Übungen im öffentlichen Recht

Probeklausur vom 2. Dezember 2006

Das Wakeboarden ist ein Sport, der auf dem Wasser unter Verwendung eines dem Snowboard ähnlichen Brettes ausgeübt wird. Die Sport treibende Person wird an einem Seil von einem Boot gezogen und vollführt Sprünge und dergleichen über die Heckwelle im Kielwasser (engl. *wake*) dieses Zugbootes. Da eine möglichst hohe und steile Heckwelle erwünscht ist, werden häufig schwere Boote mit leistungsstarken Motoren eingesetzt, die zum Teil auch mit Gewichten und speziellen Vorrichtungen zur Beeinflussung der Heckwelle ausgerüstet sind.

Am 27. September 2006 erliess der Regierungsrat des Kantons Z. eine Verordnung über das Wakeboarden und andere vergleichbare Wassersportarten (WBV) mit folgendem Inhalt:

§ 1 Geltungsbereich

Diese Verordnung regelt das Wakeboarden und andere vergleichbare Wassersportarten, die mit schweren Motorbooten und entsprechender Wellenerzeugung auf dem A.-See ausgeführt werden.

§ 2 Ausübung

1 Wakeboarden und andere vergleichbare Wassersportarten gemäss § 1 sind zulässig:
- auf dem A.-See innerhalb des Korridors gemäss Plan im Anhang;
- während der Monate Juni bis September täglich von 10.00 bis 20.00 Uhr.

2 Das Benützen von Musikanlagen ist in Ausnahmefällen nur gestattet, wenn sie von der zuständigen Behörde ausdrücklich bewilligt wurde.

§ 3 Bewilligungspflicht

1 Das gewerbsmässige oder in Vereinen bzw. vereinsähnlichen Körperschaften organisierte Ausüben der Sportarten gemäss § 1 untersteht einer kantonalen Bewilligungspflicht.

2 Gewerbsmässigkeit liegt namentlich dann vor, wenn die Ausübung dieser Sportarten öffentlich angeboten oder gegen Entgelt geleistet wird.

§ 4 Bewilligungsvoraussetzungen

1 Die Bewilligung ist in der Regel unbefristet.

2 Sie kann, und zwar auch nachträglich, mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden.

3 Die Bewilligung setzt voraus:
a) der Betrieb hat seinen Sitz im Kanton Z.;
b) die für den Betrieb verantwortliche natürliche Person (Bewilligungsinhaber) hat ihren Wohnsitz im Kanton Z.;
c) der Bewilligungsinhaber ist mit den Verhältnissen im Kanton Z. und auf dem A.-See vertraut und bietet Gewähr für eine professionelle Führung;
d) der Betrieb verfügt über ein Betriebskonzept.

§ 5 Betriebskonzept

1 Das Betriebskonzept umfasst neben den Angaben über den Betrieb und seine Führung insbesondere Angaben über die Anzahl und technische Beschaffenheit der eingesetzten Motorboote sowie über den vorgesehenen Umgang mit den andern Seebenutzerinnen und -benutzern und das Vorgehen bei möglichen Nutzungskonflikten.

2 Das Betriebskonzept wird zusammen mit dem Bewilligungsgesuch der Sicherheitsdirektion eingereicht.

§ 6 Verfahren

1 Die Sicherheitsdirektion stellt das Betriebskonzept den Vereinen und Organisationen der übrigen Seebenutzerinnen und Seebenutzer sowie den Amtsstellen, die vom Wakeboarden und anderen vergleichbaren Wassersportarten gemäss § 1 betroffen sind, zur Stellungnahme zu.

2 Die Sicherheitsdirektion entscheidet über das Bewilligungsgesuch.

§ 7 und 8 Übergangsbestimmung und Änderung bisherigen Rechts

(…)

Gegen diese Verordnung führen die X. AG (am 16. Oktober 2006) und die Y. AG (am 18. Oktober 2006) Beschwerde bei der zuständigen Behörde. Sie beantragen die Aufhebung der Verordnung vom 27. September 2006. Beide Unternehmen betreiben Wakeboard-Schulen auf verschiedenen schweizerischen Seen (unter anderem auch auf dem A.-See), wobei die X. AG ihren Sitz im Kanton Z. hat, die Y. AG hingegen in einem benachbarten Kanton.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die WBV sei kompetenzwidrig erlassen worden. Die Kantone seien nicht befugt, Regelungen über das Wakeboarden aufzustellen. Die WBV verstosse gegen Art. 49 BV bzw. verletze das Binnenschifffahrtsgesetz und die dazu gehörende Verordnung.

Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, die WBV verletze die Wirtschaftsfreiheit. Die in der WBV vorgesehene Bewilligungspflicht dürfe nicht auf Verordnungsstufe eingeführt werden.

Schliesslich macht die Y. AG einen Verstoss gegen das Binnenmarktgesetz geltend. Die WBV verlange von ihr die Verlegung ihres Sitzes in den Kanton Z., wenn sie dort Wakeboard-Kurse anbieten wolle; das sei unzulässig.

Die instruierende Behörde vereinigt die beiden Beschwerdeverfahren und gibt dem Kanton Z. Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme.

Der Regierungsrat des Kantons Z. reicht eine Stellungnahme ein und führt darin aus, er habe sich aus verschiedenen Gründen zum Erlass der umstrittenen Verordnung veranlasst gesehen. Vorab habe er sie mit Rücksicht auf die anderen Seebenützer erlassen, die in den letzten zwei Jahren zunehmend durch das Wakeboarden gestört worden seien. Der Korridor für das Wakeboarden sei zudem so festgelegt worden, dass die erzeugten hohen Wellen bis zum Ufer hin abflauen könnten und die dortige Tier- und Pflanzenwelt nicht mehr störten; der Regierungsrat habe sich diesbezüglich auf Stellungnahmen des kantonalen Amtes für Fischerei und Jagd abgestützt.

Fragen:

1. Welches Rechtsmittel wurde richtigerweise gegen die Verordnung ergriffen?
2. Sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt?
3. Wie ist die Rüge zu beurteilen, die WBV sei kompetenzwidrig erlassen worden?
4. Wird dadurch, dass diese Bewilligungspflicht lediglich auf Verordnungsstufe verankert ist, die Wirtschaftsfreiheit verletzt?
5. Dringt die Y. AG durch mit ihrer Rüge des Verstosses gegen das Binnenmarktgesetz?

Das neue Verfahrensrecht (BGG, VGG) tritt erst am 1. Januar 2007 in Kraft. Sie haben aber den Fall *vollständig nach neuem Verfahrensrecht* zu lösen: Gehen Sie von der Annahme aus, dass das neue Verfahrensrecht seit Längerem in Kraft steht, und erörtern Sie auch keine übergangsrechtlichen Fragen. – Nach altem Verfahrensrecht dürfen den Fall nur jene Studierenden lösen, die eine Prüfung nach altem Recht abgelegt haben und ein Gesuch zu stellen gedenken, die Prüfung nach altem Recht zu wiederholen.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass im Kanton Z. gegen regierungsrätliche Verordnungen kein Rechtsmittel offensteht.

Hilfsmittel:

- BV (Auszug im Anhang)
- BGG
- VGG
- BSG (Auszug im Anhang)
- BSV (Auszug im Anhang)
- kantonales Einführungsgesetz zum BSG (Auszug im Anhang)
- BGBM (Auszug im Anhang)

Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101

Art. 87 Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975 über die Binnenschifffahrt, BSG, SR 747.201

Art. 1 Geltungsbereich

1 Dieses Gesetz ordnet die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern einschliesslich der Grenzgewässer.

2 Der Bundesrat bezeichnet die Fahrzeuge, Anlagen und Geräte, die als Schiffe im Sinne dieses Gesetzes gelten.

3 Vorbehalten bleiben internationale Vereinbarungen und die darauf beruhenden Vorschriften.

Art. 2 Ausübung der Schifffahrt

1 Die Schifffahrt auf öffentlichen Gewässern ist im Rahmen dieses Gesetzes frei.

2 Sondernutzung und gesteigerter Gemeingebrauch bedürfen der Bewilligung des Kantons, in dessen Gebiet das benützte Gewässer liegt.

3 Schiffe im Dienste des Bundes dürfen auf allen Gewässern verkehren.

Art. 3 Gewässerhoheit der Kantone

1 Die Gewässerhoheit steht den Kantonen zu. Das Bundesrecht bleibt vorbehalten.

2 Soweit das öffentliche Interesse oder der Schutz wichtiger Rechtsgüter es erfordern, können die Kantone die Schifffahrt auf ihren Gewässern verbieten oder einschränken oder die Zahl der auf einem Gewässer zugelassenen Schiffe begrenzen.

3 Über die Zulassung der Schiffe öffentlicher Schifffahrtsunternehmen entscheidet der Bundesrat.

Art. 25 Regeln für Fahrt und Stilliegen

1 Der Bundesrat stellt Regeln auf für die Fahrt und das Stilliegen der Schiffe und erlässt Vorschriften über die Signalisierung, die Zeichen und Lichter, die Beförderung gefährlicher Güter und die Sicherheit der Schifffahrt.

2 Er kann Vorschriften erlassen über das Wasserskifahren und ähnliche Betätigungen sowie zum Schutz der anderen Benützer der Gewässer.

3 Die Kantone können besondere örtliche Vorschriften erlassen, um die Sicherheit der Schifffahrt oder den Umweltschutz zu gewährleisten.

Verordnung vom 8. November 1978 über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern, BSV, SR 747.201.1

Art. 53 Fahren in der Uferzone

1 Motorschiffe, ausgenommen Kursschiffe, die nach dem offiziellen Fahrplan verkehren, dürfen:

a. die innere Uferzone nur befahren, um an- oder abzulegen, stillzuliegen oder Engstellen zu durchfahren; sie nehmen dabei den kürzesten Weg;

b. in der inneren und äusseren Uferzone nicht schneller fahren als 10 km/h.

Als innere Uferzone gilt der Gewässergürtel bis zum Abstand von 150 m vom Ufer, als äussere Uferzone derjenige ausserhalb der inneren Uferzone bis zum Abstand von 300 m vom Ufer, von Wasserpflanzenbeständen, die dem Ufer vorgelagert sind oder von Einbauten im Gewässer.

2 Absatz 1 Buchstabe a gilt nicht:

a. für Schiffe mit elektrischem Antrieb;

b. für Schiffe der Berufsfischer auf Fang;

c. für Schiffe, die mit der Schleppangel fischen, sofern die Zustimmung der zuständigen Behörde vorliegt.

3 Bestände von Wasserpflanzen wie Schilf, Binsen und Seerosen dürfen nicht befahren werden. In der Regel ist ein Abstand von mindestens 25 m einzuhalten.

4 Die zuständige Behörde kann die Höchstgeschwindigkeit von 10 km/h auf die innere Uferzone beschränken, wenn:

a. sich die Uferzonen nähern, berühren oder überschneiden und es die Sicherheit des Verkehrs erfordert;

b. dadurch, namentlich längs steil abfallendem, unbewohntem Ufer, keine Beeinträchtigungen der Schifffahrt oder andere Nachteile zu erwarten sind.

Art. 54 Fahren in der Uferzone

1 Das Fahren mit Wasserski, Drachensegelbrettern oder ähnlichen Geräten ist nur bei Tag und klarer Sicht gestattet, frühestens ab 08.00 Uhr und spätestens bis 21.00 Uhr.

2 In den Uferzonen ist das Fahren mit Wasserski oder ähnlichen Geräten ausserhalb behördlich bewilligter Startgassen und gekennzeichneter, ausschliesslich diesem Zweck dienender Wasserflächen verboten.

2bis Das Fahren mit Drachensegelbrettern ausserhalb behördlich bewilligter Wasserflächen ist verboten. Wasserflächen dürfen nur dann zur Benutzung durch Drachensegelbretter freigegeben werden, wenn die Sicherheit der übrigen Seebenützer innerhalb der freigegebenen Fläche gewährleistet bleibt und die natürliche Umwelt nicht beeinträchtigt wird.

3 Der Schiffsführer des schleppenden Schiffes muss von einer geeigneten Person begleitet sein, die das Schleppseil und den Wasserskifahrer beobachtet.

4 Das schleppende Schiff und der Wasserskifahrer haben von anderen Schiffen und von Badenden einen Abstand von mindestens 50 m zu halten. Das Schleppseil darf nicht elastisch sein und nicht leer im Wasser nachgezogen werden.

5 Das gleichzeitige Schleppen von mehr als zwei Wasserskifahrern ist verboten.

6 Das Schleppen von Fluggeräten (Flugdrachen, Drachenfallschirmen und ähnlichen Geräten) ist verboten.

Einführungsgesetz des Kantons Z. vom 29. September 1988 zum Bundesgesetz über die Binnenschiffahrt, EG-BSG

§ 2 Regierungsrat

Der Regierungsrat übt die Oberaufsicht über die Schiffahrt auf den öffentlichen Gewässern des Kantons Z. aus. Er ist insbesondere zuständig für:

a) die Einschränkung der Schiffahrt und die Begrenzung der Zahl der auf einem Gewässer zugelassenen Schiffe (Art. 3 Abs. 2 BSG);

b) den Abschluss interkantonaler Vereinbarungen (Art. 4 Abs. 1 BSG);

c) den Erlass von Vorschriften für Anlagen, die der Schiffahrt dienen (Art. 8 Abs. 1 BSG; Art. 160 BSV) sowie über das Stationieren von Booten;

d) den Erlass besonderer Vorschriften zur Gewährleistung der Sicherheit der Schiffahrt oder im Interesse des Umweltschutzes (Art. 25 Abs. 3 BSG);

e) den Erlass von Vorschriften für den Sturmwarn- und den Seerettungsdienst (Art. 26 Abs. 1 BSG);

f) die Festsetzung der Gebühren für die Verrichtungen der Schiffahrtskontrolle (Art. 62 Abs. 1 BSG);

g) die Aufhebung der Höchstgeschwindigkeit in der äussern Uferzone (Art. 53 Abs. 4 BSV);

h) die Bewilligung von Startgassen und Wasserflächen für das Wasserskifahren (Art. 54 BSV);

i) die Bewilligung von Längsfahrten in der innern Uferzone (Art. 163 Abs. 1 Bst. a BSV).

§ 9 Verkehrsbeschränkungen

1 Soweit es der Ufer-, Landschafts- oder Immissionsschutz oder die Sicherheit des Wasserverkehrs erfordern, kann der Regierungsrat Verkehrs- oder Zulassungsbeschränkungen erlassen.

2 Zulässig sind namentlich:

a) Verbote oder Beschränkungen des Befahrens von Kleinseen, bestimmter Seegebiete oder von Flussbecken durch kennzeichnungs- und immatrikulationspflichtige Schiffe;

b) Beschränkungen des Verkehrs mit nicht kennzeichnungspflichtigen Schiffen wie Paddelbooten, Kajaks, Windsurfern, Strand- und ähnlichen kleinen Vergnügungsbooten;

c) Beschränkungen der Zahl nautischer Veranstaltungen.

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02

Art. 1

1 Dieses Gesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben.

2 Es soll insbesondere:

a. die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern;

b. die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen;

c. die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken;

d. den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz festigen.

3 Als Erwerbstätigkeit im Sinne dieses Gesetzes gilt jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit.

Art. 2 Freier Zugang zum Markt

1 Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist.

2 Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben stellen sicher, dass ihre Vorschriften und Verfügungen über die Ausübung der Erwerbstätigkeit die Rechte nach Absatz 1 wahren.

3 Das Anbieten von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen richtet sich nach den Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung oder des Sitzes der Anbieterin oder des Anbieters. Sind das Inverkehrbringen und Verwenden einer Ware im Kanton der Anbieterin oder des Anbieters zulässig, so darf diese Ware auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Verkehr gebracht und verwendet werden.

4 Jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, hat das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird. Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften der Erstniederlassung obliegt den Behörden des Bestimmungsortes.

5 Bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze gelten die kantonalen beziehungsweise kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig.

(…)

Art. 3 Beschränkung des freien Zugangs zum Markt

1 Ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern darf der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie:

a. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten;

b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und

c. verhältnismässig sind.

2 Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn:

a. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird;

b. die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;

c. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird;

d. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat.

3 Beschränkungen, die nach Absatz 1 zulässig sind, dürfen in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten.

4 Über Beschränkungen ist in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden.