber, ob dem Comité eine Verwaltungsaufgabe übertragen worden ist (1). Dies könnte damit begründet werden, dass das Comité vom Staat die Befugnis erhält, eine kulturelle Veranstaltung im Interesse des Kantons (Fasnacht) durchzuführen (1) und/oder die Befugnis erhält, für eine bestimmte Dauer den öffentlichen Grund zu verwalten (1). Indizien für die Übertragung einer Verwaltungsaufgabe sind auch die Möglichkeit des Comité, über (bedingte) Grundrechtsansprüche (Meinungsäusserungs-, Kunst-, Versammlungsfreiheit) anderer Privater zu befinden (1; diese Frage kann auch unter c. ausführlicher behandelt/bewertet werden). Dies spricht dafür, dass das Comité gegenüber der Wagenclique einseitig und hoheitlich auftritt und die Verweigerung der Zulassung eine Verfügung darstellt (1; bis 2 Zusatzpunkte für sehr gute Begründung). Das Comité erscheint grundrechtsgebunden (1; diese Frage kann auch unter c. ausführlicher behandelt/bewertet werden). Möglich ist auch die These, dass es sich bei der Fasnacht um einen "privaten" Anlass des Comité handelt.

- c) Geht man von der Grundrechtsbindung des Comités (und damit von Masstäben öffentlich-rechtlichen Handelns) aus, so erscheinen folgende Aspekte problematisch:

Die Verweigerung der Teilnahme am Cortège beschränkt die Meinungsäusserungs-, Kunst-, Versammlungsfreiheit der Wagenclique (1). Das Befahren des öffentlichen Grundes mit einem Wagen dürfte als gesteigerter Gemeingebrauch qualifiziert werden, auf den die vorgenannten Grundrechte einen bedingten Anspruch vorsehen (1). Gesteigerter Gemeingebrauch lässt sich damit begründen, dass entweder der Fasnachtswagen auf der Strasse nicht bestimmungsgemäss erscheint, oder – wenn man Bestimmungsgemässheit annimmt – die Nutzung nicht gemeinverträglich ist, was sich aus der Notwendigkeit einer Begrenzung auf 120 Wagen ergibt (2).

Die entsprechende Einschränkung stützt sich auf eine gesetzliche Grundlage (Polizeivorschriften) und liegt aufgrund beschränkter Kapazitäten und/oder der ordnungsgemässen Durchführung im öffentlichen Interesse (1). Heikel ist aber, dass

- die Grundrechte allenfalls wegen einer bestimmten Ausrichtung der Meinung eingeschränkt werden (1),
- die Begründung unter diesem Gesichtswinkel ungenügend erscheint und damit das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verletzt (1),
- die Verfügung allenfalls unter Verletzung eines offensichtlichen Ausstandsgrundes gefällt wurde, was den Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV verletzt (1),
- und jeglicher Rechtsschutz ausgeschlossen sein soll, was unter Art. 29a BV kaum haltbar ist (1).

[Korrekturhinweis: 0-5 Punkte sind für Aufbau, Sprache, Gedankenführung und ergänzende Gesichtspunkte zu vergeben.]

[Korrekturhinweis: Soweit man bei Frage b das Verhältnis dem Privatrecht zugeordnet hat, müsste konsequenterweise die Frage vor allem unter dem Blickwinkel der Drittwirkung beurteilt und bewertet werden.]

Frage 2 (7 Punkte)

Die Frage ist, ob der neue Entscheid eine *Praxisänderung* darstellt (1). In der Regel spricht man bei einem einzelnen Entscheid noch nicht von einer eigentlichen "Praxis" (1).

[Alternativ, mit bis zu 3 Teilpunkten bewertet: Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Praxisänderung diskutieren:

- ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis;
- Änderung muss in grundsätzlicher Weise erfolgen (,woran es im vorliegenden Fall mangelt);
- Interesse an richtiger Rechtsanwendung überwiegt jenes an der Rechtssicherheit;
- Praxisänderung darf nicht gegen Treu und Glauben verstossen.]

Zu überlegen ist aber grundsätzlich, ob der unveröffentlichte Bundesgerichtsentscheid bei Automobilistinnen und Automobilisten ein *schützenswertes Vertrauen* (Art. 9 BV) auslöst oder nicht, er also eine taugliche Vertrauensgrundlage darstellt (1). Wenn ja kann argumentiert werden, dass X. im Vertrauen auf diesen Entscheid mehr getrunken hat und damit adäquat-kausal eine für ihn nachteilige Disposition getroffen hat (1). Gegen den Vertrauensschutz spricht, dass X. wohl ohnehin zu viel getrunken hatte ("... höhere Busse ..."), also sich ohnehin ein unerlaubtes Verhalten hat zuschulden kommen lassen (1).

Bejaht man einen Anspruch auf Vertrauensschutz (oder wendet man die Grundsätze einer Praxisänderung an), liegt als Rechtsfolge nahe, dass in diesem ersten Entscheid noch nicht die neue Berechnung zur Anwendung kommt (1).

Nicht beurteilt werden kann vorliegend, ob der neue strengere Massstab des Bundesgerichts sachlich gerechtfertigt ist (bei Praxisänderung) bzw. das Vertrauen von X. überwiegt (1).

Vgl. BGE 140 II 334 ff.