

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00171 vom 10. Februar 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-02-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00171](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00171)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00171 du 10 février 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00171 del 10 febbraio 2022

## Regeste

Bewilligung zur Erteilung von Schwimmunterricht | Nutzung eines städtischen Hallenbads. [Der Beschwerdeführer will Privatschwimmunterricht in einem städtischen Hallenbad erteilen und erachtet eine Bewilligungspflicht dafür als unzulässig] Öffentliche Hallenbäder sind Anstaltsvermögen (E. 2.2). Gemäss kommunalem Recht ist die Erteilung von Schwimmunterricht in städtischen Hallenbädern bewilligungspflichtig (E. 2.3 f.). Ein Recht auf Zulassung zum Anstaltsgebrauch besteht nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und der vorhandenen Kapazitäten, hingegen nicht direkt gestützt auf verfassungsmässige Rechte. Die Zulassung muss aber rechtsgleich und willkürfrei erfolgen (E. 3.2). Die Nutzung des Schwimmbads durch einen Privatschwimmkurs unterscheidet sich von dessen Nutzung durch Freizeitbadegäste, womit sachliche Gründe für die Bewilligungspflicht bestehen (E. 4.3). Diese ist ein notwendiges Instrument der Belegungssteuerung im Interesse der aus der Widmung des Hallenbads folgenden Priorisierung verschiedener Nutzungen (E. 4.4). Die Wirtschaftsfreiheit vermittelt keinen Anspruch auf Nutzung des Verwaltungsvermögens, aber verbietet eine Ungleichbehandlung mit Konkurrenten (E. 5.1). Die private Betreiberin der Hallenbadinfrastruktur, die auch Privatschwimmkurse anbietet, ist keine direkte Konkurrentin des Beschwerdeführers (E. 5.4). Ihre Besserstellung stützt sich aber jedenfalls auf einen sachlichen Grund, liegt im öffentlichen Interesse und ist verhältnismässig (E. 5.5 ff.). Dem Beschwerdeführer steht offen, seinen Unterricht in anderen, weniger stark ausgelasteten städtischen Hallenbädern anzubieten (E. 5.7). Abweisung, soweit Eintreten.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2021.00171 Urteil der 3. Kammer vom 10. Februar 2022 Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz), Verwaltungsrichter Matthias Hauser, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiber Yannick Weber. In Sachen A, vertreten durch MLaw B, Beschwerdeführer, gegen Stadtrat von Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Bewilligung zur Erteilung von Schwimmunterricht, hat sich ergeben: I. A. Mit Verfügung vom 8. November 2018 stellte der Direktor des Sportamts der Stadt Zürich fest, dass die von A beabsichtigte Durchführung von Privatschwimmunterricht für eine oder zwei Personen im Hallenbad Oerlikon bewilligungspflichtig sei, A dafür keine Bewilligung erteilt und ihm eine entsprechende Nutzung untersagt werde. Zudem nahm er davon Vormerk, dass A eine Bewilligung zur Erteilung von Privatschwimmunterricht in den Hallenbädern Bläsi und Leimbach angeboten worden sei und A diese Angebote weiterhin offenstünden. B. Der Stadtrat von Zürich wies ein Neubeurteilungsbegehren von A am 18. September 2019 in Bestätigung der Verfügung des Sportamts ab. II. Dagegen

liess A mit Eingabe vom 31. Oktober 2019 Rekurs an den Bezirksrat Zürich erheben. Der Bezirksrat wies den Rekurs mit Beschluss vom 28. Januar 2021 ab und auferlegte A die Verfahrenskosten. III. A. Mit Beschwerde vom 4. März 2021 gelangte A, vertreten durch B, an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Beschlusses des Bezirksamts vom 28. Januar 2021, des Stadtratsbeschlusses vom 18. September 2019 sowie der Verfügung des Sportamts vom 8. November 2018. Weiter beehrte er die Feststellung, dass das Erteilen von Schwimmunterricht im Rahmen der ordentlichen Nutzung in den Hallenbädern der Stadt Zürich keiner Bewilligungspflicht unterstehe (Antrag 2) und ersuchte darum, ihm das Erteilen von Schwimmunterricht "im Rahmen einer ordentlichen Nutzung" zu erlauben (Anträge 3 und 4). Eventualiter sei festzustellen, dass eine Bewilligung für Schwimmunterricht grundsätzlich erteilt werde und dass die einseitige Erteilung einer Bewilligung an die F AG seine Wirtschaftsfreiheit verletze (Anträge 5 und 6). Schliesslich ersuchte er um Ausrichtung einer Parteientschädigung für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren. B. Der Bezirksrat Zürich verzichtete am 11. März 2021 auf eine Vernehmlassung. Der Stadtrat erstattete am 20. April 2021 eine Beschwerdeantwort und beantragte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. A reichte hierzu am 14. Mai 2021 eine Stellungnahme ein. Der Stadtrat liess sich innert erstreckter Frist am 21. Juni 2021 erneut vernehmen. A nahm mit Eingabe vom 14. Juli 2021 wiederum Stellung. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2) für die Behandlung der Beschwerde zuständig. Der Fall ist von der Kammer zu beurteilen (§ 38 Abs. 1 und § 38b Abs. 1 VRG). 1.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 21 Abs. 1 und § 49 VRG). Das erfolgreiche Rechtsmittel müsste der rechtsmittelführenden Partei einen praktischen Nutzen eintragen bzw. einen Nachteil abwenden, den der negative Entscheid zur Folge hätte (Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 21 N. 15). Der Beschwerdegegner stellt infrage, ob der Beschwerdeführer noch an der Erteilung der umstrittenen Bewilligung interessiert sei. Der Beschwerdeführer habe neben seinem Studium als Schwimmlehrer tätig sein wollen, als er Wochenaufenthalter in Zürich-Schwamendingen gewesen sei, habe nunmehr aber sein Studium abgeschlossen und seinen Wochenaufenthalt in der Stadt Zürich aufgegeben. Der Beschwerdeführer will die beantragte Bewilligung zur Erteilung von Privatschwimmunterricht im Hallenbad Oerlikon nach seinen Ausführungen jedoch weiterhin erhalten und bringt vor, in Zukunft solchen Unterricht erteilen zu wollen. Damit besteht ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerde, zumal nicht von vornherein unglaublich bzw. ausgeschlossen erscheint, dass der Beschwerdeführer auch nach seinem Studienabschluss (nebenberuflich) als Schwimmlehrer tätig sein und die beantragte Bewilligung nutzen möchte. Im Übrigen besteht ein aktuelles Interesse an der Beschwerdeerhebung bereits mit Blick auf die dem Beschwerdeführer vorinstanzlich auferlegten Verfahrenskosten. 1.3 Welche eigenständige Bedeutung den eventualiter gestellten Feststellungsanträgen (Anträge 5 und 6) zukommen sollte, ist nicht ersichtlich, zumal die Fragen, ob – falls überhaupt notwendig – eine Bewilligung zu erteilen bzw. die Verweigerung der Bewilligungserteilung mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist, im Rahmen der Behandlung der Hauptbegehren zu klären sind. Die beschwerdeführerischen Feststellungsbegehren verfolgen kein von einem (gleichzeitig gestellten) Leistungs- oder Gestaltungsbegehren unabhängiges Ziel, weshalb

daran kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse bestehen und mithin von vornherein nicht darauf eingetreten werden kann (vgl. VGr, 28. Mai 2020, VB.2019.00280, E. 1.4). 1.4 Die Kognition des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz ist nach § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG auf die Prüfung von Rechtsverletzungen, einschliesslich Ermessensmissbrauch, -über- und -unterschreitung beschränkt, während es die Angemessenheit der angefochtenen Anordnung gemäss § 50 Abs. 2 VRG grundsätzlich nicht überprüfen kann. 2. 2.1 Rechtsprechung und Lehre unterscheiden innerhalb der öffentlichen Sachen im weiteren Sinn zwischen dem Finanzvermögen, welches nur mittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dient, und den öffentlichen Sachen im engeren Sinne. Letztere unterteilen sich in Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Beide dienen unmittelbar durch ihren Gebrauchswert der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Sie unterscheiden sich vor allem durch ihren Benutzerkreis: Im Rahmen ihrer Zweckbestimmung stehen öffentliche Sachen im Gemeingebrauch der Allgemeinheit, Verwaltungsvermögen dagegen einem eingegrenzten Benutzerkreis offen (zum Ganzen BGE 138 I 274 E. 2.3.2). Verwaltungsvermögen dient einem beschränkten Benutzerkreis unmittelbar durch seinen Gebrauchswert für die Besorgung öffentlicher Aufgaben und umfasst die von Verwaltungsträgern zur Besorgung öffentlicher Aufgaben genutzten sogenannten Verwaltungssachen sowie die Anstaltsachen, die einem bestimmten privaten Benutzerkreis offenstehen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2205 ff.). 2.2 Öffentliche Hallenbäder sind nicht als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch, sondern als Verwaltungsvermögen zu qualifizieren (André W. Moser, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Bern 2011, S. 196). Sie gehören zu den Einrichtungen, die das Gemeinwesen im Rahmen der Leistungsverwaltung betreibt und die gemeinhin als Anstaltsvermögen oder öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch bezeichnet werden (Tobias Jaag, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 93/1992 S. 145 ff., 146 f.). Begrifflich ist das Anstaltsvermögen im Sinne einer anstaltlich genutzten Sache vom Anstaltsvermögen im Sinne jener sachlichen Mittel, mit denen eine Anstalt zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben ausgestattet wurde, abzugrenzen. Es steht in direktem Zusammenhang mit der seitens der Anstalt gegenüber den Anstaltsbenützern vermittelten Leistung (Moser, S. 32 f.). Bei einem öffentlichen Schwimmbad erscheint die Zurverfügungstellung der Anstaltsache an die Anstaltsnutzer als Hauptzweck (Moser, S. 198). 2.3 Das Hallenbad Oerlikon ist eine städtische Badeanlage, die vom städtischen Schul- und Sportdepartement betrieben wird (Art. 74 lit. d der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970 [GO; AS 101.100; in Kraft bis 31. Dezember 2021]; Art. 63 lit. a des Stadtratsbeschlusses über die Departementsgliederung und -aufgaben vom 26. März 1997 [STRB DGA; AS 172.110; in Kraft bis 31. Dezember 2021] und die gleichlautende Regelung in Art. 63 lit. a des Reglements über Organisation, Aufgaben und Befugnisse der Stadtverwaltung vom 15. Dezember 2021 [ROAB; AS 172.101; in Kraft seit 1. Januar 2022]). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anstaltsträger auch ohne gesetzliche Grundlage befugt, eine Benutzungsordnung zu erlassen und die Zulassungsbedingungen festzulegen (BGE 100 Ia 287 E. 3a). Der Stadt Zürich als Anstaltsträgerin steht demnach ohne Weiteres zu, die Benutzung ihrer Hallenbäder zu regeln. Der Stadtrat Zürich als zuständige Behörde (Art. 49 GO; nunmehr Art. 79 f. der Gemeindeordnung vom 13. Juni 2021) übertrug der Vorsteherin des Schul- und Sportdepartements mit der Ermächtigung zur Subdelegation die Kompetenz für den Erlass der Gebühren- und Benützerreglemente für die städtischen Badeanlagen. Diese Befugnis wurde dem Direktor des Sportamts weiterübertragen. Die

vom Sportamt erlassene, geltende Badeordnung der öffentlichen Badeanlagen der Stadt Zürich vom Dezember 2010 (abrufbar unter [www.stadt-zuerich.ch](http://www.stadt-zuerich.ch) > Schul- und Sportdepartement > Sportamt > Sportanlagen > Grundlagen & Richtlinien, im Folgenden: Badeordnung) sieht in Ziff. 5 lit. c vor, dass die Durchführung von Kursen und Unterricht (mit und ohne kommerzielle Absichten) in den städtischen Hallenbädern nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Sportamts, Abteilung Badeanlagen, gestattet ist. Gleiches gilt für die Durchführung von geleiteten Gruppen-Trainings, wobei zwei und mehr Personen eine Gruppe bilden (Ziff. 5 lit. b der Badeordnung). Bereits die frühere Verordnung über die Benützung der öffentlichen Badeanlagen durch Schulen, Vereine, Kurse und zu Veranstaltungen hatte das Erteilen von Schwimmunterricht gegen Entgelt in ihrem Art. 7 einer Bewilligungspflicht unterstellt. 2.4 Gesuche um bewilligungspflichtige Belegungen von Badeanlagen, wie sie die Erteilung von Schwimmunterricht gemäss der dargelegten Regelung in der Badeordnung darstellt, müssen dem Sportamt schriftlich eingereicht werden (Art. 10 Abs. 1 der Gebührenordnung für die öffentlichen Badeanlagen und Schulschwimmanlagen der Stadt Zürich [in Kraft seit 1. Januar 2015; abrufbar unter [www.stadt-zuerich.ch](http://www.stadt-zuerich.ch) > Schul- und Sportdepartement > Sportamt > Sportanlagen > Grundlagen & Richtlinien; im Folgenden: Gebührenordnung]). Gemäss Art. 11 Abs. 3 der Gebührenordnung wird die dafür fällige Gebühr durch den Direktor des Sportamts festgelegt; sie beträgt für Privatschwimmunterricht ohne Reservation einer Bahn derzeit Fr. 440.- pro Jahr. 2.5 Die Vorinstanz erwog, die Badeordnung sei kompetenzgemäss erlassen worden. Der Beschwerdeführer wendet sich nicht gegen diesen Schluss, sondern gegen die darin vorgesehene Bewilligungspflicht für den von ihm geplanten Schwimmunterricht. Deren Zulässigkeit ist im Folgenden zu prüfen.

### **E. 3.1**

Bei der Benützung von Sachen im Anstaltsgebrauch wird die ordentliche von der ausserordentlichen Nutzung sowie der Sondernutzung abgegrenzt, wobei letztere teils als Unterkategorie der ausserordentlichen Nutzung verstanden wird (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2211; Markus Heer, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens, Zürich etc. 2006, S. 15 ff.; Valérie Défago Gaudin, Usage ordinaire et extraordinaire du patrimoine administratif, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel [Hrsg.], La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, Zürich 2020, S. 59 ff., S. 66 ff.). Unter ordentlicher Nutzung wird die bestimmungsgemässe Nutzung der Anstalts Sache verstanden, unter ausserordentlicher Nutzung eine Nutzung entweder durch zugelassene Anstaltsbenutzer in einer Art und Weise, die nicht mehr durch den Anstaltszweck im engeren Sinne gedeckt ist, oder durch Anstaltsfremde (Moser, S. 197, 201). Beim Verwaltungsvermögen gilt der Grundsatz, dass die betreffende Behörde einer ordentlichen (bestimmungsgemässen) Nutzung gegenüber einer ausserordentlichen Nutzung durch Private Priorität einräumt, sofern sich eine solche überhaupt mit der Zweckbestimmung der fraglichen Sache oder Einrichtung vereinbaren lässt (BGE 143 I 37 E. 6.1 = Pra 2018 Nr. 2). Ausserordentliche Nutzungen können grundsätzlich auch ganz ausgeschlossen oder in ihrem Umfang durch ein Bewilligungs- oder Konzessionssystem beschränkt werden (BGE 144 I 50 E. 6.2.1 = Pra 2019 Nr. 12).

### **E. 3.2**

Die Benützung einer Anstalt ist nicht eine Art des Gemeingebrauchs öffentlicher Sachen, sondern setzt regelmässig eine Zulassung voraus (BGE 100 Ia 287 E. 3a). Anders als bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ist ihre Benützung in aller Regel nicht

voraussetzungslos (Moser, S. 194). Die Grundsätze zur Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch dürfen mithin nicht unbesehen auf die Nutzung von Anstaltssachen übertragen werden. Die limitierte Aufnahmefähigkeit anstaltlich genutzter Einrichtungen führt zur – oft allerdings nur potenziellen – Notwendigkeit einer Beschränkung des Benützerkreises (Markus Schön, Die Zulassung zu anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zürich 1985, S. 10). Ein Recht auf Zulassung zum Anstaltsgebrauch besteht nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und der vorhandenen Kapazitäten, hingegen nicht direkt gestützt auf verfassungsmässige Rechte. Die Zulassung muss aber rechtsgleich und willkürfrei erfolgen (Peter Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich etc. 2018, S. 360 Fn. 19; Moser, S. 199 mit Hinweisen). Entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung ist nicht ausgeschlossen, bestimmte Arten der bestimmungsgemässen Nutzung der Anstaltssache zwecks Kapazitätslenkung einer Bewilligungspflicht zu unterstellen (René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014, Rz. 87). Dies muss jedenfalls gelten, solange sich die Bewilligungspflicht nicht als rechtsungleich oder aus anderen Gründen im Ergebnis rechtsverletzend auswirkt (dazu nachstehend E. 4).

### **E. 3.3**

Verwaltungsvermögen wird durch den Gebrauch der Sache und deren Widmung begründet, wobei oftmals in den Abstimmungserläuterungen zu einem Projekt der mögliche Gebrauch der Sache umschrieben wird (Wiederkehr/Richli, Rz. 76 f.). Die Weisung des Stadtrats an den Gemeinderat zum Bau eines Hallenbads im Quartier Oerlikon vom 11. Juni 1971 und die Abstimmungserläuterungen zur zugehörigen Gemeindeabstimmung vom 23. September 1973 führten aus, dass das als Hallen- und Sportbad konzipierte Projekt die vielfältigen Anforderungen des öffentlichen Badebetriebs, des Schwimmunterrichts an den Schulen, des Vereinstrainings und der Wettkampftätigkeit bzw. der schwimmsportlichen Veranstaltungen berücksichtige. Mit Blick darauf kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, dass das Erteilen privaten Schwimmunterrichts eine Tätigkeit darstelle, die dem eigentlichen, ordentlichen Zweck des Hallenbads Oerlikon entspreche. Allein aus dem Umstand, dass ein Hallenbad eine dafür grundsätzlich geeignete Einrichtung darstellt, lässt sich keine entsprechende Widmung der Anstaltssache herleiten: Anstaltssachen liessen sich aufgrund ihrer Ausgestaltung und Beschaffenheit oftmals zu einer Vielzahl von Zwecken nutzen, die nicht ihrer Widmung entsprechen und deshalb nicht vorgesehen sind. So folgt etwa aus der Eignung von Räumlichkeiten einer Universität zur Durchführung privater (gewinnstrebig) Lehrveranstaltungen nicht, dass universitäre Hörsäle Dritten zur Verfügung gestellt werden müssten (vgl. das Reglement über die Benutzung von Räumen und Aussenflächen der Universität Zürich vom 29. Oktober 2009; LS 415.111.41). Das Hallenbad Oerlikon soll primär den Schulen zum Schwimmunterricht, der Öffentlichkeit zum Baden, Vereinen zum Training und für schwimmsportliche Veranstaltungen zur Verfügung stehen. Nichts anderes lässt sich aus dem Sportpolitischen Konzept der Stadt Zürich herleiten, wonach die Stadt Zürich hauptsächlich Aktivitäten des privatrechtlich organisierten Sports unterstützt und fördert, insbesondere solche auf ehrenamtlicher Basis und mit gemeinnütziger Ausrichtung (StRB 18/2017 vom 11. Januar 2017, Ziff. 2.4). Die Zurverfügungstellung von Infrastruktur für kommerzielle Anbieter von Sporttrainings und -kursen wird weder darin, noch in überkommunalen Rechtsgrundlagen als öffentliche Aufgabe definiert. Dass Privatschwimmkurse keine öffentliche Aufgabe darstellen, anerkennt und begründet der Beschwerdeführer in seiner Replik ausführlich. Ob vor diesem Hintergrund die vom Beschwerdeführer beabsichtigte Nutzung des Hallenbads Oerlikon als

ordentliche Nutzung zu qualifizieren ist, erscheint fraglich, kann aber letztlich offenbleiben, weil die Zulässigkeit einer Bewilligungspflicht gerade nicht davon abhängt, solange sich die Bewilligungspflicht nicht im Ergebnis rechtswidrig auswirkt (hiervor E. 3.2). Dies ist im Folgenden zu prüfen.

#### **E. 4.1**

Bei der Zulassung Privater zur ordentlichen und ausserordentlichen Nutzung von Anstaltsvermögen ist das Gemeinwesen an die Grundrechte gebunden (Défago Gaudin, S. 73 f., 80). Die widmungsgemässe Benützung eines öffentlichen Schwimmbads steht zwar nicht unter dem spezifischen Schutz eines speziellen Freiheitsrechts (Schön, S. 85 und 205) und es besteht regelmässig kein direkter (bedingter) grundrechtlicher Zulassungsanspruch wie bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch (BGE 127 I 84 E. 4b). Jedoch vermittelt die Rechtsgleichheit einen Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung beim Zugang zu den staatlichen Leistungseinrichtungen (BGE 103 Ia 394 E. 2b). Aus dem Rechtsgleichheitsgebot folgt daher, dass die Zulassungs- und Benützungsbedingungen unter gleichen tatsächlichen Verhältnissen für alle gleich sein müssen (Schön, S. 74). Das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ist dann verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird, was beispielsweise zutrifft, wenn hinsichtlich einer entscheidewesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (BGE 141 I 153 E. 5.1).

#### **E. 4.2**

Der städtischen Raumbedarfsstrategie Sport ist zu entnehmen, dass über einen Zeitraum von zehn Jahren bei der Zahl der Eintritte in Hallenbäder eine Zunahme von rund einem Drittel zu verzeichnen gewesen sei, die in einer Erhöhung der Aus- und Belastung übers ganze Jahr resultiere, und dass bei mehreren Hallenbädern permanent eine hinsichtlich Nutzungskonflikten kritische Grenze erreicht werde (Stadt Zürich, Sportamt, Raumbedarfsstrategie Sport [RBS Sport], November 2016, S. 41 f., abrufbar unter [www.stadt-zuerich.ch](http://www.stadt-zuerich.ch) > Schul- und Sportdepartement > Sportamt > Über das Sportamt > Strategische Ziele). Der Beschwerdegegner erachtet mit Blick auf die hohe Auslastung des Hallenbads Oerlikon, die als notorisch gelten kann und von der Stadt mit durchschnittlich 1100 und an Spitzentagen bis zu 1700 Badegästen pro Tag beziffert wird, als notwendig, den Zugang anhand einer Prioritätenordnung zu regeln. Dabei komme in Nachachtung der Vorgaben des kantonalen Lehrplans, des Art. 63 STRB DGA und des Sportpolitischen Konzepts dem obligatorischen Schwimmunterricht der Volksschule oberste Priorität zu, gefolgt von der Nutzung durch Sportvereine, gemeinnützige Organisationen und Individualbesuchende. Erst bei darüber hinaus bestehender Kapazität fielen weitere Nutzungsarten wie der Privatschwimmunterricht des Beschwerdeführers in Betracht. Die Vorinstanz erachtete als erstellt, dass die Auslastung eines Schwimmbads starken Schwankungen unterliege und sich dessen effektive Belegung für ein bestimmtes Zeitfenster kaum zuverlässig voraussagen lasse. Entsprechend wäre der Entscheid, zu welchen Zeiten Schwimmkurse zuzulassen seien, nur schwer zu treffen und sachlich zu begründen.

### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer erachtet die umstrittene Bewilligungspflicht und Bewilligungsverweigerung als rechtsungleich, weil die ihm nicht erlaubten Privatschwimmkurse für maximal zwei Personen für den Badebetrieb im Hallenbad Oerlikon nicht störender seien als Individualbesucherinnen und -besucher. Sinngemäss bringt er damit vor, dass mit der Statuierung einer Bewilligungspflicht und dem Verbot der geplanten Nutzung hinsichtlich vergleichbarer Sachverhalte ohne vernünftigen Grund eine rechtliche Unterscheidung getroffen werde. Die Interaktionen eines Privatschwimmlehrers mit seinen Schülern seien vergleichbar mit jenen eines Vaters mit seinem Kind, der diesem das Schwimmen beibringe. Nach der Darstellung des Sportamts stellt Privatschwimmunterricht indessen eine besonders intensive Nutzungsart dar, die sich erheblich stärker als ein gewöhnlicher Badebesuch auf den Badebetrieb und die übrigen Badegäste auswirke. So schwämmen die Schüler in der Regel in der Randbahn, weil sich die Lehrpersonen selbst meist nicht im Wasser befänden, sondern am Beckenrand mitliefen und von dort aus Instruktionen erteilten. Diese Randbahnen würden jedoch oft von der schlechter schwimmenden, meist älteren Bevölkerung und von weiteren Badegästen für kurze Pausen sowie als psychologische Sicherheit genutzt. Dies führe unweigerlich zu Konfliktsituationen, was durch das Mitlaufen der Lehrperson am Beckenrand und die dabei erteilten, meist lautstarken Instruktionen noch akzentuiert werde. Oft würden die Lehrpersonen ihre Schüler auffordern, für mündliche Anweisungen oder physische Instruktionen im Wasser auf der Bahn anzuhalten, was die anderen Schwimmenden dazu zwingt, auszuweichen und zu überholen und wodurch der natürliche Fluss beim Schwimmen gestört werde. Diesen überzeugenden Darlegungen setzt der Beschwerdeführer keine stichhaltigen Einwände entgegen. Insbesondere blendet er aus, dass Ziff. 5 lit. b und c der Badeordnung nicht kommerzielle Anbieter benachteiligen, sondern alle Arten von Schwimmunterricht einer Bewilligungspflicht unterstellen: Auch für das Erteilen von kostenlosem privatem Schwimmunterricht aus familiärer, erzieherischer oder ideeller Motivation wäre demnach eine Bewilligung vonnöten. Gerade der Badebesuch von Eltern mit ihren Kindern ist regelmässig nicht mit einer eigentlichen – bewilligungspflichtigen – Schwimmlektion vergleichbar, selbst wenn er in der Hauptsache dem Erlernen des Schwimmens dient. Vielmehr nutzen Eltern mit Kindern nach der allgemeinen Lebenserfahrung in Badesachen vielfach abwechselnd verschiedene Bereiche des Hallenbads und weichen in der Regel im Fall hoher Belegung einzelner Bereiche oder Bahnen aus, da sie nicht an einen Lehrplan oder während einer vordefinierten, bezahlten Zeitdauer zu erreichende Ziele gebunden sind. Anders als Individualbesuchende will ein Privatschwimmlehrer, der für das Erteilen einer Schwimmlektion bezahlt wird, nicht mit Blick auf die Belegungssituation auf ein geplantes Programm verzichten und mit seinem Schüler die gerade verfügbare Wasserfläche freizeitleich nutzen. Insgesamt bestehen damit sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung der Hallenbadnutzung durch Freizeitbadegäste und Privatschwimmlehrer. Soweit in Einzelfällen Individualbesuchende regelrechten Privatschwimmunterricht erteilen und bei starker Belegung des Hallenbads damit eine Störung des ordentlichen Badebetriebs im beschriebenen Sinne bewirken, steht dem Badepersonal gemäss Ziff. 3 der Badeordnung zu, im Interesse eines geordneten Badebetriebs Anweisungen zu erteilen und beispielsweise die weitere Nutzung der Randbahn zu untersagen. Diese Art der Hallenbadnutzung bedürfte nach Ziff. 5 lit. c der Badeordnung allerdings ohnehin einer Bewilligung.

### **E. 4.4**

Bei einem Verzicht auf die Bewilligungspflicht wäre mit dem Beschwerdegegner davon auszugehen, dass gleichzeitig eine Vielzahl Privatschwimmlehrer Kurse zu Spitzenzeiten in den am meisten frequentierten Hallenbädern der Stadt und in den meistgenutzten Schwimmbecken durchführen würden. Unter diesen Bedingungen mangelte es dem Sportamt an einem notwendigen Instrument der Belegungssteuerung und könnte der aus der Widmung des Hallenbads folgenden Priorisierung anderer Nutzungen keine Nachachtung verschafft werden. Die beschwerdegegnerische Befürchtung, dass ein geordneter Betrieb unter diesen Umständen nicht mehr gewährleistet werden könnte, erweist sich als nachvollziehbar. Sodann weist der Beschwerdegegner zu Recht darauf hin, dass kein Interesse daran bestehen kann, das Hallenbad Oerlikon zu allen Zeiten bis an die äusserste Belastungsgrenze auszulasten, wenn in anderen Bädern mehr Kapazitäten zur Verfügung stehen, sondern dass ein optimales Wasserflächenmanagement eine Koordination verschiedener Nutzungen in den sechs städtischen Hallenbädern und 17 Schulschwimmanlagen bedingt. Das Sportamt erteilt in ständiger Praxis keine Bewilligungen für die Durchführung von Privatschwimmunterricht im vielgenutzten Hallenbad Oerlikon; die 13 im Jahre 2018 ausgestellten Privatschwimmlehrerbewilligungen wurden allesamt für andere Hallenbäder mit geringerer Auslastung erteilt. Mit der Rechtsgleichheit wäre nicht zu vereinbaren, nur dem Beschwerdeführer, nicht aber anderen Privatschwimmlehrern eine Bewilligung für das Hallenbad Oerlikon zu erteilen. Angesichts der starken Auslastung des Bades und dem Störungspotenzial des privaten Schwimmunterrichts für den ordentlichen Badebetrieb erschiene allerdings ausgeschlossen, allen Interessierten eine solche Nutzung zu bewilligen.

#### **E. 4.5**

Die Einrichtungen einer Gemeinde sind in der Regel nach ihrer Grösse und Aufnahmekapazität auf die Bedürfnisse der Einwohnerschaft zugeschnitten. Nach der Rechtsprechung bedeutet es vor diesem Hintergrund keine Rechtsungleichheit, wenn zur Vermeidung eines übermässigen Andrangs und unangenehmer Wartezeiten der Benützerkreis eines Hallenbades auf die Gemeindeglieder beschränkt wird (BGE 100 Ia 287 E. 3b). Der Wohnsitz bildet auch ein zulässiges Kriterium für einen Auswahlentscheid zwischen mehreren Gesuchstellern für eine ausserordentliche Nutzung von Anstaltsvermögen (Heer, S. 56). Ob bereits aufgrund des ausserstädtischen Wohnsitzes des Beschwerdeführers, der den Betrieb des Hallenbades Oerlikon nicht mit seinen Steuermitteln mitfinanziert, die ersuchte Bewilligung hätte verweigert werden dürfen, braucht indessen nicht geprüft zu werden, zumal nach dem Dargelegten bereits andere sachliche Gründe die Bewilligungspflicht und -verweigerung im konkreten Fall zu begründen vermögen.

#### **E. 4.6**

Entgegen dem beschwerdeführerischen Verständnis stützt sich der Ausschluss der von ihm geplanten Nutzung nach den vorstehenden Erwägungen auf sachliche Gründe und ist damit weder als rechtsungleich noch als willkürlich im Sinn von Art. 9 BV zu betrachten. Sie erwiese sich selbst dann als rechtmässig, wenn die angestrebte Nutzung als eine Art der ordentlichen Nutzungen des Hallenbades gelten müsste.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 27 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet (Abs. 1), die insbesondere die freie Wahl des Berufs sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung erfasst (Abs. 2). Gemäss der Rechtsprechung im

Zusammenhang mit Art. 27 BV und im Gegensatz zum gesteigerten Gemeingebrauch öffentlichen Grunds erlaubt es die Wirtschaftsfreiheit jedoch nicht, eine Inanspruchnahme des Verwaltungsvermögens zu anderen Zwecken als für den vom Staat verfolgten gemeinnützigen Zweck zu verlangen (BGE 143 I 37 E. 7.2 = Pra 2018 Nr. 2). Die Grundrechte verschaffen keinen Anspruch auf eine beliebige Benützung des öffentlichen Grunds oder öffentlicher Güter für private Aktivitäten (BGE 138 I 274 E. 2.2.2). Der Beschwerdeführer kann aus der Wirtschaftsfreiheit demzufolge grundsätzlich keinen Anspruch auf Nutzung des Hallenbads Oerlikon für privaten Schwimmunterricht herleiten. Jedoch kann er sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, die insoweit einen grösseren Schutzzumfang als Art. 8 BV aufweist, um bezüglich der (verweigerten) Nutzung von Verwaltungsvermögen eine Ungleichbehandlung mit Konkurrenzunternehmen zu rügen (BGE 143 I 37 E. 8.1 = Pra 2018 Nr. 2).

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er werde gegenüber der F AG benachteiligt, die schon seit 27 Jahren eine Bewilligung zur Erteilung von Schwimmkursen im Hallenbad Oerlikon besitze. Innerhalb des räumlich relevanten Markts von Zürich Nord sei er von der Ausübung seines Gewerbes ausgeschlossen, im übrigen Stadtgebiet erscheine er aufgrund der besseren Infrastruktur und des grösseren Einzugsgebiets des Hallenbads Oerlikon verglichen mit anderen städtischen Hallenbädern zumindest als benachteiligt. Die Vorinstanz erwog hinsichtlich der Stellung der F AG, dass die Stadt Zürich mit dieser im Jahr 1994 einen unbefristeten Vertrag über den Betrieb der Schwimm- und Sportschule, der Miete der Sauna und der Boutique im Hallenbad Oerlikon abgeschlossen habe. Damit habe die Stadt Zürich die F AG zur Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit im Hallenbad Oerlikon ermächtigt. Der Tätigkeitsbereich der F AG umfasse zwar auch das Erteilen von Privatschwimmunterricht, weshalb insoweit ein Konkurrenzverhältnis vorliege. Darüber hinausgehend biete die F AG aber ein vielfältiges Aktivitätsprogramm bestehend aus Schwimmkursen, Sprungschule, Fitness und Gymnastik, Trainingskursen, "Blyb gsund"-Aktionen sowie Spezialkursen für Eltern und Kinder. Ferner habe sie sich verpflichtet, die Boutique während der öffentlichen Betriebszeiten des Hallenbads offen zu halten. Der insoweit unterschiedliche Tätigkeitsbereich der F AG vermöge die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, denn es liege im öffentlichen Interesse, dass trotz der beschränkten Kapazitäten im Hallenbad Oerlikon ein möglichst breites Angebot an Wassersportkursen im Sinne einer Grundversorgung offenstehe. Die Stadt Zürich vertritt in der Beschwerdeantwort hingegen wie schon im Rekursverfahren den Standpunkt, dass die F AG durch den Betrieb von Teilen des Hallenbads Oerlikon und das Anbieten einer Grundversorgung an Schwimmkursen eine öffentliche Aufgabe wahrnehme.

### **E. 5.3**

Nach dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind (BGE 142 I 162 E. 3.7.2). Unzulässig sind namentlich Massnahmen, die bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 125 I 431 E. 4b/aa). Die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gilt indessen nicht absolut und erlaubt Unterscheidungen, die sich allerdings auf das zur Erreichung des verfolgten, im öffentlichen Interesse liegenden Zieles

Notwendige beschränken müssen (BGE 143 I 37 E. 8.2 = Pra 2018 Nr. 2; BGE 141 V 557 E. 7.2 = Pra 2016 Nr. 29).

#### **E. 5.4**

Als direkte Konkurrenten sind nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Angehörigen der gleichen Branche zu verstehen, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (BGE 125 I 431 E. 4b/aa). Eine teilweise Überschneidung des Angebots begründet hingegen noch keine Konkurrentenstellung (vgl. BGE 119 Ia 433 E. 2b). Das Betätigungsfeld der F AG (oben E. 5.2), das mit dem Beschwerdegegner als vertragliches und betriebswirtschaftliches Gesamtpaket zu betrachten ist, unterscheidet sich massgeblich von jenem des Beschwerdeführers, der (vorwiegend fremdsprachigen) Kindern privaten Schwimmunterricht anbieten und pro Woche nicht mehr als sechs Schüler unterrichten will. Selbst wenn dessen ungeachtet zwischen dem Beschwerdeführer und der F AG ein Konkurrenzverhältnis im Sinne der Rechtsprechung zu bejahen wäre, erwiese sich Art. 27 BV nicht als verletzt, wie die folgenden Erwägungen zeigen.

#### **E. 5.5**

Eine strikte Gleichbehandlung kann bei der Regelung des Zugangs zu staatlich administrierten knappen Gütern von vornherein nicht gewährleistet werden (Giovanni Biaggini, BV Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 27 N. 27). Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden folgt, dass beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürfen, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhalten und andere gar nichts; anzustreben ist eine Regelung, die abwechslungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gibt, am Wettbewerb teilzunehmen (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.2). Auch die Rechtsprechung zum aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten bedingten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch öffentlichen Grunds leitet aus Art. 27 und 94 BV die Gebote ab, die Gleichbehandlung der Konkurrenten sicherzustellen bzw. bei der Regelung des gesteigerten Gemeingebrauchs auf faire Wettbewerbsverhältnisse hinzuwirken (BGE 142 I 99 E. 2.4.2). Öffentliche Interessen – worunter nach der Rechtsprechung auch etwa das Publikumsinteresse an der Nutzung eines privaten Angebots auf öffentlichem Grund fällt – können aber eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung in gewissen Grenzen rechtfertigen, doch muss auch eine solcherart begründete Ungleichbehandlung verhältnismässig sein und darf das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten nicht seiner Substanz berauben (BGE 121 I 279 E. 6c/bb; 128 I 136 E. 3.1 und 4.1).

#### **E. 5.6**

Aus der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Wirtschaftsfreiheit sowie mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 BV folgt für Regelungen eines Anstaltsträgers zur Nutzung von Anstaltsvermögen, dass eine darin vorgesehene Ungleichbehandlung von Konkurrenten eines im öffentlichen Interesse liegenden sachlichen Grunds bedarf und verhältnismässig sein muss. Mit der Vorinstanz ist ein öffentliches Interesse darin zu erblicken, der Bevölkerung trotz der beschränkten Kapazitäten im Hallenbad Oerlikon ein möglichst breites Angebot an Wassersportkursen zur Verfügung zu stellen. Die F AG ist zur Bereitstellung eines solchen Angebots vertraglich verpflichtet. Die Stadt Zürich macht zudem ein nachvollziehbares Interesse an einer vorausschauenden Kapazitätslenkung geltend, dem mit einer Beschränkung der zugelassenen Privatschwimmkursanbieter auf die

Betreiberesellschaft von Teilen der Hallenbadinfrastruktur Rechnung getragen werden könne. Schliesslich erlaubt die einseitige Bewilligungserteilung auch den wirtschaftlich sinnvollen Betrieb und damit die Aufrechterhaltung des Gesamtangebots der F AG als Betreiberin von Teilen der Hallenbadinfrastruktur. Dass er daran interessiert wäre, in die Position der F AG insgesamt einzutreten und ein identisches Leistungspaket anzubieten, macht der Beschwerdeführer nicht geltend, womit sich Weiterungen hierzu erübrigen.

#### **E. 5.7**

Dem Beschwerdeführer wurde angeboten und steht weiterhin offen, seinen Schwimmunterricht in anderen städtischen Hallenbädern durchzuführen. Es wurden ihm mithin ausdrücklich Alternativen in örtlicher Hinsicht aufgezeigt und die verweigerte Bewilligung bewirkt damit kein gänzlich Verbot, in öffentlichen Hallenbädern auf Stadtgebiet Privatschwimmunterricht anzubieten. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, dass es ihm nicht möglich oder unzumutbar gewesen wäre, auf die Hallenbäder Bläsi oder Leimbach auszuweichen. Solches tut er auch im Beschwerdeverfahren nicht; vielmehr stellt er das Hallenbad Oerlikon als das "bessere und begehrtere Schwimmbad" dar, das er wegen dessen besserer Infrastruktur und Erreichbarkeit bevorzuge. Die – für den Fall einer Bejahung der Konkurrentenstellung (vgl. E. 5.4) – mit der ausschliesslichen Zuteilung des Hallenbads Oerlikon an die F AG für Privatschwimmkurse einhergehende Ungleichbehandlung erweist sich indessen ohne Weiteres als verhältnismässige Kapazitätslenkungsmassnahme, zumal der Beschwerdeführer damit nicht gänzlich von der Ausübung des Schwimmlehrergewerbes ausgeschlossen wird, sondern er dieses in anderen städtischen Hallenbädern ausüben könnte. Zudem liegen in der näheren Umgebung ausserhalb der Stadtgrenze weitere Hallenbäder, etwa das Hallenbad Opfikon/Glattbrugg, in dem der Beschwerdeführer vor dessen (inzwischen abgeschlossenen) Sanierung offenbar privaten Schwimmunterricht erteilen durfte und erteilt hatte; in Altstetten befindet sich auf dem Gebiet der Stadt Zürich auch ein Hallenbad privater Trägerschaft. Im Übrigen muss bei einem knappen Angebot staatlicher Infrastruktur, wie es in der Stadt Zürich an Hallenbädern besteht, notwendigerweise ein Auswahlentscheid getroffen werden, wem diese zur Verfügung zu stellen ist. Diesen hat das Sportamt gestützt auf sachliche Gründe und in Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes getroffen. Indem die Stadt Zürich dem Beschwerdeführer wegen grosser Auslastung nicht das Hallenbad seines Beliebens zur Ausübung des Schwimmlehrergewerbes zur Verfügung stellt, sondern dessen insoweit Nutzung aus sachlichen Gründen einer einzigen Anbieterin vorbehält, setzt sie sich demnach nicht in Widerspruch zu den Vorgaben des übergeordneten Rechts. Insbesondere ist darin keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung zweier Wirtschaftsteilnehmer zu erblicken.

#### **E. 6.1**

Nach den vorstehenden Erwägungen erweist sich die Bewilligungspflicht für die Erteilung von Privatschwimmunterricht in den städtischen Hallenbädern und die Verweigerung der vom Beschwerdeführer beantragten Bewilligung für das Hallenbad Oerlikon als rechtmässig. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

#### **E. 6.2**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihm keine Parteientschädigung zu

(§ 17 Abs. 2 VRG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.