

Lösungsskizze zur Prüfung Öffentliches Recht II & III vom 30. Juni 2021

Aufgabe 1		37 P
1. Ausgangslage		2
	<p>§ 26b Abs. 2 EnG sieht vor, dass die Volkswirtschaftsdirektion über das Gesuch <i>abschliessend</i> entscheidet. Somit sieht das EnG einen Ausschluss vom Rechtsschutz vor. Ein solcher Ausschluss des Rechtsschutzes könnte jedoch einen Verstoss gegen die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) darstellen. Diese Bestimmung sieht vor, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Gemäss Satz 2 der genannten Bestimmung können Bund und Kantone in Ausnahmefällen durch Gesetz die richterliche Beurteilung ausschliessen.</p> <p>Es fragt sich somit, ob § 26b Abs. 2 EnG einen Verstoss gegen die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV darstellt.</p> <p>(Bemerkung: Die nachfolgend dargestellte Problematik betr. Art. 29a BV kann auch in die Prüfung der Voraussetzungen der Beschwerde an das Verwaltungsgericht integriert werden.)</p>	
2. Anwendbarkeit von Art. 29a BV		
A. Persönlicher Anwendungsbereich		2
	<p>Nach dem Wortlaut von Art. 29a BV kann sich „jede Person“ auf die Rechtsweggarantie berufen. Darunter fallen sämtliche natürlichen Personen sowie die juristischen Personen des Privatrechts (SGK BV-KLEY, Art. 29a N 14; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 8).</p> <p>Die Restaurant zur Sonne AG ist, wie sich aus ihrer Rechtsform als Aktiengesellschaft ergibt, eine juristische Person (vermutungsweise) des Privatrechts und somit Rechtsträgerin der Rechtsweggarantie.</p>	

B. Sachlicher Anwendungsbereich	5
<p>Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 29a BV wird mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der „Rechtsstreitigkeit“ umschrieben. Der Anwendungsbereich von Art. 29a BV setzt eine konkrete und seriöse Streitigkeit über Rechts- oder Tatsachenfragen im Zusammenhang mit der Existenz, dem Umfang oder den Modalitäten eines Rechts voraus. Die gerichtliche Beurteilung des Rechtsstreites muss einen direkten Einfluss auf die Ausübung dieses Rechts haben. Gegenstand einer unter die Rechtsweggarantie fallenden Streitigkeit können aber nur Rechte sein, die in der Rechtsordnung (Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht) von Bund und Kantonen garantiert sind, wobei auch das unmittelbar anwendbare Völkerrecht dazugehört. Erfasst werden im Gegensatz zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II alle Rechtsstreitigkeiten; ob es sich dabei um zivilrechtliche, strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Streitigkeiten handelt, ist unerheblich. Vorausgesetzt ist aber, dass die Streitigkeit „im Zusammenhang mit einer individuellen Rechtsbeziehung“ steht und der Einzelne unmittelbar in einem Interesse betroffen ist, „das vom Recht als schützenswert anerkannt wird“ (zum Ganzen BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 10).</p> <p>Vorliegend handelt es sich um eine Rechtsfrage im Zusammenhang mit der Existenz eines Rechts, nämlich des Rechts, Heizstrahler zu betreiben. Ein solches Recht ist im Sinne einer Ausnahme in § 26b Abs. 1 EnG vorgesehen (und auch der Streit um das Verbot ist eine Rechtsstreitigkeit). Die Streitigkeit steht zudem im Zusammenhang mit einer individuellen Rechtsbeziehung (zwischen der Restaurant zur Sonne AG und dem Kanton X.) und die Restaurant zur Sonne AG ist in einem schützenswerten Interesse betroffen, nämlich letztlich in ihren wirtschaftlichen Interessen.</p>	
C. Zwischenfazit	1
Die Rechtsweggarantie ist auf den vorliegenden Fall anwendbar bzw. der Schutzbereich ist eröffnet.	

3. Ausnahmen	6
<p>Für kantonale Rechtsstreitigkeiten hat der Bundesgesetzgeber die Ausnahmefälle einer richterlichen Beurteilung weitgehend abschliessend konkretisiert (BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 25). Die Kantone sind nur dort berechtigt, Ausnahmen vom kantonalen Gerichtszugang vorzusehen, wo sie das BGG oder ein anderes Bundesgesetz dazu ermächtigt. Art. 86 Abs. 3 BGG verengt die Ausnahmen des Art. 29a BV auf „Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter“. Für einen solchen politischen Charakter reicht es nicht aus, dass die Streitigkeit eine politische Komponente aufweist, der politische Charakter muss vielmehr klar dominieren. Der Begriff ist zudem eng auszulegen. Darunter fallen etwa Entscheide über Ermächtigungen zur Strafverfolgung von Magistratspersonen oder Begnadigungen. In diesen Fällen können die Kantone anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen (BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 26). Des Weiteren können die Kantone gemäss Art. 88 Abs. 3 Satz 2 BGG die Möglichkeit einer Beschwerde für Akte des Parlaments oder der Regierung im Bereich der politischen Rechte ausschliessen (BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 27).</p> <p>Vorliegend ist weder ein Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter ersichtlich noch handelt es sich um einen Akt im Bereich der politischen Rechte, weshalb keine Ausnahme von der Rechtsweggarantie gegeben ist, sondern die in § 26b Abs. 2 EnG enthaltene Regelung gegen die Rechtsweggarantie verstösst (vgl. zu einem ähnlich gelagerten Fall auch BGer, Urteil 2D_32/2020 vom 24. März 2021).</p> <p>(Bemerkung: Auch eine Lösung allein über Art. 29a BV führt zum gleichen Ergebnis, da eine Begründung für einen Ausnahmefall nicht ersichtlich ist – die Anwendung von Art. 86 BGG ist indessen etwas präziser.)</p>	
4. Zwischenfazit	2
<p>Die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit von § 26b Abs. 2 EnG ist, dass die Norm nicht zur Anwendung gelangt und das kantonale Verwaltungsgericht zuständig ist. Die Restaurant zur Sonne AG kann somit die Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion beim Verwaltungsgericht des Kantons X. anfechten, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu sogleich).</p>	

5. Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht	
A. Anfechtungsobjekt	3
<p>Anfechtungsobjekt kann gemäss § 33 Abs. 1 lit. a VRPG eine Verfügung einer kantonalen Direktion sein.</p> <p>Vorliegend handelt es sich um eine Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons X. vom 29. Juni 2021. (Bemerkung: Die Voraussetzungen einer Verfügung mussten vorliegend nicht geprüft werden, da es sich gemäss Sachverhalt klarerweise um eine Verfügung handelt.)</p> <p>Es liegt somit ein taugliches Anfechtungsobjekt vor.</p>	
B. Beschwerdelegitimation	5
<p>Die Beschwerdelegitimation gemäss § 34 Abs. 1 VRPG erfordert neben der Partei- und Prozessfähigkeit eine formelle (lit. a) und eine materielle Beschwer (lit. b) sowie, also die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren und ein besonderes Berührtsein in schutzwürdigen Interessen (lit. c). Das Interesse muss zudem aktuell und praktisch sein. Der gerügte Nachteil muss also im Urteilszeitpunkt weiterhin bestehen und nur durch Gutheissung der Beschwerde beseitigt werden können.</p> <p>Die Restaurant zur Sonne AG ist als Verfügungsadressatin ohne Weiteres formell und materiell beschwert. Sie hat zudem ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung des Verbots, da sie die Heizstrahler nicht mehr betreiben kann und daher Umsatzverluste erleiden könnte.</p>	
C. Beschwerdegründe	3
<p>Mit der Beschwerde können gemäss § 35 VRPG Rechtsverletzungen oder die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden.</p> <p>Die Restaurant zur Sonne AG könnte etwa die Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV geltend machen.</p>	

(Bemerkung: Wichtig ist die Kongruenz zu Aufgabe 2) Es liegt somit ein tauglicher Beschwerdegrund vor.	
D. Beschwerdefrist	3
Die Beschwerdefrist beträgt gemäss § 36 Abs. 1 VRPG 30 Tage. Die Verfügung datiert vom 29. Juni 2021 und ist der Adressatin am heutigen 30. Juni 2021 zugegangen. Die Frist läuft daher, sollte es im Kanton X. keine Gerichtsferien geben, mindestens bis zum 30. Juli 2021. Kennt der Kanton X. hingegen Gerichtsferien und entsprechen diese denjenigen von Art. 46 BGG, so läuft die Frist sogar erst am 31. August 2012 ab.	
6. Fazit	1
Die formellen Voraussetzungen zur Erhebung einer Beschwerde vor dem kantonalen Verwaltungsgericht sind erfüllt und auf die Beschwerde ist somit einzutreten.	
Aufbau, Argumentation und Ausdruck	4

Aufgabe 2		60 P
1.	Betroffene Grundrechte	3
<p>Die in § 26b EnG enthaltene Regelung betrifft die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. Auch eine Verletzung der Eigentumsgarantie i.S.v. Art. 26 BV ist zu diskutieren. Allenfalls ist auch eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) zu prüfen.</p>		
2.	Wirtschaftsfreiheit	
A.	Inhalt und Schutzbereich	4
<p>Die Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 27 BV normiert. Gemäss dessen Abs. 1 ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Die Wirtschaftsfreiheit umfasst gemäss Art. 27 Abs. 2 BV insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.</p> <p>Die Wirtschaftsfreiheit schützt die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit. Kern des Grundrechts ist der wirtschaftliche Austausch zwischen Privaten. In sachlicher Hinsicht schützt die Wirtschaftsfreiheit alle erdenklichen Leistungen, die Gegenstand eines Austausches sein können. Weit ist der Schutzbereich auch in funktionaler Hinsicht. Was die Privaten für den wirtschaftlichen Austausch als förderlich erachten und was sie in organisatorischer Hinsicht vorkehren, bleibt ihnen überlassen. So sind die Wahl des Ortes der Betätigung, der Zeit, des Umfangs, der eingesetzten Mittel, der Produktion, des Vertriebs, der Organisation und der Werbung Gegenstand der Wirtschaftsfreiheit. Un-erheblich ist auch, ob die Tätigkeit selbständig oder unselbständig ausgeübt wird. Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 27 BV ist zudem, dass es zu einem wirtschaftlichen Austausch kommt, sodass etwa das Betteln nicht unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fällt (zum Ganzen BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 3 ff.).</p> <p>Das Betreiben eines Restaurants durch eine privatrechtliche Aktiengesellschaft stellt zweifellos eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 27 BV dar. Die Leistung des Gastwirtes ist auf ein Austauschverhältnis gerichtet, erwartet er doch dafür ein Entgelt. Es findet also ein wirtschaftlicher Austausch statt. Dazu gehört, wie die Gäste bewirtet werden, also die Wahl des Lokals, dessen Ausstattung etc.</p>		

Heizstrahler gehören zur Versorgung der Gäste, womit der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit im vorliegenden Fall berührt ist.	
B. Grundrechtsträger	2
Die Wirtschaftsfreiheit steht natürlichen und juristischen Personen zu (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 28). Adressat der Wirtschaftsfreiheit ist, wie bei allen Grundrechten, der Staat (BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 33). Die Restaurant zur Sonne AG als juristische Person des Privatrechts ist somit Träger der Wirtschaftsfreiheit.	
C. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit	
a) Grundsatzkonformität	5
Die Wirtschaftsfreiheit gilt nicht absolut. Sie kann ähnlich den Freiheitsrechten eingeschränkt werden. Das Schrankensystem ergibt sich aus Art. 36 und Art. 94 Abs. 1 und 4 BV (SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 56 f.). Dabei wird zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit unterschieden. Grundsatzwidrige Eingriffe sind solche, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, sich also gegen den Wettbewerb richten. Sie sind prinzipiell verboten, weil sie dem Vorentscheid des Verfassungsgebers widersprechen, die ökonomischen Entscheidungen den Privaten zu überlassen. Solche grundsatzwidrigen Massnahmen sind nur ausnahmsweise zulässig, nämlich wenn sie in der BV vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Für grundsatzwidrige Eingriffe gibt es somit einen besonderen Verfassungsvorbehalt (SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 60). Grundsatzkonforme Eingriffe hingegen dürfen nach den allgemeinen, in Art. 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe eingeschränkt werden, d.h., Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse (oder durch den Schutz der Grundrechte Dritter) gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit wahren. Schwerwiegende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit wie z.B. Berufsausübungsverbote bedürfen einer hinreichend klaren, formellgesetzlichen Grundlage, d.h., die grundlegenden Elemente der Eingriffsregelung müssen bereits im formellen Gesetz enthalten sein (zum Ganzen SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 57). Vorliegend handelt es sich um einen grundsatzkonformen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Es wird damit nicht in den freien Wettbewerb	

<p>eingegriffen. Es wird der Betrieb von Heizstrahlern generell verboten. Man könnte allenfalls erwägen, dass ein Verbot von Heizstrahlern ein Bergrestaurant stärker betrifft, weil dort typischerweise weniger Innenraum zur Verfügung steht und die Temperaturen kühler sind. Das wäre in jedem Fall aber nur eine sehr geringfügige Beeinflussung des Wettbewerbs und die Hauptstossrichtung der Massnahme ist nicht auf eine Beeinflussung des Konkurrenzverhältnisses, sondern auf Umweltschutz gerichtet. Aus diesem Grund ist von einer grundsatzkonformen Massnahme auszugehen. Der zur Diskussion stehende Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ist somit nach den in Art. 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wahrung des Kerngehalts) zu beurteilen.</p>	
<p>b) Gesetzliche Grundlage</p>	9
<p>Einschränkungen von Grundrechten bedürfen gemäss Art. 36 Abs. 1 BV einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Eingriffe müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Dabei wird zwischen dem Erfordernis des Rechtssatzes und dem Erfordernis der Gesetzesform unterschieden. Das Erfordernis des Rechtssatzes bedeutet, dass ein Grundrechtseingriff nur aufgrund und nach Massgabe einer generell-abstrakten Rechtsnorm erfolgen darf, die genügend bestimmt ist (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 338). Das Erfordernis der Gesetzesform bedeutet, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe in einem Gesetz enthalten sein müssen. Beurteilt wird hier die Normstufe. Entscheidend ist somit die demokratische Legitimation eines Erlasses (zum Ganzen SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 15 f.).</p> <p>Beim EnG handelt es sich um ein Gesetz im formellen Sinn, welches wohl im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren des Kantons X. erlassen worden ist. Die Bestimmungen des EnG stellen damit eine genügende gesetzliche Grundlage gemäss dem Erfordernis der Gesetzesform dar.</p> <p>Die fraglichen Regelungen im EnG des Kantons X. richten sich zudem an eine Vielzahl von Adressaten (generell) und erfassen eine unbestimmte Vielheit an Fällen (abstrakt), stellen daher generell-abstrakte Regelungen dar und erfüllen somit grundsätzlich das Erfordernis des Rechtssatzes. Fraglich ist jedoch, ob die Regelung im Energiegesetz insgesamt zu unbestimmt ist (Erfordernis des Rechtssatzes). Das Verbot an sich erfüllt die Voraussetzungen ohne Weiteres. Die Offenheit ergibt sich aber durch die Ausnahmeklausel, so dass man in Frage stellen kann, dass die Regelung insgesamt das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage erfüllt. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb der Behörde ein derart weites Ermessen eingeräumt werden muss.</p>	

<p>Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit des Rechtssatzes als Teilgehalt des Erfordernisses des Rechtssatzes verlangt, dass der Rechtssatz, auf den sich die Verfügung stützt, genügend bestimmt ist, also die erforderliche Normdichte aufweist. Das Handeln der Verwaltungsbehörde muss im Einzelfall voraussehbar und rechtsgleich sein. Blankettermächtigungen, die den Behörden völlig freie Hand lassen und sie dazu ermächtigen, von Fall zu Fall zu entscheiden, sind unzulässig. Das Gesetz muss dabei so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Je schwerer der Grundrechtseingriff wiegt, umso höhere Anforderungen sind an die Klarheit und Eindeutigkeit der Formulierung zu stellen (zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 342 f.).</p> <p>Im vorliegenden Fall erweist sich die Regelung der Ausnahmegewilligung als unter dem Blickwinkel der Bestimmtheit als fragwürdig. So nennt § 26b Abs. 2 EnG keinerlei Kriterien, die für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung von Relevanz sind. Vielmehr schweigt sich die Regelung komplett darüber aus, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Es wird also der Behörde ein zu weites Ermessen eingeräumt. Die entsprechende Bestimmung ist daher als zu unbestimmt zu qualifizieren. Somit mangelt es dem Grundrechtseingriff einer genügenden gesetzlichen Grundlage.</p> <p>(Bemerkung: Eine gegenteilige Auffassung ist möglich und wird ebenfalls bepunktet.)</p>	
<p>c) Öffentliches Interesse</p>	<p>3</p>
<p>Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Unter die öffentlichen Interessen fallen zunächst die polizeilichen Schutzgüter, aber auch nicht polizeiliche Interessen, wie etwa der Umweltschutz (Art. 74 BV) und die Raumplanung (Art. 75 BV) können darunter fallen (SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 32).</p> <p>§ 26a und § 26b EnG sind in erster Linie umweltpolitisch motiviert. Es ging dem Gesetzgeber mutmasslich darum, den Stromverbrauch zu reduzieren. Der Umweltschutz ist ein zulässiges öffentliches Interesse, welches zur Beschränkung von Grundrechten angerufen werden kann. Die vorliegend zu beurteilende Regelung vermag sich also auf ein zulässiges öffentliches Interesse zu stützen und ist insofern gerechtfertigt.</p>	

d) Verhältnismässigkeit	9
<p>Einschränkungen von Grundrechten müssen weiter gemäss Art. 36 Abs. 3 BV verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass eine Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 514). Die drei Aspekte der Verhältnismässigkeit sind daher: Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn.</p> <p>Vorliegend stellt sich bereits die Frage, ob die Massnahme überhaupt geeignet ist, das damit angestrebte Ziel des Umweltschutzes zu erreichen. Die Restaurant zur Sonne AG betrieb bis anhin seine Heizstrahler ausschliesslich mit Solarenergie vom eigenen Dach. Somit bezieht sie zum Betrieb der Heizstrahler keinen Strom aus dem Netz, verbraucht also keinen zusätzlichen, „fremden“ Strom. Strom aus Solaranlagen ist zudem sehr umweltschonend und daher aus umweltpolitischer Sicht Strom aus anderen Quellen vorzuziehen. Andererseits kann argumentiert werden, dass jeglicher Stromverbrauch durch Heizstrahler verpönt ist, unabhängig von der Herkunft des dafür notwendigen Stroms. Immerhin könnte der auf dem Dach der Restaurant zur Sonne AG produzierte Strom ins Netz eingespeisen und „besser“, das heisst ökologisch sinnvoller eingesetzt werden.</p> <p>(Bemerkung: Bei schlüssiger Argumentation und guter Gedankenführung sind beide Ansichten vertretbar.)</p> <p>Fraglich ist überdies, ob ein vollständiges Verbot von Heizstrahlern im Freien notwendig ist, um das angestrebte Ziel, den Umweltschutz, zu erreichen. Es fragt sich, ob in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht mildere Massnahmen denkbar wären, mittels welchen das Ziel ebenfalls erreicht werden könnte. Denkbar wäre gerade die Lösung der Restaurant zur Sonne AG: Strom dürfte nur aus selbsterzeugten, ökologischen Quellen verwendet werden. Keine mildere Massnahme ist denkbar, wenn das Ziel der fraglichen Regelung ist, den Stromverbrauch von elektrischen Heizstrahlern gänzlich zu vermeiden. Unter Umständen könnte ein zeitlich oder persönlich beschränktes Verbot (bspw. tagsüber oder ab einer gewissen Aussentemperatur) ebenfalls einen grossen Beitrag an den Umweltschutz leisten.</p> <p>(Bemerkung: Bei schlüssiger Argumentation und guter Gedankenführung sind beide Ansichten vertretbar.)</p> <p>Schliesslich muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen. Hier fragt sich, ob das generelle</p>	

<p>Verbot von elektrischen Heizstrahlern zum Zwecke des Umweltschutzes zumutbar ist. In Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung des Tourismus gerade in Randregionen und Bergkantonen kann durchaus die Meinung vertreten werden, dass ein generelles Verbot solcher Heizstrahler den Restaurants nicht zugemutet werden kann. Gerade auch mit Blick auf die durch die Corona-Epidemie bedingten zusätzlichen Auflagen (etwa der Auflage, dass man die Gäste nur im Freien bewirten darf) kann der Einsatz von Heizstrahlern ein wichtiges Mittel zur Rettung zahlreicher Gastronomiebetriebe und Arbeitsplätze im Gastronomie- und Tourismusbereich sein. Andererseits ist auch in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass nicht sämtliche Heizsysteme im Freien verboten werden, sondern nur elektrisch betriebene Heizungen. Somit steht es den Gastronomen weiterhin offen, ihre Aussenbereiche auf andere Weise zu beheizen.</p>	
<p>e) Wahrung des Kerngehalts</p>	<p>1</p>
<p>Gemäss Art. 36 Abs. 4 BV ist der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar. Der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit ist darin zu erblicken, dass nicht derart stark in den Marktmechanismus eingegriffen werden darf, dass der Privatwirtschaft kaum mehr sinnvolle Betätigungsfelder verbleiben. Ein derart starker Eingriff liegt vorliegend zweifellos nicht vor.</p>	
<p>f) Fazit</p>	<p>2</p>
<p>Als Fazit kann festgehalten werden, dass der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auf einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage basiert, auf einem öffentlichen Interesse beruht und der Kerngehalt des Grundrechts dadurch gewahrt bleibt. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit kann bei sinnvoller Begründung in beide Richtungen argumentiert werden.</p>	
<p>3. Eigentumsgarantie</p>	
<p>A. Inhalt und Schutzbereich</p>	<p>4</p>
<p>Die Eigentumsgarantie ist in Art. 26 BV normiert. Art. 26 Abs. 1 BV hält fest, dass die Eigentumsgarantie gewährleistet ist. Gemäss Abs. 2 sind Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll zu entschädigen.</p>	

<p>Die Eigentumsгарantie gewährleistet das Eigentum als Rechtsinstitut, in seinem Bestand und in seinem Wert, weshalb zwischen der Instituts-, der Bestandes- und der Wertgarantie unterschieden wird. Die Institutsgarantie verbietet es dem Gesetzgeber, das Eigentum als Institut unserer Rechtsordnung in Frage zu stellen. In ihrer Hauptbedeutung schützt die Eigentumsгарantie nicht das Eigentum als Institut der Rechtsordnung, sondern den Bestand der konkreten Eigentumsrechte der Einzelnen. Ein Eingriff ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 1-3 BV zulässig. Erfüllt eine Massnahme diese Voraussetzungen nicht, verletzt sie die Eigentumsгарantie als Bestandesgarantie. Erscheint ein Eingriff unter dem Aspekt der Bestandesgarantie als zulässig, so stellt sich die Frage, ob er die Privaten derart trifft, dass das Gemeinwesen entschädigungspflichtig wird. Dies ist die sog. Wertgarantie (zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2321 ff.).</p> <p>Konkret geht es darum, dass die Restaurant zur Sonne AG ihre Heizstrahler nicht mehr nutzen darf. Betroffen ist damit also die Bestandesgarantie.</p>	
<p>B. Grundrechtsträger</p>	<p>2</p>
<p>Träger der Eigentumsгарantie sind alle natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts (BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 29). Die Restaurant zur Sonne AG ist somit also Träger der Eigentumsгарantie.</p>	
<p>C. Einschränkung der Eigentumsгарantie</p>	<p>1</p>
<p>Die Eigentumsгарantie kann unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. (Bemerkung: Zu den einzelnen Voraussetzungen kann auf die Ausführungen zur Wirtschaftsfreiheit verwiesen werden.)</p> <p>Vorliegend ist zu beachten, dass der Grundrechtseingriff darin besteht, dass die Restaurant zur Sonne AG ihre elektrischen Heizstrahler nicht mehr nutzen darf. Ansonsten sind aber die gleichen Überlegungen anzustellen wie bei der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit.</p>	

4. Rechtliches Gehör	
A. Inhalt und Schutzbereich	1
Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird durch Art. 29 Abs. 2 BV garantiert. Der Anspruch beinhaltet das Recht der Parteien, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör hängt von der Intensität der Betroffenheit durch die Verfügung ab. Je grösser die Gefahr einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen ist und je bedeutsamer diese sind, desto umfassender ist das rechtliche Gehör zu gewähren (zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1001 ff.).	
B. Grundrechtsträger	2
Träger der allgemeinen Verfahrensgrundrechte und damit auch des rechtlichen Gehörs ist grundsätzlich jedes in ein Verfahren involvierte Rechtssubjekt. Dazu gehören nebst natürlich Personen auch juristische Personen des Privatrechts (SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 15). Die Restaurant zur Sonne AG ist somit Trägerin des Anspruchs auf rechtliches Gehör.	
C. Einschränkung	5
Die Rechtsnatur des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist diejenige eines Minimalanspruchs. Dies schliesst es aber nicht aus, einzelne aus dem rechtlichen Gehör abgeleitete Ansprüche einzuschränken. Die Lehre wendet in diesem Zusammenhang mehrheitlich Art. 36 BV sinn- gemäss an. Die Einschränkung muss also auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismä- sig sein (zum Ganzen BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 42). Eine Spezialregelung gilt für Verfahren, welche auf Antrag der Partei, also etwa (wie im vorliegenden Fall) durch Gesuch eines Privaten, eingeleitet werden. In solchen Fällen muss das Äusserungsrecht durch diese Partei grundsätzlich gleichzeitig mit der Verfahrenseinleitung ausgeübt werden. Sie hat ihre Argumente und Beweise, mit denen sie ihre Vorbringen zu untermauern gedenkt, gleichzeitig mit der An-	

<p>tragstellung resp. Gesuchseinreichung vorzubringen bzw. anzubieten (zum Ganzen SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 30 N 7; vgl. auch BVGE 2009/53 E. 5.5).</p> <p>Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, welche Angaben die Restaurant zur Sonne AG bereits in ihrer Gesuchseingabe vorgebracht hat und inwiefern sie im entsprechenden Verfahren angehört wurde. Der Gesuchsteller muss sich aber bereits in seinem Gesuch zur Sachlage äussern und seinen Standpunkt und allfällige Beweise ins Verfahren einbringen. Ein Recht darauf, dass ihm später noch ausdrücklich die Gelegenheit zur Einbringung von Argumenten und zur Bezeichnung von Beweismitteln gewährt wird, besteht nicht (so explizit SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 30 N 7). Andererseits legt aber die Tatsache, dass die Verfügung bereits vier Tage nach Einreichung des Gesuchs erlassen wurde (und noch ein Wochenende dazwischen lag), die Annahme nahe, dass sich die verfügende Behörde zu wenig mit den Vorbringen des Gesuchstellers auseinandergesetzt hat.</p>	
<p>D. Fazit</p>	<p>1</p>
<p>Der Sachverhalt und insbesondere die Tatsache, dass das vorliegende Verfahren durch Gesuch der Restaurant zur Sonne AG eingeleitet wurde, legt die Annahme nahe, dass deren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt wurde.</p> <p>(Bemerkung: Bei entsprechender Argumentation kann auch das Gegenteil vertreten werden.)</p>	
<p>Aufbau, Argumentation und Ausdruck</p>	<p>6</p>

Aufgabe 3		21 P
1. Rückwirkung		5
<p>Nimmt eine Rechtsnorm auf bereits Geschehenes Bezug, besteht die Gefahr, dass die Betroffenen durch die Rechtsänderung überrascht werden und sich anders verhalten hätten, wenn ihnen das neue Recht bekannt gewesen wäre. Rückwirkendes Recht kann daher in Widerspruch zu Rechtssicherheit und Vertrauensschutz geraten (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 266). Es wird sodann zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden. Echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 268). Unechte Rückwirkung liegt hingegen vor bei der Anwendung neuen Rechts auf zeitlich offene Dauersachverhalte. Dies ist der Fall, wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 279). Andererseits spricht man dann ebenfalls von unechter Rückwirkung, wenn das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor Inkrafttreten vorlagen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 282).</p>		
2. Befristete Übergangsbewilligung		13
<p>Zwar wird der Betrieb von elektrischen Heizstrahlern nur pro futuro verboten. Jedoch ist nicht zu übersehen, dass die Änderung des EnG für die Restaurant zur Sonne AG zur Konsequenz hat, dass sie die Heizstrahler, welche sie offenbar bis anhin betreiben durfte, ab sofort nicht mehr betreiben darf. Die vorliegende Situation ist insofern als unechte Rückwirkung zu qualifizieren.</p> <p>(Bemerkung: Würde man nicht den Betrieb der Heizstrahler, sondern deren Anschaffung als massgebenden Sachverhalt betrachten, so hätte sich der Sachverhalt abschliessend vor Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht und es könnte diesfalls auch von einer echten Rückwirkung ausgegangen werden.)</p> <p>Im Zusammenhang mit der unechten Rückwirkung hat das Bundesgericht wiederholt festgestellt, dass eine Änderung von Rechtsnormen gegen den Vertrauensschutz verstossen könne, wenn die Betroffenen im Vertrauen auf den Bestand der Normen Dispositionen getroffen</p>		

haben, die sie nur schwer wieder rückgängig machen können. Es besteht daher nach Meinung des Bundesgerichts, der sich auch die Lehre mehrheitlich angeschlossen hat, ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung (dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 284, m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Eine solche Übergangsregelung resp. Übergangsbewilligung drängt sich hier auch auf, hat doch die Restaurant zur Sonne AG mit dem Kauf und dem Betrieb der Heizstrahler erhebliche Dispositionen getroffen, welche nur schwer wieder rückgängig zu machen sind. Diese Dispositionen wurden im Vertrauen auf den Weiterbestand der damals geltenden Rechtslage und Bewilligung getätigt. Für eine angemessene Übergangsbewilligung spricht auch die Tatsache, dass die neue Regelung einigermassen abrupt eingeführt worden ist und den Gastronomiebetrieben nur sehr wenig Zeit zur Umstellung verblieb. Als weiteres Argument für eine befristete Übergangsbewilligung kann auch die aktuell aufgrund der COVID-19-Pandemie sehr angespannte Situation in der Gastronomiebranche angeführt werden. Gerade an kühleren Tagen können Heizstrahler der aufgrund der Abstandsvorschriften und Bewirtungsverbote in Innenräumen stark angeschlagenen Gastronomie helfen, wenigstens die Aussenbereiche lukrativer zu gestalten. Zugunsten einer befristeten Übergangsbewilligung spricht ferner auch das Argument der Verhältnismässigkeit, stellt diese doch eine im Vergleich zu einem generellen Verbot von elektrischen Heizstrahlern mildere Massnahme dar. Eine Befristung ist auch möglich, wenn dies gesetzlich nicht vorgesehen ist. Sachlich lassen sich die gleichen Argumente vorbringen, wie sie auch für den Anspruch auf eine angemessene Übergangsbestimmung zu diskutieren sind.

Der Bezug zur Ausnahmegewilligung scheint nicht ausgeprägt bzw. man kann wohl am ehesten geltend machen, dass eine Ausnahmegewilligung gerade für solche kurzfristigen Abweichungen gedacht sein könnte und deswegen zugunsten der Restaurant zur Sonne AG ausgelegt werden kann. Im Rahmen einer solchen Auslegung kann man ähnliche Argumente vorbringen wie beim Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung bzw. eine verhältnismässige Anwendung.

Aufbau, Argumentation und Ausdruck

3

Aufgabe 4		21 P
1. Aufschiebende Wirkung		4
<p>§ 40 Abs. 1 Satz 1 VRPG legt als Grundsatz fest, dass die Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat. Einer besonderen Anordnung bedarf es hierzu nicht. Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge oder Rechtswirkung vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird. Der bestehende Rechtszustand wird für die Dauer des Beschwerdeverfahrens erhalten; es verhält sich so, wie wenn die Verfügung (noch) nicht erlassen worden wäre (vgl. in diesem Sinne etwa SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 55 N 8; KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 55 N 2).</p> <p>Vorliegend präsentiert sich aber die Situation so, dass der Betrieb elektronischer Heizstrahler mit Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des EnG generell verboten ist. Es kann also nicht mittels aufschiebender Wirkung ein fortan gesetzeswidriger Zustand aufrechterhalten werden. Elektrische Heizstrahler sind mit Inkrafttreten des Gesetzes verboten, das Gesuch der Restaurant zur Sonne AG um eine Ausnahmegewilligung i.S.v. § 26b Abs. 1 EnG wurde abgelehnt. Eine vorsorgliche Massnahme liefe aus diesem Grund ins Leere. Stattdessen ist die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu prüfen.</p>		
2. Vorsorgliche Massnahme		13
<p>Bei der vorliegenden Verfügung, mit welcher eine Ausnahmegewilligung i.S.v. § 26b Abs. 1 EnG abgelehnt wurde, handelt es sich um eine sog. negative Verfügung. Eine solche Verfügung liegt vor bei Anordnungen, mit welchen die zuständige Behörde auf ein Begehren nicht eintritt resp. dieses abweist. In dieser Konstellation ändert sich am Rechtsbestand nichts, weshalb auch nichts aufgeschoben werden kann. Insbesondere hat die aufschiebende Wirkung im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens nicht zur Folge, dass eine abgelehnte Bewilligung für die Dauer dieses Verfahrens erteilt oder eine abgelehnte Leistung erbracht wird (zum Ganzen KIENER, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 6 N 11).</p> <p>Nach dem Gesetzeswortlaut kann die Behörde vorsorgliche Massnahmen treffen. In der Lehre wird vertreten, dass ein Rechtsanspruch</p>		

auf den Erlass von Massnahmen besteht, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt eine gewisse Dringlichkeit voraus, das heisst, es muss sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann ist eine Interessenabwägung vorzunehmen: Erforderlich ist, dass die Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig ist (zum Ganzen KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 478 ff. und 1327 ff.).

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist also von folgenden kumulativen Voraussetzungen abhängig:

- Gewichtige öffentliche oder private Interessen verlangen ein unverzügliches Handeln (Dringlichkeit)
- Sofortige (End-)Verfügung ist nicht möglich
- Endverfügung darf nicht präjudiziert werden
- Vorsorgliche Massnahme muss verhältnismässig sein (Interessenabwägung)
- Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind in die Beurteilung miteinzubeziehen

Die genannten Voraussetzungen sind vom angerufenen Gericht lediglich summarisch zu prüfen.

In casu besteht (wohl) eine gewisse Dringlichkeit. Das Restaurant darf während des gesamten laufenden Verfahrens die Heizstrahler nicht betreiben. Zwar macht sich in den Sommermonaten das Fehlen von elektrischen Heizstrahlern weniger bemerkbar, da die Temperaturen ein Verweilen im Aussenbereich des Restaurants auch ohne zusätzliche Heizmöglichkeit ohne Weiteres zulassen. Es gilt jedoch zu bedenken, dass es sich um ein Bergrestaurant handelt. Je nach Lage (Höhe, Exponiertheit usw.) des Restaurants kann es auch im Sommer empfindlich kühl werden. Zudem dürfte das Verfahren kaum vor Einbruch der kühleren Monate abgeschlossen sein. Dürfte das Restaurant während dieser Zeit die Heizstrahler nicht nutzen, kann dies massive Umsatzeinbussen zur Folge haben, weshalb von einem gewichtigen privaten (wirtschaftlichen) Interesse auszugehen ist. Es kann also von der Restaurant zur Sonne AG zur Begründung der besonderen Dringlichkeit bei entsprechender Argumentation eine Gefährdung des Geschäftsgangs dargetan werden, der nicht anders als mit einer vorsorglichen Massnahme begegnet werden kann. Eine sofortige Endverfügung ist in casu nicht möglich, da aufwändige Abklärungen vorzunehmen sind. Auch wird die Endverfügung mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht präjudiziert, da mittels der vorsorglichen Massnahme nur für die Verfahrensdauer eine bestimmte Regelung aufgestellt wird. Bei der Interessenabwägung sind die gleichen Überlegungen anzustellen wie bei Frage 2 und 3. Mit einer entsprechenden Argumentation kann so oder anders entschieden werden.

(Bemerkung: Wichtig ist eine stimmige, widerspruchsfreie Argumentation [gerade auch mit Blick auf die Aufgaben 2 und 3].)	
3. Fazit	1
Die Chancen der Restaurant zur Sonne AG auf Erlass vorsorglicher Massnahmen stehen gut. Die entsprechenden Voraussetzungen sind erfüllt.	
Aufbau, Argumentation und Ausdruck	3

Aufgabe 5		22 P
1. Rechtliche Einordnung		1
Die Frage nach einem Rechtsmittel, welches direkt gegen die §§ 26a-c EnG ergriffen werden kann, zielt auf die Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle.		
2. Abstrakte Normenkontrolle		
A. Begriff und Bedeutung		2
Anlässlich einer abstrakten Normenkontrolle erfolgt die Überprüfung einer Norm abstrakt, das heisst unabhängig von einem konkreten Anwendungsfall. Angefochten wird also die Norm als solche und überprüft wird einzig, ob die Norm in Übereinstimmung mit höherrangigem Recht steht. Im Fall der Gutheissung der Beschwerde wird folgerichtig die angefochtene Norm aufgehoben. Demgegenüber wird bei einer konkreten Normenkontrolle ein Einzelakt, eine Verfügung angefochten. Anlässlich dieser konkreten Streitigkeit prüft die Beschwerdeinstanz vorfrageweise, ob der Rechtssatz, auf den sich die Verfügung stützt, gegen übergeordnetes Recht verstösst. Im Fall der Gutheissung der Beschwerde wird folgerichtig die angefochtene Verfügung aufgehoben und nicht die als fehlerhaft erkannte, der Verfügung zugrunde liegende Norm. Die fehlerhafte Norm bleibt formell in Kraft, wird aber in der Praxis nicht mehr angewendet (zum Ganzen KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1711 ff.).		
B. Anfechtungsobjekt		2
Die abstrakte Normenkontrolle im Bund ist auf kantonale Erlasse beschränkt (Art. 82 lit. b BGG). Als kantonale Erlasse gelten rechtsetzende Akte kantonalen Organe. Erlasse sind Anordnungen genereller und abstrakter Natur, die für eine unbestimmte Vielzahl von Personen gelten und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder eine einzelne Person. Keine Rolle spielt die Normstufe eines kantonalen Erlasses (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1721 ff.).		

Vorliegend handelt es sich um ein Gesetz im materiellen und formellen Sinn, mithin also um eine Anordnung genereller und abstrakter Natur. Das EnG ist somit taugliches Anfechtungsobjekt einer abstrakten Normenkontrolle gemäss Art. 82 lit. b BGG.	
C. Instanzenzug	4
<p>Die materiellen Zugangsschranken des BGG greifen bei der abstrakten Normenkontrolle nicht. Die Bestimmungen des Ausnahmekatalogs (Art. 83 BGG) betreffen nämlich nur Entscheide, nicht aber Erlasse. Gegen kantonale Erlasse ist unmittelbar die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht zulässig, sofern kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann (Art. 87 Abs. 1 BGG). Das Bundesrecht verpflichtet die Kantone nicht, ein kantonales Normenkontrollverfahren einzurichten (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1735 ff.).</p> <p>Zu prüfen ist, ob auf kantonaler Ebene ein Rechtsmittel möglich ist. Dabei ist § 33 Abs. 1 VRPG einschlägig. Eine abstrakte Normenkontrolle in Bezug auf kantonale Gesetze ist vor dem Verwaltungsgericht des Kantons X. ausgeschlossen. Somit ist direkt Beschwerde nach Art. 82 lit. b BGG zu erheben.</p>	
D. Beschwerderecht	4
<p>Zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, durch den angefochtenen Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 89 Abs. 1 BGG). Bezüglich der formellen Beschwer (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG) ist die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren selbstverständlich nur dann vorausgesetzt, wenn gemäss kantonalem Recht überhaupt ein Normenkontrollverfahren existiert, andernfalls gibt es keine Vorinstanz i.S.v. Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG. Für die materielle Beschwer reicht ein virtuelles Berührtsein in schutzwürdigen Interessen aus (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1738 ff.).</p> <p>Die Restaurant zur Sonne AG ist als Eigentümerin und Betreiberin elektrischer Heizstrahler durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und damit materiell beschwert. In Ermangelung eines kantonalen Normenkontrollverfahrens entfällt die Voraussetzung der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren respektive die formelle Beschwer. Das schutzwürdige Interesse der Restaurant zur Sonne AG an der Aufhebung der entsprechenden Bestimmungen des EnG ist darin zu erblicken, dass sie die elektrischen Heizstrahler weiterhin be-</p>	

treiben möchte, das aber gemäss den angefochtenen Bestimmungen nicht mehr darf. Für die abstrakte Normenkontrolle genügt eine virtuelle Betroffenheit. Die Restaurant zur Sonne AG ist sogar aktuell in ihren praktischen Interessen berührt, was e maiore minus natürlich auch für die Beschwerdelegitimation ausreicht. Folglich ist die Restaurant zur Sonne AG beschwerdeberechtigt.	
E. Beschwerdegründe	1
Die im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle zulässigen Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Vorliegend steht die Verletzung von Grundrechten (Art. 95 lit. a BGG) im Vordergrund.	
F. Beschwerdefrist	4
Die Beschwerde gegen einen Erlass ist beim Bundesgericht innert 30 Tagen nach der gemäss kantonalem Recht massgebenden Veröffentlichung des Erlasses einzureichen (Art. 101 BGG). Die Frist beginnt mit der förmlichen Mitteilung des Zustandekommens (Erwahrung) des Normtextes zu laufen. Untersteht der Erlass dem Referendum und wurde dieses ergriffen, liegt die Erwahrung in der Mitteilung des Abstimmungsergebnisses. Wurde kein Referendum ergriffen, beginnt die Frist mit der amtlichen Bekanntmachung, dass der Erlass infolge unbenützten Ablaufs der Referendumsfrist zustande gekommen ist (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1749 ff.). Vorliegend wurde kein Referendum ergriffen und die Erwahrung erfolgte daher mit der Bekanntmachung im Amtsblatt vom 18. Juni 2021, dass der Erlass infolge unbenützten Ablaufs der Referendumsfrist zustande gekommen sei. Die Frist ist somit am heutigen Tag (30. Juni 2021) noch nicht abgelaufen. Vielmehr läuft die Frist in Anwendung von Art. 46 BGG noch bis zum 19. August 2021.	
G. Fazit	1
Die fraglichen Bestimmungen des EnG können mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle direkt beim Bundesgericht angefochten werden.	
Aufbau, Argumentation und Ausdruck	3

Aufgabe 6		12 P
Gegenstand der Anfechtung		10
<p>Hier gilt es zur prüfen, was Gegenstand der Anfechtung ist.</p> <p>Eine Anfechtung des ganzen Gesetzes ist bei einer abstrakten Normenkontrolle nicht möglich, wenn nur einzelne neue Bestimmungen erlassen wurden. Dies gilt nur schon mit Blick auf die Anfechtungsfrist gemäss Art. 101 BGG. Lediglich bei einer Totalrevision kann das ganze Gesetz angefochten werden, da diesfalls jede einzelne Norm als neu erlassen gilt. Bei Partialrevisionen hingegen unterstehen unveränderte Normen der abstrakten Kontrolle nur insoweit, als ihnen im Kontext des teilrevidierten Erlasses eine veränderte Bedeutung zukommt, oder wenn der Gesetzgeber ihre Änderung anlässlich der Partialrevision diskutiert, letztlich aber abgelehnt hat (zum Ganzen KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1726, m.H. auf BGE 135 I 28 E. 3 S. 31 f.). Vorliegend handelt es sich gemäss Sachverhalt um eine Änderung des Energiegesetzes. Es darf wohl davon ausgegangen werden, dass es sich dabei lediglich um eine Partialrevision handelt, im Rahmen welcher lediglich die neuen Bestimmungen betreffend Heizstrahler eingefügt wurden. Folglich ist eine Anfechtung des ganzen Erlasses nicht möglich (und würde auch keinen Sinn machen).</p> <p>Das Bundesgericht hebt im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebots nur den rechtswidrigen Teil des betreffenden Erlasses auf (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 1755, m.H. auf BGE 123 I 112 E. 2.b; vgl. dazu etwa auch BGE 140 I 2 E. 13 und BGE 136 I 49 E. 7.1, wo sogar je nur einzelne Satzteile einer Bestimmung aufgehoben wurden). Daher sind bei einer abstrakten Normenkontrolle die einzelnen verfassungswidrigen kantonalen Bestimmungen als solche anzufechten (so auch BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 27b). Somit fragt sich nur noch, welche Bestimmungen genau anzufechten sind.</p> <p>Alle neuen Bestimmungen anzufechten, macht inhaltlich keinen Sinn, weil § 26c EnG in jeder Hinsicht unproblematisch ist. Dementsprechend macht es Sinn, lediglich § 26a EnG aufzuheben. § 26b EnG wird aber richtigerweise auch aufgehoben, weil diese Bestimmung ohne § 26a EnG sinnlos ist. Der Antrag lautet daher korrekterweise auf Aufhebung von § 26a und 26b EnG.</p>		
Aufbau, Argumentation und Ausdruck		2

Aufgabe7		21 P
1. Rechtliche Einordnung		1
Die Frage nach der Durchsetzung des Verbots von elektrischen Heizstrahlern und damit nach der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten zielt auf die verwaltungsrechtlichen Sanktionen.		
2. Verwaltungsrechtliche Sanktionen		
A. Begriff und Arten		3
<p>Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind die Mittel, mit welchen die Erfüllung von verwaltungsrechtlichen Pflichten erzwungen wird. Gemeinhin wird (nach der Art der Wirkungen) zwischen exekutorischen und repressiven Sanktionen sowie der Zufügung administrativer Rechtsnachteile unterschieden. Die exekutorischen Sanktionen bezwecken unmittelbar die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten. Darunter fallen die Ersatzvornahme, die antizipierte Ersatzvornahme sowie der unmittelbare Zwang. Repressive Sanktionen hingegen sollen nicht nur den rechtmässigen Zustand wiederherstellen, sondern vor allem im Anschluss an eine Pflichtverletzung verhindern, dass künftig wieder ein rechtswidriger Zustand eintritt. Mit ihnen wird Druck auf die Pflichtigen ausgeübt, um sie zu veranlassen, ihre verwaltungsrechtlichen Pflichten zu erfüllen. Verwaltungsrechtliche Pflichten werden damit nicht direkt durchgesetzt, sondern nur in mittelbarer Weise erzwungen. Repressive Sanktionen sind die Verwaltungsstrafen, die Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB sowie die Disziplinar massnahmen. Mittels administrativer Rechtsnachteile kann pflichtwidriges Verhalten von Privaten dadurch sanktioniert werden, dass Befugnisse oder Vorteile, die ihnen vom Staat eingeräumt worden sind, entzogen oder zu ihrem Nachteil verändert werden. Es handelt sich dabei um eine Mischform zwischen exekutorischen und repressiven Massnahmen (zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1440 ff.).</p>		

B. Einschlägige Sanktionen	11
<p>Vorliegend ist aus dem Bereich der repressiven Sanktionen insbesondere an die Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB zu denken, wenn die Heizstrahler nicht freiwillig ausser Betrieb genommen respektive abgebaut werden. Diesbezüglich ist lediglich vorausgesetzt, dass die Verfügung, deren Missachtung bestraft werden soll, Busse androht. Eine besondere gesetzliche Grundlage, die vorliegend nicht vorliegt, ist nicht erforderlich (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1496 ff.).</p> <p>Aus dem Bereich der exekutorischen Sanktionen ist insbesondere an die Ersatzvornahme zu denken. Diesfalls entfernt die Behörde die Heizstrahler, wenn diese nicht freiwillig abgebaut werden. Eine gesetzliche Grundlage ist für die Ersatzvornahme ebenfalls nicht nötig, da die Ersatzvornahme lediglich an die Stelle der nicht erfüllten (Primär-)Pflicht tritt. Jedoch muss, bevor zur Ersatzvornahme geschritten werden kann, zunächst eine Vollstreckungsverfügung resp. ein Befehl zur Vornahme bestimmter Handlungen, konkret also zur Ausserbetriebnahme der elektrischen Heizstrahler, erlassen werden. In dieser Verfügung ist sodann eine Frist anzusetzen und für den Unterlassungsfall die Ersatzvornahme anzudrohen. Lässt der Pflichtige diese Frist ungenutzt verstreichen, handelt der Staat an dessen Stelle und auf seine Kosten (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1458, 1462 und 1467 ff.). Ebenfalls möglich wäre im Sinne des unmittelbaren Zwangs unter Umständen eine Einziehung der Heizstrahler, mindestens temporär, bis geklärt ist, dass diese nicht mehr eingesetzt werden. Eine definitive Einziehung dürfte dagegen nicht zulässig sein, weil es dafür eine gesetzliche Grundlage braucht, welche vorliegend nicht ersichtlich ist.</p>	
C. Fazit	3
<p>Zur Durchsetzung des Verbots von Heizstrahlern stehen die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB, die Ersatzvornahme sowie die (temporäre) Einziehung der Heizstrahler zur Verfügung. Diese drei Sanktionsarten sind aus dem Blickwinkel des Verhältnismässigkeitsprinzips als gleich geeignet sowie auch je als verhältnismässig zu beurteilen, womit es im (Auswahl-)Ermessen der Behörde steht, für welche Sanktion sie sich konkret entscheidet.</p>	
Aufbau, Argumentation und Ausdruck	3

- **Insgesamt 194 Punkte**
- **Darin enthalten max. 24 P für Aufbau, Argumentation und Ausdruck (gekennzeichnet mit A oder AAA)**
- **Zzgl. 2 ZP (wo angegeben)**

- **Prüfungseinsicht**

Anmeldungen für die Prüfungseinsicht werden bis zum 10. Oktober 2021, 23:59 Uhr, entgegengenommen. Ihre Anmeldung richten Sie bitte an die E-Mailadresse des Lehrstuhls (lst.uhlmann@rwi.uzh.ch).