

Hinweise:

Die vorliegende Probeklausur mit Korrekturraster soll den Studierenden ermöglichen, ihre im Hinblick auf die Bachelorprüfung angeeigneten Kenntnisse selbst einzuschätzen. Die Probeklausur wird **nicht** im Rahmen der Übungen im öffentlichen Recht II und III besprochen.

**Probeklausur II HS 2009
ÖFFENTLICHES RECHT**

Der Regierungsrat des Kantons X erliess am 27. November 2009 eine neue Verordnung über Berufe des Gesundheitswesens. Sie wurde am 1. Dezember 2009 im kantonalen Amtsblatt publiziert und wird am 1. Januar 2010 in Kraft treten.

Eine der Neuregelungen betrifft Art. 27 über die Ausübung des Berufs des Augenoptikers / der Augenoptikerin:

Art. 27

¹ Der Augenoptiker oder die Augenoptikerin hat eine vorgängige augenärztliche Untersuchung zu empfehlen, wenn er oder sie krankhafte Augenveränderungen oder Korrelationsstörungen vermutet beziehungsweise feststellt.

² Refraktionsbestimmungen an Kindern unter 16 Jahren dürfen nur im Einverständnis mit dem Augenarzt oder der Augenärztin vorgenommen werden.

³ Kontaktlinsen dürfen bei Kindern unter 16 Jahren nur im Einverständnis mit dem Augenarzt oder der Augenärztin angepasst werden."

[Hinweis: Als *Refraktion* bezeichnet man die Bestimmung der Sehschärfe, insbesondere zur Verordnung von Brillen oder Kontaktlinsen. Dazu werden manuelle oder computergesteuerte Geräte eingesetzt, mit denen sich bestimmen lässt, welche Korrektur zur Behebung einer Sehschwäche (Kurz- oder Weitsichtigkeit) notwendig ist. Refraktionsbestimmungen sind ein zentraler Bestandteil der Ausbildung der Augenoptiker/-innen.]

Diese Bestimmung der Verordnung stützt sich auf Art. 55 des kantonalen Gesundheitsgesetzes, wonach „der Regierungsrat die Ausübung der folgenden Berufe des Gesundheitswesens regelt: c. Augenoptiker, ...“. Der Regierungsrat begründet die Erfordernisse von Abs. 2 und 3 folgendermassen: Es sei zwar richtig, dass bloss 4 andere Kantone eine analoge Regelung kennen würden, sie sei aber nötig geworden, seit sog. „prismatische“ Brillen und Kontaktlinsen auf dem Markt seien. Diese neuen Produkte seien für schielende Kinder ungeeignet und gefährlich, wenn das Schielen nicht erkannt werde.

Heute gelangen Herr A., Eigentümer des Optikergeschäftes „Augen&Mehr“, Frau B., die Präsidentin des Augenoptikerverbandes des Kantons X, und Frau C., Mutter der weitsichtigen, zwölfjährigen D an Sie. Sie ärgern sich über die neue Pflicht, bei Kindern unter 16 Jahren gemäss Art. 27 Abs. 2 und 3 der Verordnung ein ärztliches Einverständnis für Refraktionsbestimmungen und die Anpassung von Kontaktlinsen einholen zu müssen, und sehen sich in Ihren Grundrechten verletzt. Im Einzelnen bringen sie Folgendes vor:

- Herr A. will mit Beschwerde an das Bundesgericht. Er hält die Bestimmung für höchst unklar, weil man nicht wisse, was „Einverständnis“ heisse. Er fühlt sich in seinem wirtschaftlichen Handeln beeinträchtigt und weist darauf hin, dass in der Praxis die Augenärzte in solchen Fällen natürlich das Kind untersuchen müssten und dabei gleich eine Refraktionsbestimmung vornehmen bzw. ein Rezept für Kontaktlinsen ausstellen würden, sodass den Optikern beim Kundensegment der unter 16-jährigen eine wichtige Einnahmequelle entgehe. Schliesslich meint er, über eine so wichtige Sache hätte man abstimmen müssen, und es könne nicht angehen, dass der Regierungsrat hier in eigener Kompetenz legisfierierte. Zudem verzerre die Regelung den Wettbewerb zwischen Optikern/-innen und Ärzten/-innen.
- Frau B. sagt, der Augenoptikerverband des Kantons X (ein Verein nach Art. 60 ff. ZGB) möchte als Verband bei einer allfälligen Beschwerde von Herrn A. mitmachen. Sie erklärt, gemäss Statuten sei es Aufgabe des Verbandes „die beruflichen Interessen der Augenoptiker und –optikerinnen im Kanton X gegenüber Behörden und Öffentlichkeit zu vertreten“. Sie teilt die Auffassung von Herrn A., dass die Neuregelung für die Optikerbranche finanzielle Verluste bewirke und kann nicht verstehen, warum der Regierungsrat den Optiker/-innen zwar zutraut, bei Erwachsenen ohne krankhafte Veränderungen Refraktionsbestimmungen vorzunehmen und Kontaktlinsen anzupassen, ihnen aber bei Kindern generell misstraut, d.h. auch dann, wenn keine Hinweise auf krankhafte Veränderungen im Sinn von Absatz 1 (Schielen) vorliegen. Frau B. ärgert sich auch darüber, dass der Verband vor Erlass dieser Verordnungsbestimmung nicht angehört wurde, und will wissen, ob es möglich sei, vor Bundesgericht mit Aufsicht auf Erfolg eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu rügen.
- Frau C. ist ebenfalls verärgert. Ihre Tochter D braucht Kontaktlinsen, die wegen des Wachstums regelmässig angepasst werden müssen. Sie weist darauf hin, dass sie vor drei Jahren beim Augenarzt war, als sich bei D Sehstörungen manifestierten, hält es aber für völlig übertrieben, jedes Mal einen Arztbesuch machen zu müssen, wenn neue Kontaktlinsen nötig würden.

Beantworten Sie folgende Fragen:

1. a) Mit welchem Rechtsmittel kann Herr A. an das Bundesgericht gelangen? Wird das Bundesgericht darauf eintreten?
b) Wie stehen die Erfolgsaussichten?
c) Ungeachtet Ihrer Antworten zu Fragen 1 a) und b): Was würde das Bundesgericht tun, wenn es zum Schluss käme, die Beschwerde von Herrn A sei gerechtfertigt und deshalb gutzuheissen?
2. a) Ist der Augenoptikerverband des Kantons X *legitimiert*, das gleiche Rechtsmittel wie Herr A mit den gleichen Rügen zu erheben? [Sie müssen die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels nicht nochmals prüfen].
b) Kann der Augenoptikerverband darüber hinaus eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend machen, weil er vor Erlass der Verordnungsbestimmung nicht angehört wurde?

3. Welche *Rügen* könnte Frau C. vor Bundesgericht geltend machen und wäre sie zu einer entsprechenden Beschwerde *legitimiert*? [Sie müssen die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels nicht nochmals prüfen]. Wie wären die Erfolgsaussichten?

Erlaubte Hilfsmittel: BV, BGG, VGG, VwVG

Probeklausur II HS2009

Korrekturraster

KORREKTURHINWEIS: BEI NUR TEILWEISE RICHTIGEN ANTWORTEN $\frac{1}{2}$ und $\frac{1}{4}$ PUNKTE GEBEN.

Text in eckigen Klammern sind nicht nötige Elemente der Antwort bzw. Hinweise für die Korrektur, "/>

FRAGE 1 a): Mit welchem Rechtsmittel kann Herr A. an das Bundesgericht gelangen? Wird das Bundesgericht darauf eintreten?

Thema (Reihenfolge irrelevant)	Antwort	TotalP von 4 P
Rechtsmittel	Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (1/4 P) , das Bger wird darauf eintreten (1/4 P)	P von 1/2 P
Anfechtungsobjekt	Anfechtungsobjekt ist eine kantonale Verordnung; Erlass i.S.v. Art. 82 Bst. b BGG (1/2 P)	P von 1/2 P
Ausnahmekatalog/Streitwert	Ausnahmen nach Art. 83 BGG irrelevant (Erlass); Streitwertgrenze nach 85 BGG nicht beachtlich (1/2 P)	P von 1/2 P
Legitimation	Zur Anfechtung einer kantonalen Verordnung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist legitimiert, wer vom Erlass virtuell in schutzwürdigen tatsächlichen Interessen besonders berührt ist (1/2) Herr A. ist virtuell betroffen, da er Augentoptiker ist und die Verordnung künftig auf ihn angewendet werden wird (1/4) , es besteht deshalb auch ein tatsächliches Interesse an der Aufhebung des Erlasses (1/4) [Falsch: aktuell betroffen: A. ist noch nicht mit einem Anwendungsfall konfrontiert]	P von 1 P
Zulässigkeit der Beschwerde	Art. 87 BGG: Gegen kantonale Erlasse ist unmittelbar die Beschwerde zulässig, sofern kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann (keine Normen vorhanden, siehe Sachverhalt) (1/2 P)	P von 1/2 P
Beschwerdegründe	Art. 95 ff. BGG; Wirtschaftsfreiheit wird unter Art. 95 Bst. a BGG subsumiert (1/2)	P von 1/2 P
Frist	30 Tage nach Publikation im Amtsblatt (Art. 101 BGG) (1/4) ; Frist i.c. kein Problem (1/4) (nur Frist ist kein Problem: 1/4)	P von 1/2 P

FRAGE 1 b): Wie stehen die Erfolgsaussichten für Herrn A?

Thema	Antwort	TotalP von 9 1/2 P
Ist der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (WF) betroffen	- Sachlich: Wirtschaftsfreiheit garantiert u.a. Freiheit, über die Art der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu entscheiden (1/2 P) - Persönlich: natürliche und juristische Personen geschützt (1/2 P) [Problem Staatsbürgerschaft muss nicht behandelt werden]	P von 1 P
Wird in den Schutzbereich der WF eingegriffen ?	- Ja, weil den Optikern gewisse Tätigkeiten ohne vorgängige Zustimmung einer Augenärztin verboten werden (1/2 P) [Regelung bewirkt Einkommenseinbuße = 1/4 P]	P von 1/2 P
Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage ?	- Grundsatz: je schwerer der Eingriff, desto höher sind die Anforderungen an die Normstufe und die Normdichte der gesetzlichen Grundlage (1/2 P). Hier: ein leichter Eingriff, da Beruf weiter ausgeübt werden kann (1/2 P) - Hier stellt sich v.a. die Frage, ob die Delegationsnorm im Gesetz inhaltlich genügend bestimmt ist (1/2 P). Für leichten Eingriff zu bejahen (1/2 P), da zur Frage der „Ausübung“ des Berufes auch die Frage gehört, welche Aktivitäten unter welchen Voraussetzungen vorgenommen werden dürfen (1/2 P) - Verordnungsbestimmung: „Einverständnis“ = genügend bestimmt, obwohl verschiedene Formen solcher „Zustimmung“ möglich sind / ODER zu wenig bestimmt (1/2 P für Behandlung des Themas) [Falls diese Elemente vorhanden sind, volle Punktezahl unabhängig davon geben, ob Delegationsgrundsätze systematisch durchgeprüft wurden oder nicht]	P von 3 P
Vorliegen eines öffentlichen Interesses oder Schutz von Grundrechten Dritter ?	• Bei Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit ist zu prüfen, ob der Eingriff systemkonform ist, d.h. von seiner primären Zielsetzung her wettbewerbs-neutral, oder systemwidrig, d.h. von seiner Zielsetzung her wettbewerbsverzerrend? (1/2 P) In casu ist er wettbewerbsneutral (1/2 P) • Hier: Schutz der Gesundheit/ ODER: Schutz der Kinder (1/2 P)	P von 1 1/2 P

Verhältnismässigkeit des Eingriffs?	- Abstrakte Nennung aller Elemente der Verhältnismässigkeit: 1 P, (2 Elemente: 1/2) - Eignung: offene Frage für Verneinung (z.B. Geeignetheit der Regelung fraglich: Wenn schon Gefahr, dann hätte man statt „Einverständnis“ Rezept für Brille/Linsen verlangen müssen) oder Bejahung je nach Qualität der Begründung 1/2 P - Fehlende Erforderlichkeit (milderes Mittel). Regierungsrat argumentiert mit Gefährlichkeit sog. „prismatischer“ Brillen und Kontaktlinsen. Es hätte genügt, Erfordernis auf solche Produkte zu beschränken Verneinung gibt 1/2 P (Bejahung 0P) - Zumutbarkeit [muss nicht geprüft werden]	P von 2 P
Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen?	Definition: Marktteilnehmende richten sich mit gleichem Angebot an gleiches Publikum in der gleichen Branche, um das gleiche Bedürfnis zu decken (direktes Konkurrenzverhältnis [3 Elemente genannt: 1/2P]) Bei guter Begründung 1P (z.B. Hinweise: gleiches Produkt spricht dafür; allgemein eher nicht, da unterschiedliche Branchen)	P von 1 ½P
Verletzung des Kerngehaltes?	[muss nicht behandelt werden]	-----

FRAGE 1 c): Ungeachtet Ihrer Antworten zu Frage 1: Was würde das Bundesgericht tun, wenn es zum Schluss käme, die Beschwerde von Herrn A sei gerechtfertigt und deshalb gutzuheissen?

Thema	Antwort	TotalP von 2 P
Verfassungskonforme Auslegung	- Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle prüft das Bundesgericht, ob sich eine problematische Norm verfassungskonform auslegen lässt, und verzichtet auf die Aufhebung der Norm, falls dies möglich ist (1/2 P). - Hier: verfassungskonforme Auslegung nicht möglich (1/2 P)	P von 1 P
Kassation	- Hier: Bundesgericht hebt Art. 27 Abs. 2 und 3 /ODER: die angefochtene Norm auf; Art. 107 BGG (1 P) [falsch und 0 Punkte: hebt die Verordnung auf]	P von 1 P

FRAGE 2a) : Ist der Augentoptikerverband des Kantons X *legitimiert*, das gleiche Rechtsmittel wie Herr A mit den gleichen Rügen zu erheben?

Thema	Antwort	TotalP von 1 P
Legitimation zur Verbandsbeschwerde	- Fall der Verbandsbeschwerde (1/4 P) - Voraussetzungen erfüllt: Juristische Person (1/4 P), Statuten ermächtigen zur Wahrnehmung der Interessen der Mitglieder (1/4 P), Mehrheit der Mitglieder betroffen und selbst legitimiert (1/4)	P von 1 P

FRAGE 2b) Kann der Verband sich auf den Anspruch auf rechtliches Gehör berufen, weil er vor Erlass der Verordnungsbestimmung nicht angehört wurde?

Thema	Antwort	TotalP von 1 P
Rechtliches Gehör im Rechtsetzungsverfahren	- Nein, weil der Anspruch auf rechtliches Gehör nur in Rechtsanwendungsverfahren / ODER: nicht in Rechtsetzungsverfahren gilt (1 P)	P von 1 P

FRAGE 3: Welche *Rügen* könnte Frau C. vor Bundesgericht geltend machen und wäre sie zu einer entsprechenden Beschwerde *legitimiert*? [Sie müssen die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels nicht nochmals prüfen]. Wie wären die Erfolgsaussichten?

Thema	Antwort	TotalP von 2 1/2 P
Mögliche Rüge	Einziges anrufbares Grundrecht ist die Willkür (1 P)	P von 1 P
Legitimation	Auch wenn sich Norm nicht direkt an Frau C richtet, ist sie virtuell betroffen (1/4), wegen ihrer Tochter und evtl. weiterer zukünftiger Kinder, die Sehstörungen haben (werden) (1/4)	P von 1/2 P
Erfolgsaussichten	- Willkür in der Rechtsetzung ist gegeben, wenn die Regelung klar unsachlich und schikanös, oder in sich widersprüchlich ist (1/2 P) [andere Elemente der Definition akzeptieren, falls richtig argumentiert wird] - Hier liegt keine Willkür vor (1/4 P) Begründung (1/4 P) [z.B. es liegt ein öffentliches Interesse vor, weshalb die Regelung nicht sinn- und zwecklos oder schikanös ist]	P von 1 P

Notenskala

0 - 1 P = Note 1

1 $\frac{1}{4}$ - 2 $\frac{3}{4}$ P = Note 1.5

3 - 4 $\frac{1}{2}$ P = Note 2

4 $\frac{3}{4}$ - 6 $\frac{1}{4}$ P = Note 2.5

6 $\frac{1}{2}$ - 8 P = Note 3

8 $\frac{1}{4}$ - 9 $\frac{3}{4}$ P = Note 3.5

10 - 11 $\frac{3}{4}$ P = Note 4

12 - 13 $\frac{3}{4}$ P = Note 4.5

14 - 15 $\frac{3}{4}$ P = Note 5

16 - 17 $\frac{3}{4}$ P = Note 5.5

18 - 20 P = Note 6