

## Lizentiat im Öffentlichen Recht II vom 28. Februar 2003 Lösungsskizze mit Punkteschema

### Abkürzungen:

H/M = Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2002

K/H = Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes,  
2. Aufl. 1998

### Frage 1 ( 12 Punkte)

#### Allgemeine Bemerkungen:

- Bei der Lösung der Frage 1 sind zwei Varianten möglich. Mit beiden Varianten kann (alternativ, nicht kumulativ!) die Maximalpunktzahl erreicht werden.
- Werden beide Varianten geprüft, so ist die Variante, bei der mehr Punkte erreicht würden, als Hauptlösung zu nehmen. Für die andere Variante sind **maximal 2 Zusatzpunkte** gutzuschreiben, sofern die beiden Varianten **als solche auseinander gehalten werden**.
- Wird administrative Hilfstätigkeit / privatrechtlicher Vertrag angenommen, können mit überzeugender Argumentation **maximal 6 Punkte** erreicht werden.

2 ZP

#### Variante 1: Bewilligung zur Sondernutzung von Verwaltungsvermögen und verwaltungsrechtlicher Vertrag

#### Rechtsnatur des Bürgerhauses (H/M N 2326ff.):

4

**Öffentliche Sachen i.w.S.** sind alle Sachen, deren sich der Staat zur **Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe** bedient.

Sie sind unterteilbar in **Finanzvermögen** und **öffentliche Sachen i.e.S.**

Die öffentlichen Sachen i.e.S. sind unterteilbar in **Verwaltungsvermögen** und **öffentliche Sachen im Gemeingebrauch**.

Mit dem **Finanzvermögen** werden nur **mittelbar** durch seine Erträge **öffentliche Aufgaben** vorgenommen.

Die **öffentlichen Sachen i.e.S.** nehmen hingegen **unmittelbar öffentliche Aufgaben** wahr.

Als Parlamentsgebäude dient das Bürgerhaus unmittelbar einem **öffentlichen Interesse**. Aber auch als Museum nimmt es eine **öffentliche Aufgabe** wahr, wird doch durch dieses der Bevölkerung die heimische Geschichte und Kultur näher gebracht.

Auch das Restaurant dient der Wahrnehmung einer **öffentlichen Aufgabe**. Die Parlamentarier können sich hier zum einen verpflegen, zum andern sollen zusätzliche Museumsbesucher angelockt werden.

Das Bürgerhaus ist eine **öffentliche Sache i.e.S.**

Öffentliche Sachen i.e.S. lassen sich – wie erwähnt – in öffentliche Sachen im Gemeingebrauch und in Verwaltungsvermögen unterscheiden.

**Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch** stehen **allen Privaten zur Benutzung offen**. **Verwaltungsvermögen** dient entweder den **Behörden** oder einem **beschränkten Benutzerkreis**.

Das Bürgerhaus dient den Parlamentariern und den Museumsbesuchern, also einem **beschränkten Benutzerkreis**. Es steht folglich im **Verwaltungsvermögen**

### Art der Nutzung (H/M N 2335):

**Ähnlich** wie bei den **öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch** kann auch beim **Verwaltungsvermögen** zwischen **ordentlicher Nutzung, ausserordentlicher Nutzung und Sondernutzung** unterschieden werden.

Wird Verwaltungsvermögen **bestimmungsgemäss** im Rahmen der Verwaltungstätigkeit gebraucht, so liegt eine **ordentliche Nutzung** vor. Soweit Verwaltungsvermögen **nicht** für den **bestimmungsgemässen Gebrauch** benötigt wird, kann es **vorübergehend** auch für eine **ausserordentliche Nutzung** zu anderen Zwecken zur Verfügung gestellt werden. **Sondernutzung von Verwaltungsvermögen** bedeutet, dass Private von Verwaltungsvermögen **längerfristig exklusiv** Gebrauch machen.

MM ist **exklusiv** berechtigt, das Restaurant für fünf Jahre – also **längerfristig** - zu betreiben. **Andere Personen** sind von dessen Betrieb **ausgeschlossen**. Es liegt somit eine **Sondernutzung von Verwaltungsvermögen** vor.

### Qualifikationen (H/M N 2593)

Qualifikation des Entscheides vom 10.9.1996:

Mit dem Entscheid vom 10.9.1996 wird MM die Sondernutzung des Restaurants ermöglicht.

[Unklar ist, ob man besser von Bewilligung zur Sondernutzung oder von einer Sondernutzungskonzession spricht. Das Bundesgericht spricht sich für den primär auf Sachen im Gemeingebrauch gemünzten Begriff der Sondernutzungskonzession aus (vgl. BGE 127 I 84, 87). Beide Begriffe sind zulässig. Rechtlich hat die Frage nach dem passenderen Begriff keine Bedeutung.]

Bei der **Bewilligung zur Sondernutzung** von Verwaltungsvermögen bzw. bei der **Sondernutzungskonzession** kann zwischen einem **verfügungsmässigen** und einem **vertraglich begründeten** Teil unterschieden werden.

Durch die Bewilligung bzw. durch die Konzession wird das Recht zur Sondernutzung erteilt, d.h. der Berechtigte ausgewählt. Der **Auswahlentscheid** wird **einseitig** durch die Finanzdirektion **erlassen**, ihr Inhalt ist **nicht aushandelbar**. MM kann den Entscheid **nur annehmen oder ablehnen**. Die Finanzdirektion ist auch **in ihrem Ermessen beschränkt**, steht der Entscheid doch unter dem **öffentlichen Interesse**, eine **möglichst qualifizierte Person** zu finden. Der Entscheid vom 10.9.1996 ist folglich der **verfügungsmässig begründete Teil** der Bewilligung bzw. der Konzession.

Qualifikation der Vereinbarung :

Bei einer Bewilligung zur Sondernutzung von Verwaltungsvermögen wie auch bei einer Sondernutzungskonzession können **Teile** des Inhalts **frei ausgehandelt werden**. Gerade bei der Entschädigung und bei den Öffnungszeiten hat die Finanzdirektion einen **grösseren Spielraum**. Sie kann sich in einem gewissen Rahmen frei entscheiden, wie viel ihr ein qualifizierter Betreiber des Restaurants wert ist. Auch die Öffnungszeiten sind **frei aushandelbar**. Die Vereinbarung ist der **vertragliche Teil der Bewilligung**.

**Fazit:**

Es liegt eine **Bewilligung zur Sondernutzung von Verwaltungsvermögen oder eine Sondernutzungskonzession** vor. Der **Entscheid über die Auswahl** des Berechtigten gehört zum **verfügungsmässigen Teil** der Bewilligung bzw. der Konzession. Die **Vereinbarung** über die Entschädigung und die Öffnungszeiten hingegen zum **vertraglich begründeten Teil**.

**Variante 2: Öffentlichrechtlicher Vertrag mit Verfügungsteil***Bemerkung zur Variante 2:*

- *Bei der Qualifikation der Rechtsnatur des Auswahlentscheides ist wichtig, dass das Problem erkannt wird. Wenn das Vorliegen einer Verfügung (zusätzlich zum Vertrag) mit guten Argumenten abgelehnt wird, kann dennoch die Maximalpunktzahl erreicht werden.*

Es ist zweckmässig, zunächst den Auswahlentscheid und die Vereinbarung gemeinsam zu behandeln.

**Verfügung oder Vertrag? (H/M 899, 1053ff.)**

5

Beim Abschluss eines **Vertrages** stehen sich **Private und Verwaltungsbehörden** als **gleichberechtigte Partner** gegenüber, die sich im Rahmen einer **offenen, unbestimmten gesetzlichen Regelung** auf einen Vertragsinhalt **einigen** und eine **gegenseitige, auf Dauer angelegte Bindung** anstreben. Beim Erlass einer **mitwirkungsbedürftigen Verfügung** setzen die Verwaltungsbehörden hingegen die Rechte und Pflichten der Privaten **autoritativ nach Massgabe der anwendbaren Gesetze** fest. Die Privaten können **nur zustimmen oder ablehnen**, den **Inhalt** der Verfügung jedoch **nicht aushandeln**.

In unserem Fall dient als **Rechtsgrundlage** §8 der Verordnung über die kantonale Liegenschaftenverwaltung. Diese ist nur eine Zuständigkeitsnorm und deshalb sehr **offen formuliert**. Sie lässt der Behörde einen **weiten Spielraum**; so werden z.B. die Entschädigung oder die Öffnungszeiten gesetzlich nicht geregelt. Es ergeben sich auch keine Pflichten des Betreibers aus der Verordnung.

Der Kanton und MM wollen sich **für eine längere Dauer binden**, indem MM das Restaurant für fünf Jahre zur Verfügung gestellt wird, er das Restaurant in dieser Zeit aber betreiben muss. Die Entschädigung und die Öffnungszeiten werden mit MM **gemeinsam vereinbart**. Die Finanzdirektion und MM treten als **gleichberechtigte Partner** auf.

Es liegt ein **Vertrag** vor.

**Verwaltungsrechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag? (H/M N 1057ff.)**

4

Aus der **gesetzlichen Grundlage** ist die **Rechtsnatur** des Vertrages **nicht ersichtlich**.

Folglich kommt es deshalb auf die **mit dem Vertrag verfolgten Interessen** an. Der **verwaltungsrechtliche Vertrag** dient **unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe**; die Wahl der **privatrechtlichen Vertragsform** erfolgt im Hinblick auf die **Erreichung „eigener“ Interessen** der Vertragsparteien.

Der Betrieb des Restaurants dient einem **unmittelbaren öffentlichen Interesse** und steht im Zusammenhang mit der **Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe**:

Es soll den Parlamentariern ermöglicht werden, sich während den Sitzungspausen verpflegen zu können. Auch sollen mehr Museumsbesucher angelockt werden, damit sich ein noch grösserer Teil der Bevölkerung mit der Geschichte und Kultur des Kantons auseinandersetzt.

Es liegt deshalb ein **verwaltungsrechtlicher Vertrag** vor.

**[Zulässigkeit der Regelung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag (H/M N 1071ff.)]**

**2 ZP**

*Die Regelung von Rechten und Pflichten mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag ist unter zwei kumulativen Voraussetzungen zulässig. Zum einen darf die Regelung durch einen Vertrag nicht gesetzlich ausgeschlossen sein, zum andern muss der Verwaltungsvertrag die geeignetere Handlungsform als die Verfügung sein.*

*§8 der Verordnung schliesst die Regelung durch Vertrag nicht aus. Der Vertrag scheint auch die geeignetere Handlungsform zu sein, macht es doch Sinn, dass ein Wirt seine Vorstellungen vom künftigen Betrieb des Restaurants einbringen kann, ohne dass alles durch die Behörde einseitig vorgegeben wird.*

*Die Regelung durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag ist zulässig.*

**Rechtsnatur des Auswahlentscheides (H/M N 287ff.):**

**3**

(Die Fragestellung zielt darauf hin, dass der Auswahlentscheid vom 10.9.1996 besonders geprüft werden soll. Es soll untersucht werden, ob dieser als Verfügung bezeichnet werden kann.)

Angesprochen wird hier die (umstrittene) **Zweistufentheorie**, wonach **einem Vertragsschluss eine Verfügung vorausgeht** bzw. der Entscheid der Behörde, mit welcher Person ein Vertrag abzuschliessen ist, als Verfügung betrachtet wird. Dieser Entscheid ist ja nicht aushandelbar, sondern ergeht einseitig durch die zuständige Behörde.

*Im Submissionsrecht ist die Zweistufentheorie z.B. gesetzlich verankert (Bsp. BoeB). Umstritten ist deren Anwendbarkeit, wenn sie nicht gesetzlich normiert ist.*

**1 ZP**

Das Bundesgericht stellte sich in der Vergangenheit gegen die Zweistufentheorie. Die Lehre fordert deren Anerkennung jedoch v.a. aus **Gründen des Rechtsschutzes**. Der Auswahlentscheid kann als Verfügung betrachtet werden.

Fazit: Grundsätzlich liegt ein **verwaltungsrechtlicher Vertrag** vor. Der **Entscheid, mit wem dieser abgeschlossen werden soll**, ist aber als **Verfügung** zu betrachten.

**Frage 2 (17 Punkte)**

Bemerkungen zur Frage 2:

- Zu prüfen ist gemäss Sachverhalt die kantonale Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Kandidierenden haben die Wahl zwischen zwei verschiedenen Anfechtungsobjekten. Mit beiden Anfechtungsobjekten ist (alternativ, nicht kumulativ!) die Maximalpunktzahl erreichbar.
- Werden beide Anfechtungsobjekte geprüft, so ist die Variante, bei der mehr Punkte erreicht würden, als Hauptlösung zu nehmen. Für die andere Variante sind **maximal 3 Zusatzpunkte** gutzuschreiben.

**3 ZP**

**Variante 1: Angefochten wird der Auswahlentscheid der Finanzdirektion**

**Anfechtungsobjekt:****2**

Nach dem kantonalen VRG unterliegen **Verfügungen der Finanzdirektion** der kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Wie sich **aus der Lösung der Frage 1 ergibt** (Verweis oder erneute Begründung nötig), ist der **Auswahlentscheid vom 10.9.1996** eine **Verfügung**. **Dasselbe** muss auch für den **Auswahlentscheid vom 30.8.2001** gelten.

(Ergibt sich aus der Lösung zur Frage 1, dass keine Verfügung vorliegt und wird deshalb die formelle Prüfung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde mangels zulässigem Anfechtungsobjekt bereits hier abgebrochen, so sind **maximal 2 Punkte für die Subsumtion und 1 Punkt für das Fazit zu erteilen**. Hier können nicht mehr Punkte gutgeschrieben werden, da die Kandidierenden nach einer Verfügung zu suchen haben und diese zumindest im Brief auch finden können.)

**Beschwerdegrund:****1**

Nach dem kantonalen VRG können Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens geltend gemacht werden. **FF wird die Verletzung der staatlichen Wettbewerbsneutralität sowie allenfalls der Meinungsfreiheit geltend machen.** (Für die Maximalpunktzahl ist der Hinweis auf die Meinungsfreiheit nicht erforderlich.)

**Beschwerdeinstanz/Subsidiarität :****1**

Aus der Fragestellung ergibt sich die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht, liegt doch eine Verfügung der Finanzdirektion vor.

**Persönliche Voraussetzungen des Beschwerdeführers:****Partei- und Prozessfähigkeit:****1**

FF ist als **natürliche Person rechtsfähig** und damit auch **parteifähig**. Es ist auch anzunehmen, dass er **handlungsfähig, d.h. urteilsfähig und mündig** und somit **prozessfähig** ist.

**Beschwerdelegitimation (H/M N 1943ff., K/H N 535ff.):**

Gemäss Fragestellung entspricht die im VRG geregelte Beschwerdelegitimation derjenigen zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Somit ist **Art. 103 OG sinngemäss** anwendbar. **1**

Nach **Art. 103 lit.a OG** ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer **durch die angefochtene Verfügung berührt** ist und ein **schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat**.

FF ist **nicht Adressat** der Verfügung. Es ist zu prüfen, ob er dennoch zur Beschwerde legitimiert ist (**Drittlegitimation**). **1**

Als Drittbetroffener muss FF einen **besonderen, beachtenswerten, nahen Bezug zum Streitgegenstand haben**. Die Betroffenheit muss sich **von jener der Allgemeinheit abheben**. MM und FF sind **Konkurrenten** um den Betrieb des Restaurants. Beide erfüllen auch die Qualifikationsanforderungen für einen solchen Betrieb. Sie stehen in einem **sehr direkten Konkurrenzverhältnis** zueinander, geht es doch um die Zulassung zum Betrieb eines bestimmten Restaurants, das wohl in dieser Form nur einmal im Kanton besteht. Das **Bundesgericht** ist jedoch in seiner Rechtsprechung zur Konkurrierendenbeschwerde **streng**. **5**

Dennoch ist in unserem Fall die Legitimation von FF aufgrund des intensiven Konkurrenzverhältnisses zu bejahen, andere Auffassungen müssen bei guter Argumentation aber mit der vollen Punktzahl berücksichtigt werden.

Für die volle Punktzahl bezüglich der Legitimation zur Konkurrierendenbeschwerde müssen die folgenden Punkte behandelt werden:

- Erfordernis des besonderen, beachtenswerten, nahen Bezugs zum Streitgegenstand;
- Konkurrenzverhältnis zwischen MM und FF;
- Aufgrund des konkreten Tatbestandes die Qualifikation dieses Konkurrenzverhältnisses als sehr eng oder direkt;
- Erwähnung der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts;
- Abwägung mit eigener Schlussfolgerung, die die Legitimation bejahen oder verneinen kann.

**Schutzwürdiges Interesse:** Im Gegensatz zur staatsrechtlichen Beschwerde genügt bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die **Beeinträchtigung tatsächlicher Interessen**. Dieses Erfordernis erfüllt FF, würde er doch mit einer Änderung des Auswahlentscheides als künftiger Betreiber des Restaurants in Frage kommen. **1**

Das Interesse von FF muss ferner **aktuell** sein. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wurde MM doch für weitere fünf Jahre berücksichtigt, in denen ein Vertragsabschluss mit FF ausgeschlossen ist. Der Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts wird sicher zuvor ergehen. **1**

**Beschwerdefrist:**

Gemäss Fragestellung wurde die Beschwerde **rechtzeitig** erhoben. **1/2**

**Beschwerdeschrift/Fazit:**

[Zur Beschwerdeschrift finden wir keine Angaben.] **1/2**

Sofern die Anforderungen an die Beschwerdeschrift erfüllt sind, wird das kantonale Verwaltungsgericht auf die Beschwerde eintreten.

**Variante 2: Angefochten wird der Brief vom 1.9.2001****Anfechtungsobjekt:**

Zu prüfen ist, ob der Brief als Verfügung betrachtet werden kann.

7

**Materielle Anforderungen (H/M N 858ff.):**

**Hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde:** Die Finanzdirektion gibt durch den Brief ihre Entscheidung bekannt, den Vertrag mit MM zu verlängern, FF somit auch in den nächsten fünf Jahren nicht zu berücksichtigen. Sie handelte dabei hoheitlich (s.a. Frage 1) und erliess den Brief einseitig, d.h. **ohne Zustimmung von bzw. ohne Verhandeln mit FF**.

**Individuell-konkrete Anordnung:** Der Brief betrifft einen konkreten Fall, nämlich die **Nichtberücksichtigung von FF** für den Betrieb des Restaurants. Er ist individuell, da er sich **nur an FF richtet**.

**Anwendung von Verwaltungsrecht:** Der Brief ergeht in **Anwendung der Verordnung über die kantonale Liegenschaftenverwaltung**, welche zum Verwaltungsrecht gehört.

**Auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung:** Es werden **zwar** durch den Brief **keine neuen Rechte und Pflichten von FF festgelegt**. Indes wird der **Erllass einer rechtsgestaltenden Verfügung verweigert**. Somit liegt allenfalls eine **verweigernde Verfügung** vor.

**Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit:** Der Inhalt des Briefes ist für FF verbindlich. Die **Verfügung muss als verweigernde Verfügung nicht vollstreckt werden**.

**Fazit:** Es liegt eine **verweigernde Verfügung** vor.

2 ZP

**Formelle Anforderungen:**

*Die Verfügung wurde begründet. Ort, Datum und Unterschrift sind angegeben; auch der Absender und der Adressat sind ersichtlich.*

*Allerdings ist der Brief nicht als Verfügung bezeichnet und enthält auch keine Rechtsmittelbelehrung. Es ist deshalb zu prüfen, welche Folgen diese Mängel haben. Dass der Brief nicht als Verfügung bezeichnet ist, darf für den Adressaten nicht nachteilige Wirkungen entfalten (vgl. Art. 38 VwVG). Es stellen sich jedoch keine Probleme, da FF den Brief rechtzeitig anfiicht, ihn folglich als Verfügung verstanden hat.*

*Ob es einer Rechtsmittelbelehrung bedurft hätte, hängt vom kantonalen Recht ab. Das Bundesgericht verneint das Bestehen eines ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsatzes, wonach die Kantone auch ohne ausdrückliche Vorschrift des kantonalen oder des Bundesrechts zur Rechtsmittelbelehrung verpflichtet sind. Für unseren Fall ist dies irrelevant, da FF rechtzeitig an die richtige Behörde gelangt.*

Es liegt ein zulässiges Anfechtungsobjekt gemäss dem kantonalen VRG vor.

**Beschwerdegrund:**

Nach dem kantonalen VRG können Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens geltend gemacht werden. **FF wird die Verletzung der staatlichen Wettbewerbsneutralität sowie allenfalls der Meinungsfreiheit geltend machen.** (Für die Maximalpunktzahl ist der Hinweis auf die Meinungsfreiheit nicht erforderlich.)

1

**Beschwerdeinstanz/Subsidiarität:**

Aus der Fragestellung ergibt sich die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht, liegt doch eine Verfügung der Finanzdirektion vor.

1

## Persönliche Voraussetzungen des Beschwerdeführers:

### Partei- und Prozessfähigkeit:

FF ist als **natürliche Person rechtsfähig** und damit auch **parteifähig**. Es ist auch anzunehmen, dass er **handlungsfähig, d.h. urteilsfähig und mündig** und somit **prozessfähig** ist.

### Beschwerdelegitimation (H/M N 1943ff., K/H N 535ff.):

Gemäss Fragestellung entspricht die im VRG geregelte Beschwerdelegitimation derjenigen zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Somit ist **Art. 103 OG sinngemäss** anwendbar.

Nach **Art. 103 lit.a OG** ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer **durch die angefochtene Verfügung berührt** ist und ein **schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat**.

FF ist **Adressat der Verfügung**. Er ist folglich von Ihr **berührt**.

**Schutzwürdiges Interesse:** Im Gegensatz zur staatsrechtlichen Beschwerde genügt bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die **Beeinträchtigung tatsächlicher Interessen**. FF will Betreiber des Restaurants werden, dies wird ihm durch die Verfügung versagt.

Das Interesse von FF muss ferner **aktuell** sein. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wurde MM doch für weitere fünf Jahre berücksichtigt, in denen ein Vertragsabschluss mit FF ausgeschlossen ist. Der Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts wird sicher zuvor ergehen.

### Beschwerdefrist:

Gemäss Fragestellung wurde die Beschwerde **rechtzeitig** erhoben.

1/2

### Beschwerdeschrift/Fazit:

[Zur Beschwerdeschrift finden wir keine Angaben.]

Sofern die Anforderungen an die Beschwerdeschrift erfüllt sind, wird das kantonale Verwaltungsgericht auf die Beschwerde eintreten.

1/2

### Punkte bei Variante 1 und 2:

Resultat:

Bei der Variante 1 kann man durchaus zum Schluss kommen, dass das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht eintreten wird. Dann müsste aber unbedingt der Weg über den Brief genommen werden, um zur richtigen Lösung zu gelangen, dass das Gericht im Endergebnis auf die Beschwerde eintreten wird. Deshalb sind allen, die **mit plausibler Begründung** zum Ergebnis gelangen, dass das Gericht auf die Beschwerde eintreten wird, **2 Punkte gutzuschreiben**.

2

### Frage 3 (16 Punkte)

Bemerkung zur Frage 3:

- *Es kann sein, dass ein Teil der Kandidierenden den Weg über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (Art. 36 BV) wählen. Ein solches Vorgehen ist nicht falsch. Die Maximalpunktzahl ist dann erreichbar, wenn*
  - *alle in der Musterlösung erwähnten Argumente diskutiert werden **und***
  - *wenn das Eingriffsschema sauber geprüft wird*

### Lösungsvorschlag (H/M N 2336):

*In unserem Fall geht es um die Sondernutzung von Verwaltungsvermögen. Der Kanton stellt das Restaurant zur Verfügung. FF wird die Sondernutzung dieses Restaurants verweigert. Einen direkten Anspruch auf eine wirtschaftliche Nutzung von Verwaltungsvermögen gibt es nicht. Deshalb sollte nicht von einem Grundrechtseingriff gesprochen werden.*

**1 ZP**

Aus der in **Art. 94 BV** (Art. 27 BV auch gelten lassen) garantierten **Wettbewerbsneutralität des Staates** ergibt sich aber das **Gebot der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten**.

**2**

Daraus folgt, dass die Auswahl der Nutzungsberechtigten in einem **offenen Verfahren** erfolgen muss. Der Auswahlentscheid muss **nach sachlichen Kriterien** erfolgen.

MM und FF sind **Konkurrenten**. Beide sind Wirte, die sich um den Betrieb des Restaurants bewerben.

**1**

Zu prüfen ist, ob der Auswahlentscheid den sich aus dem Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten ergebenden Anforderungen entspricht.

**Offenes Verfahren** Ein offenes Verfahren wurde durchgeführt. Der Betrieb des Restaurants wurde ausgeschrieben; es gab keine Zulassungsbeschränkungen, um überhaupt ins Auswahlverfahren zu gelangen.

**1**

### Sachliche Kriterien:

Grundsätzlich sind FF und MM **gleich qualifiziert**. Aus dem Gebot der Gleichbehandlung der „Gewerbegenossen“ ergibt sich, dass **bei gleicher Qualifikation der bisher nicht berücksichtigte Bewerber auszuwählen** ist. Gerade weil der Betrieb des Restaurants sehr **lukrativ** ist und weil es in diesem Kanton wohl **nur ein einziges solches Restaurant** gibt, ist ein Wechsel des Benutzers angezeigt. Andernfalls würde FF trotz gleicher Qualifikation gegenüber MM erheblich benachteiligt, insbesondere wenn man auch bedenkt, dass FF sich nun schon **zum zweiten Mal erfolglos** beworben hat.

**3**

Dennoch darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich hier um **Sondernutzung von Verwaltungsvermögen** handelt und dass es im Kanton wohl nur ein solches Restaurant gibt, m.a.W. jeweils nur eine Person berücksichtigt werden kann. Dem Gemeinwesen ist ein **Ermessensspielraum** zu belassen.

**2**

Allerdings wird dieser Ermessensspielraum – wie erwähnt – durch Art. 94 BV insofern **beschränkt**, dass der Entscheid aufgrund sachlicher Kriterien getroffen werden muss und dass die Gleichbehandlung der Konkurrenten möglichst verwirklicht werden muss. Werden diese Schranken gesprengt, liegt eine **Rechtsverletzung** vor.

Zu prüfen ist deshalb, ob der Entscheid der Finanzdirektion, den Vertrag mit MM zu verlängern, aufgrund sachlicher Kriterien gefällt wurde.

Aus dem Brief an FF ist ersichtlich, welche Kriterien für den Entscheid, MM erneut zu berücksichtigen, entscheidend waren. Zum einen wird die Zufriedenheit mit MM genannt, zum andern wird gesagt, dass FF aufgrund seiner Leserbriefe für den Betrieb des Restaurants nicht geeignet sei.

Das **Kriterium der vollen Zufriedenheit mit MM kann nicht überzeugen** FF ist ja gleich qualifiziert wie MM. Folglich kann damit gerechnet werden, dass die Behörden (und die Gäste) auch mit FF zufrieden wären. Auch wenn man sich bereits an MM als Wirt gewöhnt hat, darf dies kein Grund sein, künftige Bewerber vom Betrieb auszuschliessen. Betrachtet man nämlich die Zufriedenheit mit dem bisherigen Nutzer als sachliches Kriterium, so wird dem **Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten**, insbesondere der Abwechslung der Konkurrenten bei der Sondernutzung von Verwaltungsvermögen, **kaum mehr Rechnung getragen**.

3

Als zweiter Grund, weshalb FF nicht berücksichtigt wurde, wird angeführt, dass er **aufgrund seiner Leserbriefe** für den Betrieb des Restaurants **nicht geeignet** sei. Die Leserbriefe, auch wenn sie in einer sehr undiplomatischen Sprache verfasst sind, stellen eine **Meinungsausserung** dar. Diese steht unter dem **Schutz der Meinungsfreiheit von Art. 16 Abs. 2 BV. Nach Art. 35 Abs. 2 BV sind die Grundrechte bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben stets zu berücksichtigen**. FF wird durch seine Nichtberücksichtigung für seine Meinungsausserung, nämlich **für die Kritik** an den Behörden, **sanktioniert**. Diese Sanktion ist **nicht** damit **zu rechtfertigen**, dass der Umgang von FF mit seinen Gästen problematisch wäre. Auch FF wäre an einem guten Geschäftsergebnis interessiert. Zudem gäbe es für FF keinen Grund mehr, sich negativ über die Behördenmitglieder zu äussern, wäre er dann ja wenigstens beim zweiten Mal berücksichtigt worden.

4

*Keine zulässigen sachliche Gründe sind ferner:*

- *Investitionen des MM : MM hatte gemäss Sachverhalt wohl kaum Investitionen zu tätigen, wurde das Restaurant doch durch den Kanton bereitgestellt. Die wenigen verbliebenen Investitionen sind zudem aufgrund des hohen Ertrages wohl schon längst amortisiert.*
- *Die eher kurze Dauer von 5 Jahren: Dieses Grund geht in die gleiche Richtung wie die angeblichen Investitionen und überzeugt insbesondere wegen des hohen Ertrages nicht.*

1 ZP

Da keine sachlichen Gründe vorliegen, erneut MM zu berücksichtigen, **hätte dem gleich qualifizierten FF der Vorzug gegeben werden müssen**

*Die Beschwerde von FF ist somit berechtigt. Allerdings ist fraglich, welchen Erfolg er damit erzielen wird. Der Vertrag zwischen MM und der Behörde wurde bereits abgeschlossen. FF wird wohl nur Schadenersatz erlangen.*

1 ZP

#### Frage 4 (12 Punkte)

Wurde in Frage 1 eine Verfügung und kein Vertrag angenommen, so kann die **maximale Punktzahl** erreicht werden.

Es muss aber erwähnt werden, dass die Verfügung zwar grundsätzlich unwiderrufbar ist, ein **Widerruf unter den Voraussetzungen der formellen Enteignung gegen volle Entschädigung möglich wäre** (gleiches Vorgehen wie bei der formellen Enteignung beim Vertrag).

#### [Qualifikation der Entschädigung (H/M N2623ff.)]

1 ZP

Die öffentlichen Abgaben lassen sich in Kausalabgaben und Steuern unterteilen. Kausalabgaben sind Geldleistungen, welche die Privaten kraft öffentlichen Rechts als Entgelt für bestimmte staatliche Gegenleistungen oder besondere Vorteile zu bezahlen haben. Im Gegensatz dazu werden Steuern voraussetzungslos geschuldet. MM leistet die Entschädigung im Hinblick auf eine staatliche Gegenleistung, nämlich dafür, dass der Kanton ihm das Restaurant zur Verfügung stellt. Die Entschädigung ist eine Kausalabgabe.

Die Kausalabgaben lassen sich in Beiträge, Gebühren und Ersatzabgaben unterteilen. Beiträge sind Abgaben, die als Ausgleich jenen Personen auferlegt werden, denen aus der öffentlichen Einrichtung ein Sondervorteil erwächst. Ersatzabgaben sind finanzielle Leistungen als Ersatz für Naturallasten (z.B. Militärpflicht). Gebühren sind das Entgelt für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlasste Amtshandlung oder für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung. Sie lassen sich in Verwaltungsgebühren, Benutzungsgebühren und Konzessionsgebühren unterteilen.

Beim Betrieb des Restaurants handelt es sich ja um Sondernutzung von Verwaltungsvermögen. Das Entgelt für diese Sondernutzung ist als Gebühr zu qualifizieren. Umstritten ist, ob es sich um eine Benutzungs- oder um eine Konzessionsgebühr handelt. Nimmt man an, dass das Recht zur Sondernutzung von Verwaltungsvermögen durch eine Bewilligung erteilt wird, dürfte es sich um eine Benutzungsgebühr handeln. Geht man aber davon aus, dass es für die Sondernutzung von Verwaltungsvermögen einer Konzession bedarf, kann durchaus auch von einer Konzessionsgebühr gesprochen werden.

Die Entschädigung ist demnach eine Benutzungs- oder Konzessionsgebühr.

Es ist zunächst zu prüfen, welche Argumente für eine Anpassung sprechen könnten. Danach muss man sich fragen, was einer Anpassung entgegensteht.

#### Ursprünglich fehlerhafter Vertrag? (H/M N 1111ff.)

Zu diskutieren ist, ob der Vertrag nicht schon bei Abschluss fehlerhaft war, weil eine (zu) niedrige Entschädigung vereinbart wurde.

Es gibt verschiedene mögliche Arten der ursprünglichen Fehlerhaftigkeit eines Vertrages. In unserem Fall muss untersucht werden, ob ein **Verstoss gegen eine zwingende Rechtsnorm** vorliegt und ob ein **Willensmangel** der Behörde vorliegt.

Bei der Sondernutzung von Verwaltungsvermögen zu **wirtschaftlichen Zwecken** ist zu fordern, dass das Gemeinwesen eine **angemessene Benutzungs- oder Konzessionsgebühr** verlangt. Dies lässt sich aus dem Grundsatz der **Wettbewerbsneutralität** des Staates (Art. 94 BV) ableiten. Allerdings bleibt dem Gemeinwesen ein **Ermessensspielraum**. Von einer **zwingenden Norm**, welche die angemessene Höhe der Entschädigung festlegt, **kann nicht gesprochen werden**.

2

Bei der Prüfung, ob ein **Willensmangel** vorliegt, sind die **Art. 23 ff. OR analog** anzuwenden. Bei Vertragsabschluss war es für die Finanzdirektion gemäss Sachverhalt nicht erheblich, wie viel der Wirt verdienen würde. Viel wichtiger war, dass eine qualifizierte Person gefunden werden konnte. Ein **Willensmangel lag somit nicht vor**.

Der Vertrag ist **nicht ursprünglich fehlerhaft**.

### **Nachträglich fehlerhafter Vertrag ? (H/M N 1122ff.)**

2

Hier stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der **clausula rebus sic stantibus**. Dabei wird danach gefragt, ob sich die **Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhaltes massgebend sind, seit dem Abschluss des Vertrages so stark verändert haben, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht mehr zugemutet werden darf**. Ein solcher Fall liegt nicht vor. Die **Verhältnisse haben sich nicht geändert**, vielmehr wurde von Anfang an die „Entschädigung“ (zu) niedrig angesetzt. Der Kanton wollte ja einen qualifizierten Wirt haben, wobei für den Kanton die Höhe der Entschädigung nur sekundär war. Daran hat sich nichts geändert, insbesondere ist MM immer noch gleich qualifiziert.

Der **Vertrag ist nicht nachträglich fehlerhaft**.

### **Bewilligung/Konzession zum Betrieb des Restaurants für die vereinbarte Entschädigung als wohlerworbenes Recht (H/M N 1008,1128,2096ff.,2594ff)**

8

Das Recht zur Sondernutzung von Verwaltungsvermögen wird durch eine **Sondernutzungskonzession oder eine konzessionsähnliche Bewilligung** erteilt. Durch den **vertraglich begründeten Teil der Konzession** oder den **Vertragsteil der Bewilligung** wird ein **wohlerworbenes Recht begründet**, dessen wesentlicher Gehalt aus Gründen des Vertrauensschutzes **unwiderruflich und gesetzesbeständig** ist und unter dem **Schutz der Eigentumsgarantie** steht, sofern von diesem Recht Gebrauch gemacht worden ist.

Zudem gilt es zu bemerken, dass die **formelle Enteignung zu einer vollen Entschädigungspflicht des Staates führt**.

Die Sondernutzung des Restaurants für eine Entschädigung von 3 % des Umsatzes und 500 CHF als monatliches Fixum wurde zwischen der Finanzdirektion und MM **vertraglich vereinbart**. Das **wohlerworbene Recht** des MM besteht darin, durch Bezahlung des **ursprünglich vereinbarten Betrages** das Restaurant **betreiben zu können**. Zweifellos hat MM von seinem wohlerworbenen Recht **Gebrauch gemacht**.

Eine **einseitige Erhöhung der Entschädigung** ist nur möglich, indem die **Behörde die Konzession entzieht bzw. den Vertrag einseitig kündigt** mit der Absicht, MM eine neue Konzession zu erteilen oder mit ihm einen neuen Vertrag abzuschliessen, wobei dann eine höhere Entschädigung verlangt würde. Als wohlerworbenes Recht steht aber das Recht zum Betrieb des Restaurants für die vereinbarte Entschädigung unter der Eigentumsgarantie von **Art. 26 BV**. Ein Entzug dieses Rechtes ist nur durch eine **formelle Enteignung** möglich. Enteignungen als Eingriffe in die Eigentumsgarantie bedürfen **einer gesetzlichen Grundlage, müssen in einem öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 36 BV)**.

Diese Anforderungen sind nicht erfüllt. **Eine genügende gesetzliche Grundlage für die Enteignung ist nicht gegeben, ebenso wenig ein öffentliches Interesse**. Denn der Entzug des wohlerworbenen Rechts würde primär **aus rein fiskalischen**

**Interessen** erfolgen, diese genügen zur Rechtfertigung eines Eingriffes in die Eigentumsgarantie nicht.

Da die **formelle Enteignung zu einer vollen Entschädigungspflicht des Staates führt**, würde in unserem Fall eine Erhöhung der Entschädigung auf ein **Nullsummenspiel** herauslaufen.

**Fazit:**

Die Entschädigung kann nicht erhöht werden, da sie dem Entzug eines wohlerworbenen Rechts gleichkäme. Ein solcher Entzug ist in casu unzulässig.

**[Vertrauensschutz (H/M N 622ff.)]**

**4 ZP**

*Es kann Kandidierende geben, die den Weg über den Vertrauensschutz wählen. Wird der Vertrauensschutz sorgfältig geprüft, sind Zusatzpunkte zu vergeben. Dabei müssen die folgenden Punkte kumulativ diskutiert werden:*

**Vertrauensgrundlage:**

*Ein Vertrag ist als Vertrauensgrundlage geeignet. Liegt es doch im Wesen des Vertrages, Vertrauen in das künftige Verhalten der Gegenpartei zu begründen .*

**Vertrauen in das Verhalten der staatlichen Behörden:**

*Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen. Als Partei kennt MM den Vertrag und die darin festgesetzte „Entschädigung“. Ein Fehler im Vertrag war für MM nicht ersichtlich.*

**Vertrauensbetätigung:**

*Vertrauensschutz kann in der Regel nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat. Dies gilt beim Widerruf von Verfügungen nicht so absolut. Auch bei der Änderung von Verträgen darf nicht verlangt werden, dass bereits eine Disposition getätigt wurde.*

*Es ist wohl unerheblich, ob MM aufgrund der Vertragsverlängerung neue Dispositionen getätigt hat. Wenn MM zudem es unterlassen hat, andere Lokale für eine Pacht in Betracht zu ziehen, kann darin unter Umständen eine Disposition gesehen werden.*

**Abwägung zwischen dem Interesse am Vertrauensschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen:**

*In unserem Falle geht diese Abwägung klar zugunsten des Interessens am Vertrauensschutz aus. Die Behörden haben nur ein rein finanzielles Interesse. Sie wollen aus der „Pacht“ des Restaurants mehr Profit schlagen. MM kann sich jedoch auf den Vertrag berufen, der mit der Finanzdirektion ausgehandelt worden ist. Verträge stellen typischerweise eine starke Vertrauensgrundlage dar. Von einem überwiegenden öffentlichen Interesse kann nicht die Rede sein.*

**Fazit:**

*Auch der Vertrauensschutz spricht gegen eine Anpassung des Vertrages.*

Maximale Punktzahl: **57**  
Vorgesehene ZP: **18**

### **Notenskala**

<b>ab ... Punkten</b>	<b>Note</b>
<b>46</b>	<b>6</b>
<b>41</b>	<b>5-6</b>
<b>36</b>	<b>5</b>
<b>31</b>	<b>4-5</b>
<b>26</b>	<b>4</b>
<b>21</b>	<b>3-4</b>
<b>16</b>	<b>3</b>
<b>11</b>	<b>2-3</b>
<b>6</b>	<b>2</b>
<b>1</b>	<b>1-2</b>