
Klausur „Öffentliches Recht II“ (Bachelor und Lizentiat II)

9. Januar 2012

Lösungsskizze

Vorbemerkungen:

Dies ist eine Lösungsskizze, nicht eine Musterlösung.

Die Aufgabenstellung ist zum Teil inspiriert durch: BGE 132 I 256; BGE 103 Ia 310; BGE 128 I 167; BGE 136 I 87.

Die maximale Punktzahl konnte auch mit Antworten erzielt werden, die weniger umfangreich sind als die nachstehenden Erläuterungen.

Aufgabe 1: Ist die Beschwerdelegitimation des Ö. bzw. des BgR im Verfahren vor Bundesgericht zu bejahen? Gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen? [Eine kurze Begründung genügt.] 4 Punkte

Allgemeine Überlegungen (vgl. H/M/U¹, N. 1943 ff. i.V.m. 1766 ff.).

Als **Rechtsmittel** kommt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zum Zug (kein Ausschlussgrund gemäss Art. 83 ff. BGG ersichtlich).

Massgeblich ist **Art. 89 BGG**.

Kriterien gemäss Abs. 1 (kumulativ):

- a) Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz;
- b) durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist; und
- c) ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat.

Zudem erforderlich: **Partei- und Prozessfähigkeit**.

Beschwerdelegitimation des Ö. (=natürliche Person):

Zu a): Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz gemäss Sachverhalt gegeben.

¹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010.

Zu b): Ö. ist als Adressat des vorinstanzlichen Entscheids (Gesuchsteller und Beschwerdeführer) besonders berührt.

Zu c) (schutzwürdiges Interesse an Aufhebung oder Änderung): Angesichts der Zeitverhältnisse ist fraglich, ob ein *aktuelles* Interesse besteht (Bundesgerichts-Urteil dürfte zu spät ergehen.) Das Bundesgericht tritt indes regelmässig ein (d.h. bejaht das schutzwürdige Interesse), wenn die Frage sich wieder stellen könnte und aufgrund der (Zeit-)Umstände gewöhnlich kein rechtzeitiger Entscheid möglich ist.

Dass Ö. **Ausländer** ist, führt nicht zu einer anderen Beurteilung der Partei- und Prozessfähigkeit. Die Beschwerdelegitimation des Ö. ist **zu bejahen**.

Beschwerdelegitimation des BgR:

Die Voraussetzungen a.–c. (siehe bei Ö.) gelten auch beim BgR und sind hier erfüllt. Besonderheit: Es ist gemäss Sachverhalt nicht restlos klar, ob es sich beim Bündnis um eine juristische Person handelt oder lediglich um einen losen Zusammenschluss (ggf. einfache Gesellschaft).

Die Vorinstanz ist auf die Beschwerde des BgR eingetreten = Indiz dafür, dass es sich um eine juristische Person handeln dürfte.

[Hinweis: Viele Lösungen enthielten Ausführungen zur Verbandsbeschwerde. Da jedoch aus dem Sachverhalt klar hervorgeht, dass das BgR im eigenen Namen und Interesse die Bewilligung verlangt und anfecht, wurden dafür keine Punkte verteilt.]

Aufgabe 2: Welche materiellen Rechtsfragen stellen sich? Wie sind sie zu beantworten? 18 Punkte

Wie soll das Bundesgericht entscheiden?

[Gehen Sie hier – unabhängig vom Ergebnis bei Aufgabe 1 – davon aus, dass die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und die nötigen Rügen erhoben wurden. Es sollen alle relevanten Rechtsfragen erörtert werden; dies unabhängig davon, zu welchem Ergebnis Sie bei den einzelnen Prüfschritten gelangen.]

[Hinweis: Allgemeine Ausführungen zu den Themen Gemeindeautonomie bzw. Ermessen wurden nicht bepunktet.]

Das Gesuch wurde in wesentlichen Punkten gutgeheissen: Die Nutzung des Schlachtfeld-Parks, soweit gemeindeeigen, wurde gestattet (wenn auch zeitlich begrenzt). Im Streit sind somit einzig eine örtliche und eine zeitliche Limitierung; zu beurteilen sind einzig diese beiden Beschränkungen. (4 von 18)

Rechtliche Qualifizierung der örtlichen und der zeitlichen Limitierung:

- *zeitliche Limitierung* = **Befristung** (kann als „Nebenbestimmung“ eingestuft werden; vgl. H/M/U, N. 903 ff., mit kritischen Hinweisen zum Begriff);

- *örtliche Limitierung* (eigentlich: Differenz zwischen Inhalt des Gesuchs und Inhalt der Verfügung) = Festlegung des Inhalts der Verfügung, d.h. *nicht* eine blosse Nebenbestimmung (im üblichen Sinn), insbesondere nicht eine Bedingung (vgl. H/M/U, N. 907);

[Im vorliegenden Fall ergeben sich aus der Qualifizierung keine weiteren Konsequenzen.]

Örtliche Limitierung:

Besonderheit: Es geht um die Nutzung von Grund und Boden, welcher nicht im Eigentum der Gesuchsteller oder der Gemeinde, sondern im Eigentum eines Dritten (oder mehrerer Dritter) steht. (4,5 von 18)

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV; vgl. auch Art. 11 EMRK), gegebenenfalls in Verbindung mit dem Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV; vgl. auch Art. 10 EMRK), vermittelt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung einen – bedingten – Anspruch auf Nutzung von *öffentlichem* Grund und Boden (inkl. gesteigerter Gemeingebrauch).

Können die Beschwerdeführer aus dem Grundrecht auch einen Anspruch auf Nutzung von **in Privateigentum** stehendem Grund und Boden ableiten?

- im Sinne einer unmittelbaren (direkten) Drittwirkung?
Die genannten Grundrechte entfalten nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine solche Wirkung.
- Zugänglichkeit des privaten Teils *seit unvordenklichen Zeiten*? Aufgrund einer (impliziten) *Widmung*, durch welche Privateigentum (ohne dass es dem Eigentümer entzogen wird) zu *öffentlichem* Grund und Boden wird? Eröffnet sich damit auch die Möglichkeit der *Nutzung* in Form gesteigerter Gemeingebrauchs? Besteht darauf *Anspruch*?

Das Bundesgericht anerkennt in der Tat unter Umständen einen derartigen Anspruch als Teilgehalt der Versammlungs- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit (vgl. BGE 127 I 164, E. 5.b; vgl. auch H/M/U, N. 2357).

[Hilfsweise kann u.U. gestützt auf Art. 35 Abs. 3 BV argumentiert werden (ZP)].

Nur: Auch wenn ein solcher Anspruch hier bestehen sollte, so ist er lediglich *bedingt*, d.h. *einschränkbar*. (4,5 von 18)

Es kommen die **Kriterien gemäss Art. 36 BV** zur Anwendung.

Rechtliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV):

Eine solche besteht in Gestalt von § 5 des (zuständigkeitsgemäss erlassenen) Ortspolizeireglements (OPR). Regelungsstufe: formelles Gesetz (erlassen von der Gemeindeversammlung = Versammlung der Stimmberechtigten).

Normbestimmtheit: Nach heutigen bundesgerichtlichen Massstäben wohl ausreichend. [Somit kann offen bleiben, ob (wie das Bundesgericht annimmt) auch die blosse Sachherrschaft der öffentlichen Hand (hier zudem unter den speziellen Umständen einer privaten Eigentümerschaft) genügt.]

Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV):

Das Motiv wird im Sachverhalt nicht genannt. In Betracht kommen könnten beispielsweise: Vermeidung von Komplikationen (angesichts des Umstands, dass es um Privateigentum geht); Schonung des privaten Eigentümers (Grundrechte Dritter).

Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV): Lässt sich aufgrund der Angaben im Sachverhalt nicht abschliessend beurteilen.

[Es wurde erwartet, dass die Kandidat/inn/en einige Überlegungen zu möglicherweise relevanten Gesichtspunkten anstellen.]

- Eignung (gemessen am verfolgten öffentlichen Interesse; siehe oben): ... [wird vom Bundesgericht gewöhnlich grosszügig bejaht].
- Erforderlichkeit: ... [z.B.: Absperrung beim Aufbauplatz des Feuerwerks; keine mildere Massnahme, um das Privateigentum vor Schäden durch gewaltbereite Gruppen zu schützen, als das Fest dort nicht zuzulassen.]
- Zumutbarkeit: ... [z.B.: Die Gesuchsteller werden zwar platzmässig beschränkt, können ihre Veranstaltung jedoch durchführen.]

Schlussfolgerung zur Verhältnismässigkeit: ... [wohl eher zu bejahen].

Dass grundrechtliche *Kerngehalte* angetastet würden (Art. 36 Abs. 4 BV), ist nicht ersichtlich (zumal der Anlass grundsätzlich bewilligt wurde).

Fazit: Selbst wenn man einen bedingten Anspruch auf Nutzung des in Privateigentum stehenden Grund und Bodens bejaht, ist die örtliche Limitierung wohl nicht als unrechtmässig einzustufen.

Zeitliche Limitierung:

(5 von 18)

Es besteht ein bedingter Anspruch auf Nutzung von öffentlichem Grund und Boden (siehe oben). Dieser wird hier durch einen staatlichen Akt eingeschränkt. Bei der *zeitlichen* Limitierung spielt auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) hinein, die ebenfalls einen bedingten Nutzungsanspruch vermittelt.

Rechtliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV): wie oben [nur einmal bepunktet].

Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV):

Mögliche Motive: ... [z.B. ungestörte Vorbereitung des Feuerwerks (Gefahrenabwehr); Konkurrenzierung des Feuerwerks verhindern].

Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV): ... [Die Beurteilung ist abhängig vom Motiv (Bezugsgrösse) und gestützt auf die Angaben im Sachverhalt nicht abschliessend möglich. Es wurde erwartet, dass die Kandidat/inn/en einige Überlegungen zu möglicherweise relevanten Gesichtspunkten anstellen.]

- Eignung: ... [wohl mit Blick auf beide Motive grundsätzlich zu bejahen]
- Erforderlichkeit: *Zeitlich* weniger einschneidende Massnahmen sind denkbar; ob sie auch **gleich gut geeignet** wären, um die Gefahren einzudämmen, lässt sich gestützt auf die Angaben im Sachverhalt nicht abschliessend beurteilen.

- Zumutbarkeit: Die Gesuchsteller werden zwar platzmässig beschränkt, können ihre Veranstaltung jedoch durchführen.

Unantastbare grundrechtliche Kerngehalte (Art. 36 Abs. 4 BV) sind nicht im Spiel (siehe oben).

Fazit: Das Bundesgericht hat die Beschwerden abzuweisen (bzw. – bei anderer Beurteilung von Einzelaspekten, insb. in der Frage der Verhältnismässigkeit – ggf. teilweise gutzuheissen).

Aufgabe 3: Ändert sich die rechtliche Beurteilung aus Sicht des Bundesgerichts und, wenn ja, inwiefern: (8 Punkte)

[Gehen Sie bei den Aufgaben 3.a. und 3.b. davon aus, dass das kantonale Verwaltungsgericht das Vorgehen des Gemeinderates von G. nicht beanstandet hat. Die Antwort soll sich auf die Erörterung der für den Vergleich (mit Aufgabe 2) relevanten Punkte beschränken.]

[**Hinweis:** Die Aufgabenstellung verlangt einen **Vergleich:** Was ist in welchem Punkt warum anders?]

- a. im Fall der Variante a. (Titel der Veranstaltung)? 4 Punkte

In der Titelgebung kann man eine Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) erblicken.

Das Verbot, den frei gewählten Titel zu verwenden, sowie die Vorgaben betreffend Titelgebung, bedürfen als schwer wiegende Grundrechtseingriffe einer klaren gesetzlichen Grundlage.

Eine solche ist nicht ersichtlich.

- § 5 OPR genügt zwar für die Abstützung der Bewilligungspflicht, nicht aber für Einschränkungen bei der Titelgebung.
- Eine unmittelbar drohende oder eingetretene schwere Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist nicht ersichtlich, so dass die Anrufung der polizeilichen Generalklausel nicht in Betracht fällt (weshalb nicht geprüft werden muss, inwieweit sich der Gemeinderat auf § 9 PolG abstützen könnte oder eine entsprechende kommunale Norm bereit stünde).
- § 42 KV kommt nicht in Betracht (Zuständigkeit Regierungsrat).

Fazit: Die Meinungsäusserungsfreiheit ist schon aus diesem Grund verletzt.

Das Bundesgericht wird die Beschwerde in diesem Punkt gutheissen.

[Auf die Beurteilung der übrigen Punkte hat die Variante a. keine Auswirkungen; daher grundsätzlich keine Punkte für Bemerkungen zu Fragen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.]

- b. im Fall der Variante b. (ortsansässige Person als Ansprechperson)? 4 Punkte

Es ist zu differenzieren zwischen Ö. und dem BgR:

1. Im Falle von **Ö.** ist die Abweisung des Gesuchs zu beurteilen, die – so ist anzunehmen – erfolgte, weil man ihn wegen der Herkunft (kein Einheimischer) bzw. Nationalität (kein Schweizer) nicht als Ansprechperson (Verantwortlichen) akzeptieren wollte.
2. Im Falle des **BgR** ist die (belastende) Auflage zu beurteilen, wonach eine ortsansässige Person als verantwortliche Ansprechperson zu bezeichnen ist.

Zu 1.

Aus der Sicht von **Ö.** stellt sich die Frage, ob Art. 8 BV (Abs. 1, eventuell Abs. 2) verletzt ist.

Eine Ungleichbehandlung wegen der Herkunft bzw. Nationalität verstösst gegen das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot, wenn dafür kein vernünftiger, sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist. Die Herkunft bzw. Nationalität ist vorliegend kein sachgerechtes Kriterium für die Erteilung der Bewilligung zur Durchführung einer Veranstaltung der vorliegenden Art. Es ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, bei der Vergabe des öffentlichen Grundes schematisch auf Herkunft bzw. Nationalität abzustellen.

Ob der schematische Ausschluss der Auswärtigen eine eigentliche Herabwürdigung bedeutet, ist fraglich und wohl zu verneinen, weshalb Art. 8 Abs. 2 BV nicht verletzt sein dürfte.

Fazit: Die Bundesverfassung ist verletzt. Das Bundesgericht wird die Beschwerde des Ö. in diesem Punkt gutheissen.

Auf die Beurteilung der übrigen Punkte hat die Variante b. keine Auswirkungen.

Zu 2.

Im Falle des **BgR** können (neben Art. 8 Abs. 1 BV) Art. 22 BV (Versammlungsfreiheit) und Art. 23 BV (Vereinigungsfreiheit) ins Feld geführt werden. Beide Grundrechte sind einschlägig (Freiheit in Bezug auf die Art und Weise, wie/von wem eine Versammlung organisiert wird; Freiheit in Bezug auf die Art und Weise, wie/von wem Vereinsaktivitäten organisiert werden). Auf beide Grundrechte kann sich der BgR eigenständig berufen, sofern als juristische Person konstituiert (siehe oben). [Anders noch das Bundesgericht unter der BV 1874 bei der Vereinigungsfreiheit: Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen verneint.]

Als nicht bloss leicht wiegende Grundrechtsbeeinträchtigung bedarf der Eingriff in die Freiheit, sich nach eigenem Gutdünken zu organisieren, einer klaren gesetzlichen Grundlage. Eine solche ist nicht ersichtlich. § 5 OPR genügt nicht.

Fazit: Die Bundesverfassung ist verletzt. Das Bundesgericht wird die Beschwerde des BgR in diesem Punkt gutheissen.

Auf die Beurteilung der übrigen Punkte hat die Variante b. keine Auswirkungen.

Aufgabe 4: Verletzt der Kanton K. Bundesrecht, wenn er gegen Notmassnahmen des Regierungsrates kein Rechtsmittel an eine kantonale Instanz vorsieht? 9 Punkte

[**Hinweise zur Bewertung:** Die Fragestellung lautet **allgemein**, ob gegen Notmassnahmen (Plural) ein Rechtsmittel vorgesehen sein muss. Die Qualifikation des RRB war für die Antwort *nicht* nötig. Für gute Ausführungen zu dessen Qualifikation max. 1 ZP. Gemäss Sachverhalt fehlte dem RRB eine Rechtsmittelbelehrung. Es wurde jedoch **nicht** danach gefragt, ob der Regierungsrat damit eine Rechtsverletzung begangen hat. Entsprechende Ausführungen werden **nicht bepunktet**. Ebenfalls keine Punkte wurden für Ausführungen zur richterlichen Unabhängigkeit, zur Kognition des Bundesgerichts, zur kantonalen Kompetenz betreffend Ausgestaltung der Gerichtsinstanzen oder zur Übergangsfrist nach Art. 130 BGG verteilt. Nicht bepunktet wurde hier zudem die Prüfung der Notstandsvoraussetzungen (soweit möglich jedoch im Rahmen der Aufgabe 5 berücksichtigt).]

Ein Verstoß gegen Bundesrecht ist dann zu bejahen, wenn und soweit (3 von 9)

- das Bundesrecht eine einschlägige, durch die Kantone einzulösende Rechtsweggarantie statuiert und
- keine Ausnahme greift.

Bundesrechtliche Vorgaben betreffend den Rechtsweg werden statuiert durch:

- Art. 29a BV (Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde bei Rechtsstreitigkeiten).
- Art. 86 BGG (Vorgabe an die Kantone, als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts obere Gerichte einzusetzen; für Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter kann eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts eingesetzt werden).

[Hinweis: Man kann sich fragen, ob die Garantien der EMRK unter den Begriff „Bundesrecht“ fallen (wenn man von der Terminologie des Art. 95 BGG ausgeht: nicht). Art. 6 EMRK greift allerdings ohnehin nicht, da es hier weder um Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen noch um eine strafrechtliche Anklage geht. Und Art. 13 EMRK verlangt zwar eine wirksame Beschwerde, die aber aus EMRK-Sicht nicht unbedingt vom Kanton bereitgestellt werden muss (und hier in Form eines Rechtsmittels auf Bundesebene gegeben wäre).]

Weder aus Art. 29a BV noch aus Art. 86 BGG ergibt sich für die Kantone eine (1 von 9)
Pflicht, gegen **generell-abstrakte Akte** (Erlasse) ein Rechtsmittel vorzusehen.
Insoweit liegt kein Verstoß gegen Bundesrecht vor.

In Bezug auf **Einzelakte**: (5 von 9)

Art. 29a BV vermittelt bei **Rechtsstreitigkeiten** einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Als verfassungsmässiges Individualrecht will

die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV Rechtspositionen *Einzelner* verfahrensmässig schützen. Die Pflicht, ein Rechtsmittel an ein Gericht vorzusehen, besteht, wenn und soweit es um solche *individuumbezogene Streitigkeiten* geht (nicht jedoch, wenn und soweit es um blosser Organstreitigkeiten usw. geht).

Der kantonale Verzicht, ein Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen, ist trotz Rechtsweggarantie bundesrechtlich zulässig, wenn es sich um einen *gesetzlich* statuierten „*Ausnahmefall*“ handelt (insb. bei fehlender Justiziabilität).

- Ob der Ausschluss der richterlichen Beurteilung vorliegend durch die kantonale Gesetzgebung in hinreichend *klarer* Weise ausgeschlossen ist („durch Gesetz“), lässt sich gestützt auf die Angaben im Sachverhalt (wo keine Bestimmungen angeführt sind) nicht abschliessend beurteilen.
- Fehlende Justiziabilität kann man bei Notstandsmassnahmen im Sinne von § 42 KV wohl bejahen.

Die Vorgaben gemäss **Art. 86 Abs. 2 BGG** sind hier nicht eingehalten.

Es gilt zu prüfen, ob die **Ausnahme** gemäss **Art. 86 Abs. 3 BGG** greift.

Die Tragweite des Kriteriums „mit vorwiegend politischem Charakter“ ist nicht restlos geklärt. Als Anwendungsfälle werden insbesondere genannt: *actes de gouvernement* (z.B. Entscheidungen betreffend Massnahmen der inneren oder äusseren Sicherheit). Notstandsmassnahmen im Sinne von § 42 KV darf man wohl hierunter subsumieren.

Fazit: Man kann davon ausgehen, dass der Kanton Art. 86 Abs. 3 BGG respektiert, wenn er hier den Regierungsrat (als „andere Behörde“) als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzt.

Aufgabe 5: Beurteilung aus der Sicht des Bundesgerichts: (21 Punkte)

[Bei den Aufgaben 5.a. und 5.b. sollen alle relevanten Rechtsfragen erörtert werden, dies unabhängig davon, zu welchem Ergebnis Sie bei den einzelnen Prüfschritten gelangen.]

- a. Beruht das vom Regierungsrat ausgesprochene Verbot auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage? 6 Punkte

[**Hinweis:** Nachfolgend werden die kantonalrechtlichen Rechtsgrundlagen erörtert. Zu den bundesrechtlichen Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV (insbesondere Verhältnismässigkeit) siehe unter 5.b. Die Überlegungen zur Verhältnismässigkeit wurden nur einmal bepunktet.]

Charakterisierung des Verbots: Das Verbot betrifft eine unbestimmte Vielzahl von Personen und ist insofern generell; es betrifft indes örtlich lediglich das Gebiet von fünf Gemeinden und ist zeitlich auf vier Tage beschränkt, weshalb man sich fragen kann, ob es (noch) als abstrakt oder (doch eher) als konkret einzustufen ist. Die Qualifizierung ist für die weitere Beurteilung freilich nicht entscheidend, zumal die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowohl

gegen Einzelakte als auch gegen kantonale Erlasse offen steht (Art. 82 BGG).

Die Polizeihochheit liegt bei den Kantonen (Art. 3 BV; Art. 57 BV).

Der RRB stützt sich auf § 42 KV und auf § 9 PolG ab. Für die weiteren Überlegungen steht vorerst **§ 42 KV** im Zentrum, zumal hier, anders als in § 9 PolG, ausdrücklich der Regierungsrat als handelnde Behörde angesprochen wird.

Eine Massnahme findet dann in § 42 KV eine rechtliche Stütze, wenn die darin genannten Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind. [Hinweis: Keine Punkte für die Nennung der Voraussetzungen der Gesetzesdelegation].

Voraussetzungen gemäss § 42 KV:

- öffentliche Sicherheit schwerwiegend gestört oder unmittelbar bedroht;
- Regierungsrat als handelnde Behörde.

Das Erfordernis der zeitlichen Befristung (§ 42 KV, letzter Satz) schafft hier keine Probleme.

Bei der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen ist zu berücksichtigen:

- Bei der Anwendung von § 42 KV ist der zuständigen Behörde (RR) ein gewisser **Prognose- und Beurteilungsspielraum** zuzugestehen.
- Gemäss Sachverhalt wird das (3 Tage vor der Veranstaltung verhängte) Verbot begründet mit schlüssigen Hinweisen des Nachrichtendienstes des Bundes, wonach mit einem unbewilligten Aufmarsch rechtsradikaler Gruppierungen zu rechnen sei und eine Attacke auf das multikulturelle Parkfest in G. geplant sei.

Man wird dies als unmittelbar drohende Gefahr für die öffentliche Sicherheit genügen lassen.

Gehandelt hat der Regierungsrat selbst. Die Voraussetzungen gemäss § 42 KV sind erfüllt. Die Bestimmung bildet eine ausreichende Grundlage für die getroffene Massnahme.

Unter diesen Umständen braucht **§ 9 PolG** nicht näher untersucht zu werden.

[Wer nur § 9 PolG analysierte, konnte gleichwohl Punkte erlangen. Zu berücksichtigen ist, dass die Bestimmung zwar im Wesentlichen auf dieselben Kriterien (Voraussetzungen) abstellt wie § 42 KV, jedoch tendenziell etwas strenger formuliert („unaufschiebbar“) ist. § 9 PolG spricht zudem (bloss) die „Polizei“ an (nicht den Regierungsrat) und bezieht sich (bloss) auf den „Einzelfall“.]

- b. Ist das regierungsrätliche Verbot mit der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit (Art. 16 und Art. 22 BV) vereinbar? 12 Punkte

[Sie dürfen bei der Beantwortung dieser Frage davon ausgehen, dass die genannten Grundrechte berührt sind. Die Antwort soll sich mit anderen Worten auf die Frage beschränken, ob der Eingriff in diese Grundrechte (Verbot) zulässig ist.]

Rechtliche Grundlage und öffentliches Interesse

(4 von 12)

Die Zulässigkeit eines Eingriffs in die genannten Grundrechte beurteilt sich nach

Art. 36 BV (Einschränkung des „bedingten“ Nutzungsanspruchs).

Rechtliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV):

Es handelt sich um eine schwerwiegende Grundrechtseinschränkung, die an sich eine hinreichend klare formell-gesetzliche Grundlage („im Gesetz selbst“) erfordert. Art. 36 Abs. 1 BV macht eine Ausnahme in Fällen „ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr“ und anerkennt damit „Notstandsklauseln“ (bzw. die polizeiliche Generalklausel) vom Typus des § 42 KV (vgl. Aufgabe 5.a.). Dass die Gefahr ernst (schwerwiegend) und unmittelbar war, wurde bereits erörtert. Noch nicht erörtert wurde, ob die Gefahr „anders abwendbar“ war und ob die Voraussetzung der Voraussehbarkeit (vgl. BGE 130 I 381) erfüllt ist. [Diese Fragen hätte man allenfalls auch bereits im Rahmen von Aufgabe 5.a erörtern können; in der Sache geht es um die Verhältnismässigkeit; keine Doppel-Bepunktung.] Daran kann man berechtigterweise zweifeln:

- Die Kapazitäten des Polizeikorps wurden nicht ausgeschöpft.
- Es lag ein Angebot aus dem Nachbarkanton AG vor. Die Begründung, weshalb man dieses Angebot nicht in Anspruch nehmen wollte („Habsburger-Kanton“), vermag nicht zu überzeugen.

Schon an dieser Stelle könnte man zum Schluss gelangen, dass der Eingriff in die besagten Grundrechte nicht verfassungskonform war.

Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV):

Die Abwehr von (unmittelbar drohenden oder eingetretenen) Gefahren für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ist ein legitimes Anliegen, welches Einschränkungen von Grundrechten prinzipiell zu rechtfertigen vermag.

Verhältnismässigkeit und Kerngehalt

(8 von 12)

Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV):

[Es wurde erwartet, dass die Kandidat/inn/en einige Überlegungen zu möglicherweise relevanten Gesichtspunkten anstellen.]

Eignung: Das verhängte Verbot ist grundsätzlich geeignet, das erwähnte legitime Ziel zu erreichen.

Erforderlichkeit: Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann. Der Eingriff darf „in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als notwendig“ (so ausdrücklich BGE 126 I 112, 120).

- *räumlich und zeitlich:* ... [z.B.: auch an Tagen unmittelbar vor/nach dem Jahrestag kam es früher zu Aufmärschen; Absperrungen? usw.]
Die Massnahme liegt wohl innerhalb des den Behörden zuzugestehenden Prognose- und Beurteilungsspielraums (siehe oben).
- *sachlich:* Anstelle eines Verbots wären grundsätzlich auch weniger weit reichende Massnahmen denkbar, nämlich ... [z.B.: Auflagen; erhöhtes Polizeiaufgebot, Personenkontrollen usw.].

Entscheidend ist, ob diese alternativen Massnahmen (in einer *ex ante*-Betrachtung) ebenfalls als hinreichend *geeignet* eingestuft werden können. Dies lässt sich aufgrund der Angaben im Sachverhalt nicht abschliessend beurteilen.

- *persönlich*: Gemäss dem (im Verhältnismässigkeitsgrundsatz mitenthaltenen) Störerprinzip müssen polizeiliche Massnahmen sich gegen den Störer richten (vgl. H/M/U, N. 2488 ff.). Das generelle Verbot betrifft in erster Linie die bereits bewilligte Veranstaltung im Park: Einstufung der Organisatoren bzw. Teilnehmer der Veranstaltung als Störer? ...

Das Störerprinzip greift gemäss herrschender Lehre dann nicht, wenn ein Polizeinotstand besteht (vgl. H/M/U, N. 2520). Ob ein solcher hier vorliegt ist fraglich, da die polizeilichen Kapazitäten durchaus hätten erhöht werden können (siehe oben).

Es kommt hinzu, dass der Staat gemäss Art. 35 BV dazu verpflichtet ist, zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen (Abs. 2) und dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Abs. 3). Man kann daraus eine *Verpflichtung* ableiten, eine Veranstaltung gegen Angriffe Dritter zu schützen, soweit polizeiliche Mittel dazu prinzipiell zur Verfügung stehen.

Insgesamt sprechen viele Gründe dafür, dass im vorliegenden Fall unter den geschilderten Umständen die Erforderlichkeit des Verbots zu verneinen ist.

Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit): Die berührten Freiheitsinteressen sind gewichtig. Gewichtig sind indes auch die verfolgten öffentlichen (Schutz-) Interessen. Die Abwägung hängt sehr stark von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die aufgrund der Angaben im Sachverhalt nicht abschliessend bewertet und abgewogen werden können.

Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV): Der Kerngehalt der genannten Grundrechte wurde nicht angetastet (zeitlich und örtlich begrenztes Verbot).

[**Hinweis**: Für gut begründete gegenteilige Lösungen sind ebenfalls Punkte gutzuschreiben, bis hin zur maximalen Punktzahl. Keine Doppel-Bepunktung der Antworten zur Verhältnismässigkeit (vgl. Frage 5.a.). Angesichts der Aufgabe 5.c. keine Punkte hier für das Fazit (genannte Grundrechte wurden verletzt.)]

- c. Wie hat das Bundesgericht zu entscheiden (Begehren 1 und 2)?

3 Punkte

Begehren 1 (Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses):

Das Rechtsmittel der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt grundsätzlich auch reformatorische Entscheidungen zu. In der vorliegenden Konstellation erscheint ein kassatorischer Entscheid adäquat. Die angefochtene Massnahme (Verbot) verstösst gegen die genannten Grundrechte und ist aufzuheben. Dem Begehren ist stattzugeben.

[Hinweis: Für Überlegungen zur Problematik des (nicht bestehenden) aktuellen

Interesses bzw. der hier zu bejahenden Ausnahme: max. ½ ZP.]

Begehren 2 (Feststellung, wonach der Kanton K. für die ungedeckten Kosten des Ö. aufkommen müsse):

In der Sache geht es um die Frage der Entschädigung (Schadenersatz) für (widerrechtliches) Handeln einer kantonalen Behörde. Dies zu beurteilen ist zunächst Sache der dafür zuständigen **kantonalen** Behörden. Das laufende (Beschwerde-) Verfahren vor Bundesgericht ist dafür nicht das richtige Verfahren. Schon aus diesem Grund besteht im jetzigen Zeitpunkt kein Interesse an einer Feststellung durch das Bundesgericht. Das Bundesgericht hat in Bezug auf dieses Begehren einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Damit erübrigt es sich, hier näher zu untersuchen, ob die geltend gemachten Auslagen zu entschädigen sind.

Aufgabe 6: J. bzw. P. bitten Sie um rechtlichen Rat. Auf welche dieser Rechtsgrundlage(n) sollen J. bzw. P. ihr Gesuch am besten abstützen? Ist die Berufung auf weitere Rechtsgrundlagen ratsam? Wie beurteilen Sie die Erfolgsaussichten? 6 Punkte

Zu Informationsfreiheit und Medienfreiheit: (2 von 6)

Informationsfreiheit: Gemäss Art. 16 Abs. 3 BV besteht ein verfassungsmässiger (Informationszugangs-) Anspruch nur bei allgemein zugänglichen Quellen. Eine solche liegt hier nicht vor. (evtl. ZP)

Medienfreiheit: Gemäss neuester Rechtsprechung (BGE 137 I 8) verschafft die Medienfreiheit (Art. 17 BV) unter gewissen Umständen einen (bedingten) Anspruch auf Informationszugang (vgl. BGE 137 I 8, E. 2.5: Durchführung eines Fernsehinterviews in einer Strafanstalt). Der Anspruch kann gemäss Bundesgericht eingeschränkt werden (Art. 36 BV).

Gesetzliche Grundlage: Eine solche ist im Sachverhalt nicht ersichtlich. Nach allgemeiner Erfahrung darf aber davon ausgegangen werden, dass gesetzliche Vorschriften bestehen, welche die Geheimhaltung von Polizeiakten erlauben. Ein öffentliches (Geheimhaltungs-) Interesse besteht, da die Offenlegung der Polizeitaktik den Erfolg künftiger Polizeieinsätze (und damit den Schutz von Polizeigütern wie öffentliche Sicherheit usw.) gefährden kann. Die Anforderungen von Art. 36 Abs. 2 BV sind erfüllt.

Verhältnismässigkeit: Die Eignung des Mittels (Geheimhaltung) ist gegeben. Die Erforderlichkeit kann jedenfalls für aktuelle Einsatzbefehle bejaht werden. Auch die Zumutbarkeit (aus Sicht der Grundrechtsträger) ist zu bejahen, zumal die Medienberichterstattung und Journalistentätigkeit durch die Geheimhaltung des Einsatzbefehls kaum beeinträchtigt wird. Auch der Kerngehalt der Medienfreiheit ist nicht tangiert.

Weitere Rechtsgrundlagen: (3 von 6)

Anspruch auf Akteneinsicht (vgl. Art. 29 BV): Als Teilgehalt des verfassungs- (evtl. ZP)

mässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. als Inhalt gesetzlicher Regelungen gilt der Anspruch in erster Linie *innerhalb* von (Verwaltungs-) Verfahren. Ausserhalb von Verfahren besteht ein Akteneinsichtsrecht nur unter qualifizierten Voraussetzungen. Erforderlich ist ein spezifisches schutzwürdiges Interesse (vgl. H/M/U, N. 1690). Ein solches ist hier nicht ersichtlich. Selbst wenn man es hier bejahen würde, bliebe eine Interessenabwägung als wohl unüberwindliche Hürde.

Öffentlichkeitsprinzip: **Nicht** einschlägig ist hier das BGÖ! Die Kantonspolizei fällt nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes (Art. 2 BGÖ). Gemäss § 17 KV hat jede Person das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Ein schutzwürdiges Interesse muss nicht bestehen oder geltend gemacht werden. Wie schon bei der Medienfreiheit ausgeführt, besteht hier ein legitimes Geheimhaltungsinteresse. Dieses ist gewichtig und dürfte gegenüber den Zugangsinteressen Privater überwiegen, jedenfalls soweit es, wie hier, um aktuelle Einsatzbefehle geht.

Datenschutzgesetzgebung: Es kann von vornherein nur um die **kantonale** Datenschutzgesetzgebung gehen, da der Geltungsbereich des DSG auf Bundesorgane und Privatpersonen beschränkt ist und die Kantone nicht erfasst (nicht einmal dort wo sie Bundesrecht vollziehen). Die kantonale Datenschutzgesetzgebung vermittelt typischerweise (auch) Einsichtsrechte. Diese beziehen sich jedoch auf **Personendaten**, weshalb diese datenschutz-typischen Einsichtsrechte hier nicht weiterhelfen.

Berufung auf weitere Rechtsgrundlagen?

P. interessiert sich im Hinblick auf künftige Veranstaltungen/Versammlungen für den Einsatzbefehl. Die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) vermittelt indes keinen Anspruch auf Einsichtnahme. Was für die Datenschutzgesetzgebung gesagt wurde, gilt auch für den Einsichtsanspruch aus Art. 13 Abs. 2 BV.

[Evtl. ZP für hier nicht angeführte Antworten.]

Erfolgsaussichten:

(1 von 6)

Am ehesten verspricht wohl ein Vorgehen gestützt auf das (kantonale) Öffentlichkeitsprinzip Erfolg. Der Erfolg ist aber (auch hier) höchst unwahrscheinlich, da der Anspruch im Falle legitimer Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden kann. Solche überwiegenden Geheimhaltungsinteressen sind vorliegend zu bejahen. Ob ein Vorgehen (von J.) gestützt auf die Medienfreiheit Erfolg verspricht ist fraglich. Auch hier scheidet die Einsicht wohl spätestens an entgegenstehenden legitimen Geheimhaltungsinteressen.

Aufgabe 7: Wie beurteilen Sie die Chancen von P., eine gerichtliche Überprüfung des Einsatzbefehls für den 9. Juli erwirken zu können?

8 Punkte

[Die Antwort soll sich auf die Eintretensfrage beschränken.]

[Hinweis: Der Rechtsschutz in Angelegenheiten des kantonalen Verwaltungsrechts ist in erster Linie eine Angelegenheit der Kantone (vgl. Art. 191b Abs. 1 BV). Es geht daher hier nicht um ein Rechtsmittel des Bundes, sondern (mangels konkreter Hinweise auf die Rechtslage) um eine Beurteilung gestützt auf allgemeine Überlegungen zur *typischen* Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf kantonaler Ebene (vgl. H/M/U, N. 1904 ff.). Bei Argumentation direkt gestützt auf BGG, VGG, VwVG: keine Punkte.]

Eintretensvoraussetzungen (Sachurteilsvoraussetzungen) sind gewöhnlich (vgl. H/M/U, N. 1904 ff.): (2 von 8)

- taugliches Beschwerdeobjekt
- Zuständigkeit der angerufenen Instanz (beim Bundesgericht: Ausschöpfung des Instanzenzuges; Fehlen einer Ausnahme)
- Beschwerdegrund
- Beschwerderecht (Legitimation)
- Wahrung der Formalien

Das zentrale Problem ist hier offenkundig das Beschwerdeobjekt. Bei den meisten übrigen Voraussetzungen dürfte es nicht allzu schwer sein, sie zu erfüllen (Geltendmachen eines tauglichen Beschwerdegrunds, Wahrung der Formalien usw.). Fragen aufwerfen könnte allenfalls die Beschwerdelegitimation des P. Gewöhnlich besteht auch in den Kantonen keine Popularbeschwerde. Indessen: Ein virtuelles Betroffensein im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur abstrakten Normenkontrolle dürfte genügen und im Falle des P. wohl zu bejahen sein. Dies alles dürfte P. allerdings wenig nützen, da die gerichtliche Anfechtung mit grosser Wahrscheinlichkeit am fehlenden Beschwerdeobjekt scheitern wird.

Ist der Einsatzbefehl ein (typischerweise) taugliches **Beschwerdeobjekt**? (6 von 8)

Anfechtbar sind gewöhnlich Verfügungen (H/M/U, N. 1913, 1927), mitunter auch Erlasse (H/M/U, N. 1929). Auch wenn der Einsatzbefehl nicht im Wortlaut vorliegt, darf doch gestützt auf die Hinweise im Sachverhalt und auf allgemeine Überlegungen davon ausgegangen werden, dass der Einsatzbefehl von der Spitze der Kantonspolizei ausgeht und an die zuständigen untergeordneten Polizeiorgane gerichtet ist und den Charakter einer **generellen Dienstanweisung** (Anordnungen organisatorischer, personeller usw. Natur) aufweist (vgl. H/M/U, N. 123).

Generelle Dienstanweisungen (oder Verwaltungsverordnungen) gelten nach herrschender Rechtsprechung nicht als Rechtsquellen. Eine Regelung konkreter Verwaltungsrechtsverhältnisse zu einzelnen Privaten wird durch solche Dienstanweisungen nicht angestrebt. Es fehlt die für Verfügungen typische individuell-konkrete Struktur. Generelle Dienstanweisungen (Verwaltungsverordnungen) sind daher nach herrschender Rechtsprechung gerichtlich **nicht anfechtbar**.

Eine **Ausnahme** macht die Praxis dann, wenn eine generelle Dienstanweisung (oder Verwaltungsverordnung) für Private Aussenwirkungen zeitigt, d.h. sich wie eine Rechtsverordnung auf die Rechtsstellung Privater auswirkt (H/M/U, N. 129).

Gegenausnahme: Die Anfechtung der Dienstanweisung (oder Verwaltungsverordnung) ist ausgeschlossen, wenn es den Privaten möglich und zumutbar ist, gegen einen später in Anwendung der Dienstanweisung (oder Verwaltungsverordnung) ergangenen Einzelakt (Verfügung) gerichtlich vorzugehen. Ob eine Aussenwirkung hier gegeben ist, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Jedenfalls aber kann es P. zugemutet werden, abzuwarten, bis er gegebenenfalls durch eine sich auf einen polizeilichen Einsatzbefehl beziehende polizeiliche Einzelmassnahme erfasst wird. Auf entsprechenden Rechtsschutz hat er aufgrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) Anspruch.

Die Möglichkeit einer „abstrakten“ Anfechtung des Einsatzbefehls ist in Ermangelung eines tauglichen Beschwerdeobjekts zu verneinen. [Hinweis: In diesem Sinne hat das Bundesgericht in BGE 128 I 167 entschieden (Nicht-Eintreten).] Aus der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ergibt sich nichts anderes. Diese verpflichtet die Kantone (nur) zur Bereitstellung gerichtlichen Rechtsschutzes für „Rechtsstreitigkeiten“ individueller Natur. Eine allgemeine Verpflichtung, die Anfechtung von (als interne Weisung = Verwaltungsverordnung ergehenden) Polizei-Einsatzbefehlen ist damit nicht verbunden.

Die Chancen stehen (in Anbetracht der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts) schlecht.

[**Hinweis:** Nicht entscheidend ist, dass P. durch eine Indiskretion in den Besitz des Polizei-Einsatzbefehls gelangte. Für Abhandlungen zum Thema Feststellungsverfügung wurden keine Punkte verteilt.]

Aufgabe 8: Genügt § 32 des kantonalen Polizeigesetzes als gesetzliche Grundlage für die verdeckte Überwachung des Schlachtfeld-Parks mittels Filmaufnahmen? 8 Punkte

Charakterisierung der Massnahme (Grundrechtseingriff):

„Die Überwachung öffentlich zugänglichen Raumes und die Aufbewahrung von entsprechenden Bild- und Tonaufnahmen berührt die Garantien von Art. 13 Abs. 2 BV und von Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Es kann offenbleiben, ob hinsichtlich der allgemeinen Überwachung zudem Art. 10 Abs. 2 BV betroffen ist“ (so das Bundesgericht in BGE 136 I 87, E. 8.1).

Die verdeckte Überwachung von öffentlich zugänglichem Raum mit technischen Geräten kann erfolgen (vgl. BGE 136 I 87, E. 8.2):

- zum einen mittels eines laufenden Monitors (gewissermassen als Ersatz für Polizeiorgane vor Ort),

- zum andern dadurch, dass das überwachte Geschehen festgehalten wird und die Aufnahmen während einer gewissen Dauer aufbewahrt werden.

Gemäss Aufgabenstellung geht es um einen Unterfall der zweiten Konstellation (Filmaufnahmen).

Grundrechtseingriffe bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, die (wenn man von allfälligen kantonalen Vorgaben absieht) den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV genügen muss (sowie den Anforderungen gemäss EMRK – die gewöhnlich weniger streng sind und deshalb im Folgenden ausser Betracht bleiben.). Der Eingriff muss sich mithin auf einen generell-abstrakten und genügend bestimmten Rechtsetzungsakt stützen können; schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein.

Mit § 32 PolG liegt ein Rechtsetzungsakt der Stufe Gesetz vor. Die einzelnen Kriterien des § 32 PolG sind erfüllt.

- Beim Schlachtfeld-Park handelt es sich um einen allgemein zugänglichen Ort im Sinne des Gesetzes.
- Filmaufnahmen lassen sich unter den Begriff „Bildaufnahmen“ subsumieren („bewegte Bilder“).
- Die entsprechenden Kameras lassen sich als „technische Geräte“ einstufen.
- § 32 PolG erfasst ausdrücklich auch die verdeckte Überwachung.
- Die verdeckte Überwachung darf gemäss § 32 PolG zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Polizei erfolgen.

Wenn und soweit die Filmaufnahmen polizeilichen Zwecken dienen (Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit; Abwehr von Gefahren), sind Filmaufnahmen durch § 32 PolG gedeckt.

Einwand der (zu grossen) **Unbestimmtheit** von § 32 PolG: Das Bundesgericht hat kürzlich eine (Zürcher) Gesetzesnorm, die mit dem hier interessierenden § 32 PolG wörtlich übereinstimmt, wegen zu grosser Offenheit und Unbestimmtheit aufgehoben (BGE 136 I 87). Gemäss Bundesgericht fehlten in der Gesetzesbestimmung Kriterien, die eine Beurteilung der Verhältnismässigkeit der später zu treffenden Massnahmen erlauben (E. 8.3). Die Bedenken des Bundesgerichts betrafen in erster Linie die Möglichkeit, dass gestützt auf § 32 PolG ZH ohne Nennung von spezifischen Voraussetzungen, Schranken oder Schwerpunkten und ohne klare Zweckausrichtung praktisch das ganze Kantonsgebiet überwacht werden könnte.

Da es hier um einen *konkreten Einsatz* an einem *bestimmten* Ort zur Verfolgung *bestimmter* örtlich und zeitlich lokalisierbarer Ziele geht, greifen die allgemeinen bundesgerichtlichen Bedenken hier nicht zwingend. Man kann daher argumentieren, dass der hier zu beurteilende Sachverhalt (Überwachung des Schlachtfeld-Parks durch Filmaufnahmen) durch § 32 PolG abgedeckt ist (auch wenn die Bestimmung in anderer Hinsicht zu weit und offen formuliert sein mag). Eine Beur-

teilung eines derartigen Einzelfalls am Massstab der Verhältnismässigkeit erscheint prinzipiell möglich.

§ 32 PolG kann somit als gesetzliche Grundlage für die *hier konkret* zu beurteilende Massnahme herangezogen werden.

[**Hinweis:** Auch bei gegenteiliger Argumentation und Schlussfolgerung kann die volle Punktzahl erreicht werden.]

Aufgabe 9: Ist es nach den anerkannten Regeln und Grundsätzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts zulässig, für derartige Filmaufnahmen auf Vertragsbasis Private beizuziehen? 8 Punkte

[Allfällige kantonale Rechtsgrundlagen bleiben hier ausser Betracht.]

Vorfrage: Wie ist der Beizug Privater hier zu qualifizieren? Es kommen im Wesentlichen zwei Ansätze in Betracht. [ZP für gut begründete Alternativen.]

Übertragung einer öffentlichen Aufgabe?

Eine solche bedarf nach anerkannten Regeln einer Grundlage in einem Gesetz (vgl. H/M/U, N. 1509). Die Übertragung selbst kann durch (verwaltungsrechtlichen) Vertrag erfolgen (vgl. H/M/U, N. 1509a). Dabei ist sicherzustellen, dass die Grundrechte Dritter gewahrt bleiben.

Der Beizug erfolgt hier „auf Vertragsbasis“, jedoch ohne erkennbare gesetzliche Grundlage. Die Einstufung als Übertragung einer öffentlichen Aufgabe würde mithin bedeuten, dass das zu beurteilende Vorgehen als unzulässig einzustufen ist.

[Hinweis: Für die Qualifikation des Vertrages wurden keine Punkte vergeben; ZP bei einer schlüssigen Argumentation, dass und weshalb es auf die Qualifikation des Vertrags ankomme.]

Bedarfsverwaltung (administrative Hilfstätigkeit)? (vgl. H/M/U, N. 279)

Hier gilt nach (allerdings nicht unbestrittener) Praxis und Lehre das Gesetzmässigkeitsprinzip nicht (vgl. H/M/U, N. 425). Der Staat darf hier nach anerkannten Regeln privatrechtliche Verträge abschliessen, um sachdienliche Leistungen zu beschaffen. Als rechtliche Grundlage lässt man es genügen, dass die Sachaufgabe, welcher die administrative Hilfstätigkeit dient, über eine hinreichende gesetzliche Abstützung verfügt.

Welcher Fall liegt vor? Die Grenzziehung ist nicht einfach (und teils strittig).

Im **hier** interessierenden Fall spricht vieles dafür, nicht eine (blosse) administrative Hilfstätigkeit anzunehmen, sondern eine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, womit strengere Anforderungen zur Anwendung kommen. Zentral erscheint insbesondere, dass es im Zusammenhang mit den Filmaufnahmen leicht zu Grundrechtseingriffen und –verletzungen kommen kann, zumal die Filmaufnahmen anlässlich eines heiklen Einsatzes im Zusammenhang mit der Ausübung

ideeller Grundrechte (insb. Versammlungsfreiheit, Meinungsäusserungsfreiheit) gemacht werden sollen.

Dies lässt eine strengere Einbindung sowie eine Sicherstellung der Grundrechtsbindung und der Kontrolle angezeigt erscheinen. Dies ruft nach einer klaren gesetzlichen Abstützung (wie man sie bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben verlangt), die vorliegend nicht erkennbar ist.

[Hinweis: Ausführungen zur Frage, ob öffentliche Aufgaben mittels *Verfügung* auf Private übertragen werden können, wurden nicht bepunktet (vgl. Fragestellung). Ebenfalls nicht bepunktet wurden Überlegungen zur Frage der Verhältnismässigkeit.]

* * * * *

Nur Klausur „Lizentiat II“:²

Aufgabe 10:

- | | |
|--|-----------|
| a. Welches sind – allgemein – die hauptsächlichsten Unterschiede und welches die hauptsächlichsten Gemeinsamkeiten der beiden Handlungsformen (Verfügung einerseits, öffentlich-rechtlicher Vertrag andererseits)? | 12 Punkte |
| b. Welche der beiden Handlungsformen ist vorteilhafter
– aus der Sicht des privaten Subventionsempfängers?
– aus der Behördensicht (Subventionsgeber)? | 10 Punkte |

² In Anbetracht der geringen Teilnehmerzahl wird auf eine ausformulierte Lösungsskizze verzichtet. Bei Bedarf erhalten die Klausur-Teilnehmer mündliche Erläuterungen.