

Übungen Verwaltungsrecht III

lic. iur. Martin Wirthlin, Verwaltungsrichter

Übungsnotizen von Jonas Achermann

basierend auf dem Skript „Übungen im Verwaltungsrecht I“ (SS 06)

18. April 2006

Block I

Fall 1 (Rechtsquellen/Normenhierarchie)

a) Zuerst ist die **Bundesverfassung** zu konsultieren:

- Die BV beantwortet **erstens** die Frage in Hinblick auf die Kompetenzverteilung in Art. 118. Danach besteht im Gesundheitswesen eine kantonale Kompetenz.
- **Zweitens** sieht die Bundesverfassung in Art. 27 Abs. 2 die Wirtschaftsfreiheit vor. Eine kantonale Bewilligungspflicht ist eindeutig eine Einschränkung dieses Grundrecht und kann nach Art. 36 BV nur unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden. Die Eingriffsvoraussetzungen sind bekanntlichermassen: **Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und kein Eingriff in den Kerngehalt.**

Die gesetzliche Grundlage für die Grundrechtseinschränkung findet sich im **kantonalen Gesundheitsgesetz**. Dabei handelt es sich um ein *Gesetz im formellen Sinne*, weil es im ordentlichen Rahmen der Gesetzgebung (durch ein demokratisch legitimiertes Parlament) erlassen wurde (Dabei ist es nicht notwendig, dass es einem Referendum unterliegt).

Die **Verordnung über die Berufe der Gesundheitspflege** des Regierungsrates ist ein *Gesetz im materiellen Sinne*, weil es sich um generell-abstrakte Rechtsnormen handelt. Es handelt sich dabei zudem um eine *Rechtsverordnung*, weil sich die Verordnung an die Allgemeinheit richtet. Weiter handelt es sich dabei um eine *gesetzesvertretende Verordnung*, weil sie sich auf die Delegationsdelegation §41 Abs. 2 des kantonalen Gesundheitsgesetz stützt und weitergehende Rechte und Pflichten statuiert.

Weil die Rechtssetzung nicht primär die Aufgabe der Exekutive ist (Verstoss gegen die Gewaltenteilung), gibt es gewisse Regeln der Delegationsdelegation: **Gesetzesvertretende Verordnungen** (die zugleich **unselbstständige Verordnungen** sind, da sie auf einer Delegation des Gesetzes beruhen) können nur aufgrund einer gesetzlichen Delegationsnorm erlassen werden, während **Vollzugsverordnungen** die bereits bestehenden Rechte und Pflichten in einem Gesetz lediglich detailliert ausführen und konkretisieren. Die Kompetenz der Exekutive zum Erlass von Vollzugsnormen findet sich im Bundesrecht in Art. 182 Abs. 2 BV (Aufgrund der Kompetenz in der Bundesverfassung sind sie **selbstständige Verordnungen**).

I.c. stützt sich die Begründung des abschlägigen Entscheides des (Gesundheits- und Sozial)Departementes auf die **Richtlinie für die fachlich selbstständige und gewerbsmässige Ausübung der nichtärztlichen Alternativmedizin im Kanton Luzern**. Das Verwaltungsgericht hat dieses Verordnung als *Verwaltungsverordnung* eingestuft, weil im Luzernischen Recht die Departemente nicht zum Erlass von Rechtssätzen befugt sind. Eine Verwaltungsverordnung richtet sich nur intern an die Verwaltungsbehörden selber. Verwaltungsverordnungen sind kein materielles Recht und nicht in der amtlichen Sammlung publiziert. Dies hat die Konsequenzen, dass eine Verwaltungsverordnung von Privaten nicht angefochten werden kann und vom Verwaltungsgericht nicht beachtet werden muss.

I.c. hat die konkrete Verwaltungsverordnung aber offensichtlich **mittelbare Aussenwirkungen** auf Private, weil sie zum ablehnenden Entscheid in einem Bewilligungsverfahren geführt hat, an dem eine Private (Frau Huber) betroffen war. Weil aber eine konkrete Verfügung aufgrund dieser Verordnung ergangen ist, kann Frau Huber die Verwaltungsverordnung nicht abstrakt anfechten, sondern lediglich mittelbar in Hinblick auf die Anfechtung der konkreten Verfügung.

b) Besteht eine gesetzliche Grundlage für eine Bewilligungspflicht des hier in Frage stehenden Tätigkeitsbereich der Alternativmedizin oder nicht? Nach § 41 des kantonalen Gesundheitsgesetzes sind die Naturheiler nicht einer Bewilligungspflicht unterstellt. Die Frage ist trotzdem zu **bejahen**, denn eine gesetzliche Grundlage findet sich in **§ 16 Abs. 1 lit a. des kantonalen Gesundheitsgesetzes** (welcher jedoch sehr allgemein gehalten ist und somit in Bezug auf das Legalitätsprinzip fraglich ist). Das Wort “namentlich” in Abs. 2 weist auf eine lediglich exemplarische Aufzählung in § 41 hin.

Diese Bewilligungspflicht ist aufgrund des **öffentlichen Interesses** am Polizeigut der “Gesundheit” errichtet worden.

c) Die Voraussetzungen für eine Bewilligung finden sich in § 18 des Gesundheitsgesetzes. Der Verordnungsgeber hat es jedoch versäumt diese Voraussetzungen zu konkretisieren (in einer Vollzugsverordnung). Der Gesetzgeber hätte diese fachlichen Voraussetzungen konkretisieren müssen, hat es jedoch dennoch nicht getan. Somit liegt eine **echte Lücke** vor. Der Richter muss Rechtsfortbildung nach Art. 1 ZGB betreiben. I.c. wurde eine **richterliche Regel** erlassen, welche sich auf die Richtlinien des Gesundheitsdepartements abgestützt hat. Das Verwaltungsgericht erachtete sie für den konkreten Fall als verhältnismässig und anwendbar, obwohl es nicht an diese Verwaltungsverordnungen des Departementes gebunden wäre. Das Gericht hat sich also selber eine gewisse Zurückhaltung in der Rechtsfortbildung auferlegt.

Fall 3 (Verhältnis Strafrecht/Verwaltungsrecht)

Die Tatbestandselemente von Art. 292 StGB sind erfüllt; Lustenberger hat der Verfügung mit Strafdrohung der Baubehörden zuwidergehandelt. Ob sich Lustenberger nach Art. 292 StGB strafbar gemacht hat, entscheidet der Strafrichter. Zu beachten bleibt, dass der Strafrichter unter gewissen Voraussetzungen die die Kompetenz hat, die Rechtmässigkeit der vorangehenden Verfügung (der Verwaltungsbehörden) zu überprüfen (Prüfung einer Vorfrage):

- wenn das Verwaltungsgericht die fragliche Verfügung überprüft hat ist der Strafrichter an die Verfügung gebunden
- wenn keine Weiterzugsmöglichkeit der fraglichen Verfügung besteht, hat das Strafgericht volle Überprüfbarkeit ohne Angemessenheitskontrolle.
- i.c. liegt der Fall vor, dass der (mögliche) Weiterzug ausgeblieben ist. Dabei kann der Strafrichter die vorangehende Verfügungsverfügung nur auf eine offensichtliche Rechtsverletzung oder Ermessensmissbrauch überprüfen.

Eine offensichtliche Rechtsverletzung ist in der Anordnung der Einstellung der Bauarbeiten nicht zu erblicken. Jedoch durfte der Gemeinderat nicht auf die Wiederherstellung des gesetzesmässigen Zustandes pochen. Bei einem Bau ohne Baubewilligung muss zuerst eine nachträgliches Baubewilligungsverfahren angeordnet werden. Deswegen liegt bezüglich Ziff. 2 der Verfügung eine offensichtliche Rechtsverletzung vor.

Lustenberger hat sich also nur bezüglich Nichteinhaltung der Ziff. 1 der Verfügung strafbar gemacht.

Zudem ist eine Strafbarkeit gemäss Art. 213 Abs. 1 i.V.m. Art. 184 Abs. 1 PBG zu bejahen.

Fall 2 (Rechtsquellen/Normenhierarchie)

b) Es handelt sich hier um einen Rechtserlass, weil nicht nur auf ein internes Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden Bezug genommen wird. Die Hausärzte und Heimbewohner sind durch diese Verordnung eindeutig tangiert und es werden ihnen Rechte und Pflichten auferlegt. Sie ist somit als *Rechtsverordnung* zu qualifizieren. Dies hat im Kanton Luzern praktische Konsequenz, dass diese Rechtsverordnung nach Verwaltungsrechtsgesetz abstrakt anfechtbar ist, was für Verwaltungsverordnungen nicht der Fall ist (Art. 188 I VRPG).

a) Die Zuständigkeit des Gemeinderates findet sich in § 45a Abs. 3 Ziff. 3 Gemeindegesetz i.V.m. §87 Staatsverfassung

2. Mai 2006

Block II

Fall 4 (öffentliches Recht/Privatrecht)

Zuerst muss abgeklärt werden, ob dieses Rechtsverhältnis zwischen der Salbahn AG und der Futtermittel AG privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist. Ein Vertrag muss also nicht immer privatrechtlicher Natur sein. Für eine solche Auslegung ziehen wir verschiedene Theorien heran:

- **Subjektionstheorie** (Wer ist beteiligt?)
- **Subordinationstheorie** (Gibt es Unterordnung?)
- **Interessentheorie** (Schutzrichtung der Norm?)

- **Funktionstheorie** (Geht es um Staatsaufgaben?)
- **Modale Theorie** (Welcher Art ist die Sanktion?)

Es besteht für die Salbahn AG ein Kontrahierungszwang aufgrund Art. 3 des AnGG. Aufgrund dieses Kontrahierungszwanges kann aufgrund der Subordinationstheorie gesagt werden, dass es sich um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt. Die öffentliche Hand gibt die Pflicht vor, dass private Bahnorganisationen Anschlüsse gewähren. Die Bahnbetriebe sind dem Staat untergeordnet. Der Transport grosser Güter über die Bahn liegt im öffentlichen Interesse, somit spricht auch die Interessentheorie für ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Es ist daher von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auszugehen.

Fraglich ist, ob die Salbahn AG den Vertrag kündigen durfte?

Da es sich - wie oben gesehen - nicht um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, kann die Salbahn AG den Vertrag nicht ausschliesslich nach privatrechtlichen Regelungen kündigen. Sondern sie muss, sofern eine Regelung im öffentlichen Recht zu finden ist, das betreffende öffentliche Recht beachten. Die Voraussetzungen für eine Vertragsauflösung finden sich hier tatsächlich im öffentlichen Recht (ansonsten wäre der Kontrahierungszwang ja sinnlos), nämlich in Art. 15 AnGG. Für die Salbahn AG besteht also keine Kündigungsfreiheit im Sinne des Privatrechtes. Ihre Argumentation lässt sich mit den Kündigungsgründen in Art. 15 AnGG nicht vereinbaren, somit war die Kündigung missbräuchlich.

Fall 5 (Zweistufentheorie, Beschaffungsrecht)

Im Grundsatz besorgt sich das Gemeinwesen die Leistungen, welche es braucht, um seine Aufgaben zu erfüllen, auf der Basis von privatrechtlichen Verträgen (öffentliches Beschaffungswesen/administrative Hilfstätigkeit). Doch es besteht dahingehend eine Ausnahme, dass die Auswahl des Vertragspartners durch das Gemeinwesen willkürfrei ablaufen muss. Die **Zweistufentheorie** soll die willkürfreie Auswahl des Vertragspartners gewährleisten: In der ersten Stufe, wird der **Zuschlag** hoheitlich (nach öffentlichem Recht) einem Vertragspartner erteilt. Dieser hoheitliche Akt (ist neu)¹ anfechtbar. Aufgrund dieses Zuschlages erfolgt in der zweiten Stufe der **privatrechtliche Vertragsschluss** mit dem ausgewählten Vertragspartner.

Die öffentliche Vergabe läuft nicht immer gleich ab, sondern es gibt verschiedene Verfahren:

- **Einladungsverfahren** (Das Gemeinwesen lädt einige wenige Anbieter zur Offertstellung ein.)
- **öffentliches Verfahren** (öffentliche Ausschreibung, alle Offerten werden berücksichtigt)
- **selektives Verfahren** (öffentliche Ausschreibung und nachträgliche Selektion der Offerten)

Keine öffentliche Vergabe ist das **Freihandverfahren** (freihändige Vergabe). Sie ist nur sehr selten und bei bescheidenen Summen möglich (z.B. beim Kauf von Büromaterial).

Am Schluss muss das wirtschaftlichste günstige Angebot nach dem Preis-Leistungs-Verhältnis ausgewählt werden (vgl. auch § 5 Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen)

a) Bis zu einem gewissen Schwellenwert (Preis) kann die freihändige Vergabe erfolgen. Die Verordnung über die öffentlichen Beschaffungen legt den Schwellenwert in § 6 I Lit. d bei Aufträgen in Bauhauptgewerbe auf 300 000.- Franken fest. Dabei wird auf die Schätzung der Gemeinde vor Auftragserteilung abgestellt. I.c. ist unklar, wie hoch die Gemeinde die voraussichtlichen Kosten des Schulgebäudes geschätzt unklar. Die Tatsache, dass sich die Kosten des billigsten Angebot nur knapp unter dem Schwellenwert liegt, spricht dafür, dass die geschätzten Kosten über dem Schwellenwert liegen mussten. Somit war ein förmliches Verfahren Voraussetzung.

b) Dieses Vorgehen der Gemeinde ist natürlich nicht vereinbar mit den Regelungen im Gesetz; Die Vergabekriterien sind nach dem günstigsten Preis-Leistungsverhältnis zu richten und nicht einseitig auf ökologische Gründe auszurichten (§5 Abs. 2). Absprachen mit einzelnen Parteien sind nach § 15 Abs. 2 des Gesetzes nicht zulässig. Eine solche Verfügung der Gemeinde müsste im Falle einer Beschwerde gemäss § 33 aufgehoben oder als rechtswidrig eingestuft werden.

c) Es besteht die Möglichkeit den Zuschlag mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten. Doch der grosse Clou ist, dass die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zeitigt (Gesetz § 31). Somit könnte, solange die Rechtsmittelfrist noch läuft, bereits ein privatrechtlicher Vertrag entstehen. Wird die Beschwerde danach gutgeheissen, kann höchstens noch die Rechtswidrigkeit der Verfügung festgestellt werden. Der (zu unrecht abgeschlossene) privatrechtliche Vertrag bleibt bestehen, offen bleiben nur noch allfällige sehr beschränkte (§ 34) Schadenersatzansprüche des Beschwerdeführers. Der Rechtsschutz gegen missbräuchliche Verfügungen ist also völlig ungenügend.

¹ Aufgrund entsprechender WTO Vereinbarungen und kantonaler Konkordate, welche die Benachteiligungen ortsfremder Anbieter ausschliessen möchten.

d) Diese Argumentation ist nicht überzeugend, weil die Gemeinde damit verkennt, dass der Zuschlag direkt angefochten werden kann.

e) Der Zuschlag kann aufgehoben werden, solange der Vertragschluss noch nicht erfolgt ist. (Gesetz § 33 Abs. 1)

f) Nach kantonalem Recht kann das Gericht den Zuschlag nicht selber erteilen.

Fall 6 (Zeitlicher Geltungsbereich)

Die **echte Rückwirkung** bezieht sich auf einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt auf den ein neues Gesetz angewendet wird (und nicht dasjenige das bei Abschluss des Sachverhaltes galt) und ist grundsätzlich unzulässig. Die **unechte Rückwirkung** bezieht sich auf einen in der Vergangenheit begonnenen, aber noch andauernden Sachverhalt und ist grundsätzlich zulässig.

Die Gebührenerhebung, welche den den Neubau (3000.- Franken, 2% von 150 000.- Franken) betrifft, ist unproblematisch. Der Neubau ist zu einem Zeitpunkt errichtet worden, in dem das neue Recht bereits bestanden hat. Somit besteht bei dieser Gebührenerhebung kein Rückwirkungsproblem, weil das neue Gesetz Bezug nimmt auf einen abgeschlossenen Sachverhalt der sich in der Geltungsdauer des Gesetzes abgespielt hat.

Bei der restlichen Gebührenerhebung stellt sich die Frage worauf angeknüpft wird; Wird auf dem Sachverhalt des Anschlusses (abgeschlossener Sachverhalt) angeknüpft, handelt es sich dabei um eine echte Rückwirkung. Wird hingegen auf den Sachverhalt des Angeschlossenseins (Dauersachverhalt) angeknüpft, kann man von einer unechten Rückwirkung sprechen. Das Bundesgericht meint, am Sachverhalt des Angeschlossenseins darf angeknüpft werden. Jedoch nur unter den Bedingungen, dass von Seiten des Gemeinwesens effektiv eine Mehrleistung (z.B. Neubau, Verbesserung) angeboten wird, welche die Gebührenerhöhung rechtfertigt oder wenn die Grundeigentümerin ihren Bau vergrössert. Ist dies nicht der Fall muss auf den Sachverhalt des Anschlusses angeknüpft werden.

Weil i.c. von Gemeindeseite her keine Mehrleistung begründet wird, durfte sie also die Gebührenerhöhung nicht auf den Sachverhalt des Angeschlossenseins knüpfen. Somit handelt es sich bei der Auferlegung der Gebühr um eine echte Rückwirkung, welche nur unter ganz besonderen Voraussetzungen möglich ist:

- ausdrücklich angeordnet
- zeitlich mässig
- triftige Gründe
- keine Rechtsungleichheiten
- keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte

Die i.c. nicht erfüllt sind. Somit sind die restlichen 5000.- Franken der auferlegten Gebühr missbräuchlich.

9. Mai 2006

Fall 8 (Legalitätsprinzip)

Förderungsmassnahmen für Frauen im Gesetz (Anstellungsquoten), welche auf Art. 8 Abs. 3 BV beruhen, stehen in einem direkten Spannungsverhältnis zum Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV.

Das Bundesgericht hat die Verhältnismässigkeitsprüfung der gegensätzlichen Interessen an einer solchen Quote in den Vordergrund gerückt. Es hat dabei zwischen starren und flexiblen Quoten unterschieden. Bei starren Quoten wird die Bewerbung eines falschen Geschlechtes gar nicht zugelassen, bei weichen Quoten werden beide Bewerbungen betrachtet, wobei der Entscheid bei gleichen Qualifikationen zugunsten des geförderten Geschlechts fällt. Das Bundesgericht hat in früheren Entscheiden weiche Quoten zugelassen.

Im konkreten Fall handelt es sich um eine starre Quote, weil Bewerbungen von Männer überhaupt nicht beachtet werden (sie können noch so qualifiziert sein). Das Bundesgericht hat bezüglich der Verhältnismässigkeit einer solchen starren Quote grosse Bedenken angemeldet, die Frage jedoch letztendlich offengelassen.

Neben der Verhältnismässigkeit stellt sich aber auch zentral die **Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage dieser starren Quote (Legalitätsprinzip)**. Die verfassungsmässige Kompetenz des Bundes zum Erlass eines Gesetzes zur Gleich-

stellung der Geschlechter ist in Art. 8 Abs. 3 BV verankert, wo steht, dass “das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung” sorgt.

Das Legalitätsprinzip hat zwei Funktionen:

- **Funktion der Rechtssicherheit** (die Rechtsnormen müssen generell-abstrakt und genügend bestimmt sein)
- **demokratische Funktion** (die wichtigen Regelungen müssen in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt sein, bei Verordnungen müssen die Regeln der Gesetzesdelegation eingehalten worden sein)

Gesetzliche Grundlage für eine weiche Quote könnte sicherlich Art. 3 Abs. 3 GIG darstellen. Es handelt sich dabei beim Begriff “angemessene Massnahme” um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Fraglich bleibt, ob dieser Art. 3 Abs. 3 GIG hinreichend bestimmt ist, um eine starre Quote zu gewährleisten. Diese Frage ist zu verneinen, dieser Absatz ist zu unbestimmt um eine starre Quote zu stützen .

Art. 7 der Verordnung über projektgebundene Beiträge (...) hat das Bundesgericht als Zielvorgabe (“Grundsätzlich...”) qualifiziert. Also auch diese Bestimmung hilft bei der Suche nach einer gesetzlichen Grundlage für die starre Quote nicht weiter.

Weitere Rechtsgrundlage könnte Art. 39 des Universitätsgesetzes sein. Doch auch diese Bestimmungen sind zu unbestimmt, um basierend darauf eine fixe Quote einführen zu können. Sie könnten höchstens für die Einführung einer weichen Quote genügen.

Beim Art. 2 des Regelementes handelt es sich um eine autonome Satzung. Hier auf der Stufe der Verordnungen, weil sie von einem exekutiven Organ (Universitätsrat gemäss § 15 Universitätsgesetz) erlassen worden ist. Auch sie kann keine genügende gesetzliche Grundlage für die Einführung der starren Quote darstellen.

Somit kommen wir zum Schluss, dass für diese Sicht der Uni Luzern keine genügende rechtliche Grundlage für eine starre Quote besteht.

Fall 9 (Sonderstatusverhältnis, unbestimmte Rechtsbegriffe)

Ahmed Müller hat grundsätzlich - aufgrund der Meinungs- und Informationsfreiheit in Art. 16 der Bundesverfassung - das Recht, seine Meinung frei zu äussern. Dieses Recht kann aber nach Art. 36 BV eingeschränkt werden. Dabei ist zudem von besonderer Bedeutung, dass er sich in einem Sonderstatusverhältnis befindet.

Ahmed Müller untersteht einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis, welches nach dem Personalgesetz zu beurteilen ist. Im öffentlichen Recht müssen Verwaltungsakte immer auf Grundlage und in den Schranken des Gesetzes (Legalitätsprinzip) erfolgen, somit muss sich die Kündigung auf gesetzliche Grundlage beruhen. Deswegen sind in §18 und 19 des Personalgesetzes Kündigungsgründe angegeben.

U.a. steht in § 18 lit b, dass das Verhältnis beendet werden kann, wenn vom Arbeitnehmer gesetzliche Pflichten verletzt wurden. In § 50 werden gesetzliche Dienstpflichten formuliert; u.a.auch dass sich Angestellte “ausser Dienst jedes Verhalten zu unterlassen haben, das ihre Vertrauenswürdigkeit hinsichtlich ihrer dienstlichen Tätigkeit beeinträchtigen kann”. Damit wird in § 50 explizit ein Sonderstatusverhältnis der Angestellten definiert.

Im Bereich von Sonderstatusverhältnissen wird das Legalitätsprinzip aufgeweicht. Es bestehen geringere Anforderungen an Normstufe und Normdichte im Rahmen von Einschränkungen der Grundrechte. Somit ist § 50 Abs. 3 PG in Verbindung mit § 18 lit. b eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Grundrechtseinschränkung der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) und der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV). Auch wenn die relevanten Bestimmungen nicht besonders bestimmt sind (und als gesetzliche Grundlage scheitern würde, sofern kein Sonderstatusverhältnis vorhanden wäre).

Für die Grundrechtseinschränkung weiterhin zu prüfen wären das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit.

Als öffentliches Interesse kann die Vertrauenswürdigkeit und das Ansehen der Schule, wo Müller angestellt ist, angegeben werden.

Bei der Verhältnismässigkeit ist die Geeignetheit der Entlassung sicherlich gegeben. Fraglich ist, ob diese Massnahme (Entlassung) tatsächlich erforderlich ist um das öffentliche Interesse zu wahren, oder ob eine mildere Massnahme (z.B. Ermahnung) ausreichen würde. Es kann durchaus vertreten werden, dass die sofortige Entlassung eine zu scharfe Massnahme darstellt, welche die Verhältnismässigkeit verletzen würde.

Fall 11 (Rechtsquellen; Legalitätsprinzip; öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit)

Fraglich ist, ob ein Baubewilligungsgesuch überhaupt notwendig ist, wenn lediglich das Dach neu gedeckt wird.

Im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens wird die Zonenkonformität, die allgemeine Übereinstimmung mit den einschlägigen baupolizeilichen Bestimmungen und konfliktlose Einfügung in das Ort- und Landschaftsbild überprüft. Somit ist die Umdeckung eines Daches effektiv baubewilligungspflichtig, weil das Orts- und Landschaftsbild beeinflussen kann.

Wer ohne Baubewilligung baut, handelt vorerst rechtswidrig. Danach sollte - bevor Wiederherstellung des vorherigen Zustandes verfügt wird - zuerst geprüft werden, ob eventuell doch noch ausnahmsweise eine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden kann.

Die Anweisung des Gemeinderates, das Dach mit einer anderen Farbe zu decken, ist eindeutig ein Eingriff in das Grundrecht des Eigentums (Art. 26 BV) von Herrn Dunkel. Es ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung gemäss Art. 36 BV erfüllt sind.

Die Gemeinde stützt sich bei ihrer Entscheidung auf Art. 140 des Planungs- und Baugesetzes sowie auf Art. 44 des kommunalen Bau- und Zonenreglementes ab. Es handelt sich dabei zwar um formelle Gesetze, die jedoch nicht genügend bestimmt ist, um auf einem braunen Ziegeldach zu beharren. Die Gemeinde kann gestützt auf diese Normen zwar störende Dachziegel verhindern, aber nicht eine bestimmte Farbe vorgeben.

Wenn eine gesetzliche Grundlage bestehen würde, mit welcher es der Gemeinde möglich wäre, eine bestimmte Farbe vorzuschreiben, dann würde sich noch die Frage stellen, ob ein genügendes öffentliches Interesse und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit diese Einschränkung der Eigentumsfreiheit rechtfertigen würde.

Die Gemeinde führt zusätzlich noch an, dass seit den 70er Jahren nur dunkelbraune Ziegel verwendet werden. Sie beruft sich somit also auf die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts, welche vom Bundesgericht anerkannt wird. An das Gewohnheitsrecht werden aber strenge Voraussetzungen gestellt, damit es in seiner Geltung durchdringt:

- Das Bestehen einer Lücke des geschriebenen Gesetzes.
- Langjährige und einheitliche Praxis der Behörden.
- Rechtsüberzeugung der Privaten und Behörden, die von der Regelung betroffen sind.

Fraglich ist, ob eine Lücke besteht oder nicht. Es könnte auch ein qualifiziertes Schweigen vorliegen, mit dem der Gesetzgeber stillschweigend ausdrücken wollte, dass die Farbe nicht von der Gemeinde vorgeschrieben werden darf. Der Referent geht eher vom Vorliegen eines qualifizierten Schweigens aus, somit ist auch die Grundlage des Gewohnheitsrechts eher nicht anzunehmen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Verfügung der Gemeinde, das Dach mit braunen Dachziegeln zu bedecken, die Eigentumsfreiheit in Art. 26 BV verletzt und somit rechtswidrig ist.

Wir nehmen an, dass es jetzt effektiv so ist, dass die grauen Ziegel das Landschaftsbild stören. Die Gemeinde kann (wie gesehen) eine neue Bedeckung (aber nicht braune Ziegel) gemäss Art. 44 des kommunalen Bau- und Zonenreglements vorschreiben. Hier stellt sich die Frage des öffentlichen Interesses und v.a. die Verhältnismässigkeitsfrage erneut, weil dem Herr Dunkel mit dieser Verfügung sehr hohe Kosten aufgebürdet werden. Es müsste die Eignung, Erforderlichkeit und die Zweck-Mittel-Relation müssten genauer geprüft werden.

Fall 12 (Rechtsgleichheit/Willkürverbot)

Die Gewerbeschule und die kaufmännische Mittelschule sind beides tertiäre Schulstufen, welche auf den Beruf vorbereiten. Somit kann man davon ausgehen, dass es sich um gleiche (zumindest ähnliche) Tatbestände handelt. Die Lohnunterschiede und die unterschiedliche zeitliche Belastung sind eine Ungleichbehandlung, welche offensichtlich eine Benachteiligung der Gewerbeschullehrer zur Folge hat.

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Ungleichbehandlung von gleichen Sachverhalten dann gerechtfertigt ist, wenn sachliche und ernsthafte Gründe dafür sprechen. Von kaufmännischen Berufslehrern wird eine anspruchsvollere Ausbildung verlangt und die Schüler müssen im Vergleich zur Gewerbeschule auf Hochschulreife gebracht werden. I.c. hat das Bundesgericht diese Umstände als sachliche Gründe eingestuft, welche eine Ungleichbehandlung dieser beiden Tatbeständen rechtfertigt.

Allgemein ist anzufügen, dass die Verfassungsrechtssprechung sich in Lohnfragen des öffentlichen Dienstes sehr zurückhält, weil es letztendlich um Werturteile des Gesetzgebers geht. Somit beschränkt sich die Rechtsprechung darauf, die sachlich vertretbaren Gründe auszumachen und zu schützen. Die Ausnahme der Vorgehensweise dieser Rechtsprechung besteht im Bereich der unterschiedlichen Entlohnung zwischen Mann und Frau, wo das Bundesgericht intensiv für die Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern einsteht.

In diesem Fall dürfte Herr Albrecht also nicht unbedingt gute Aussichten auf Erfolg mit Beschwerde an Bundesgericht hegen.

Fall 13 (Öffentliche Interesse/Verhältnismässigkeit)

Vorerst sticht ins Auge, dass das Gesetz über den Feuerschutz jünger ist als das in Frage stehende Gebäude. Somit haben wir (nur vordergründig) ein Problem mit der zeitlichen Geltung. Doch beim Haus handelt es sich um einen offenen Dauersachverhalt, somit handelt es sich um eine unechte Rückwirkung, welche erlaubt ist. Es liegt eine Nutzungsänderung des Hauses gemäss § 43 vor, die eine Bewilligung braucht. Somit gibt es eigentlich gar kein zeitliches Problem, weil die Nutzungsänderung während der Geltungsdauer des Gesetzes vorgenommen worden wurde.

Die mit der Bewilligungserteilung verbundenen geforderten Massnahmen greifen in das Grundrecht der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 der Bundesverfassung ein. Es ist daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Grundrechtseinschränkung gemäss Art. 36 BV erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen zählen; gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit. Zudem darf der Eingriff den Kern des Grundrechtes nicht verletzen.

Für die Erteilung der Bewilligung benötigt es eine gesetzliche Grundlage. Die gesetzliche Grundlage ist in § 43 des Gesetzes über den Feuerschutz zu finden. Diese Bestimmung ist abgeleitet aus einem formellen Gesetz und genügend bestimmt. Somit ist die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage als erfüllt anzusehen.

Ein öffentliches Interesse an diesen verlangten Massnahmen ist offensichtlich vorhanden: Es besteht ein Interesse daran, dass an Grundstücken ein genügender Brandschutz besteht, so dass die Polizeigüter Leib und Leben möglichst aufrechterhalten werden können.

Im Rahmen der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, ob diese Massnahmen geeignet sind, das öffentliche Interesse des Brandschutzes zu wahren. Die Eignung ist sicherlich zu bejahen. Die vorgegebenen Brandschutzmassnahmen sind geeignet im Brandfall eine Ausbreitung des Feuers erheblich einzudämmen und damit Leib und Leben zu verschonen.

Sehr viel fraglicher wird Massnahmenanordnung bei der Prüfung der Erforderlichkeit. Da es sich um ein Lagerhaus handelt, in dem sich selten Menschen aufhalten, ist es fraglich ob solch grosse Investitionen in die Lagerhalle erforderlich sind oder ob es nicht auch genügen würde, billigere Massnahmen zu ergreifen um das öffentliche Interesse am Brandschutz zu verfolgen. Mit einer automatischen Feueranlage ist dem öffentlichen Interesse von Leib und Leben offensichtlich auch gedient, somit erfüllen die geforderten Massnahmen (Brandschutzmauer, Betonböden) das Kriterium der Erforderlichkeit kaum.

Die Prüfung der Zweck-Mittel-Relation entfällt damit.

Es kann also mit gutem Gewissen die Meinung vertreten werden, dass die Anordnungen der Gebäudeversicherung unverhältnismässig sind und damit die Eigentumsfreiheit der Leder AG verletzen.

13. Juni 2006

Fall 14 (Vertrauensschutz)

In der Landwirtschaftszone sind Bauten zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind gemäss Art. 16a RPG. Somit ist eine ledigliche Wohnnutzung - wie sie i.c. vorliegt - nicht zonenkonform. Somit liegt tatsächlich ein zonenwidriger Bau vor, welcher gemäss Art. 24c RPG grundsätzlich in seinem Bestand geschützt wird. Doch gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung müssen Erweiterungen solcher zonenwidriger Bauten einer Bewilligung der zuständigen (kantonalen!) Behörde unterliegen. Zudem muss der Ausbau rechtmässig sein. Diese Bestimmung wimmelt von unbestimmten Begriffen, welche von der Raumplanungsverordnung (RPV) des Bundesrates ergänzt wird. In Art. 43 Abs. 2 RPV ist ausdrücklich erkennbar, dass die Erweiterung der zonenwidrigen Baute von Steger unrechtmässig war und dafür keine Bewilligung erteilt hätte dürfen. Zusätzlich ist zu bemerken, dass für eine solche Bewilligung eine kantonale und nicht eine kommunale Behörde zuständig ist (Art. 25 II RPG). I.c. ist die Bewilligung jedoch durch die Gemeinde erfolgt.

Somit haben wir vorliegend eine Verfügung (Baubewilligung), welche gesetzeswidrig ist. Auf Verfügungen sollte man grundsätzlich vertrauen können, weil Verfügungen ja gerade die Konkretisierung des geltenden Rechts darstellen sollten. Somit steht in

diesem Sachverhalt der Vertrauensschutz in einem Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip. Es ist zu fragen, ob die der Vertrauensschutz oder das Legalitätsprinzip i.c. Vorrang erhalten soll:

Für die Abwägung dieses Spannungsverhältnisses stehen folgende Kriterien zur Verfügung; Für einen Vorrang des Vertrauensschutzes sprechen:

- Das Vorhandensein einer **Vertrauensgrundlage**
- **Kenntnisnahme** der Vertrauensgrundlage
- **Vertrauensbetätigung**
- **Interessenabwägung**

Im vorliegenden Sachverhalt könnte der Vertrauensschutz effektiv überwiegen. Mit der Verfügung ist eine Vertrauensgrundlage vorhanden. Frau Steger hat diese Vertrauensgrundlage gekannt und nicht an ihrer Ungültigkeit gezweifelt. Die Vertrauensbetätigung besteht im Ausbau des Grundstückes und im Rahmen der Interessenabwägung ist zu fragen, ob die privaten Interessen von Frau Steger oder das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung überwiegt.

Sollte der Vertrauensschutz nicht bejaht werden, ist noch zusätzlich noch eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen: Die Abruchmassnahme ist für eine gesetzmässige Anwendung des Raumplanungsgesetzes geeignet und erforderlich. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit stehen sich die Interessen der Rechtsgleichheit und der baurechtliche Ordnung den privaten Interessen von Frau Steger entgegen. Vor rund 15 Jahren hätte das Bundesgericht diesen Abbruchbefehl sicherlich als verhältnismässig beurteilt, heutzutage ist diese strikte Rechtssprechung mit gegenläufigen Wertungen aufgeweicht worden.

Fall 16 (Abgrenzung Verfügung / verfügungsfreies Handeln)

a) Der Verfügungsbegriff ist in Art. 5 VwVG geregelt. Das VwVG regelt allerdings nur Verfahren in Bundesbelangen. Den Kantonen obliegt die Kompetenz, Verfahrensfragen selbstständig zu regeln. Deswegen müssen auch die Kantone, den Verfügungsbegriff definieren (was der Kanton Luzern in Art. 4 VRPG tut).²

Die Verfügung wird durch fünf Kriterien ausgemacht, die sogleich Abgrenzungskriterien zum verfügungsfreien Handeln (organisatorische Anordnung, Realakt) darstellen:

- Anordnung einer **Behörde**
- im **Einzelfall**
- zur Regelung eines **Rechtsverhältnisses** (Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten/Pflichten; inkl. Feststellung hierüber, Abweisung bzw. Nichteintreten)
- in **einseitiger, verbindlicher Weise**
- gestützt auf **öffentliches Recht**

Merke: Nicht die Bezeichnung ("Verfügung") ist massgebend, sondern der materielle Gehalt im Sinne der genannten Bestimmungen.

I.c. wird durch die Schulzuteilung kein Rechtsverhältnis geregelt. Deswegen handelt es sich dabei lediglich um eine organisatorische Anordnung (Realakt) und nicht um eine Verfügung.

b) Aus der Qualifizierung der Schuleinweisung als organisatorische Anordnung folgt die Konsequenz, dass den Eltern kein Rechtsschutz zukommt, d.h. sie können diese Anordnung nicht mit einem Rechtsmittel anfechten.

c) Hat eine solche organisatorische Anordnung jedoch besonders intensive mittelbare Auswirkung auf das Leben eines Einzelnen, wird der Rahmen der Nicht-Anfechtbarkeit der organisatorischen Anordnung gesprengt. Aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit braucht es in solchen Fällen trotzdem die Möglichkeit des Rechtsschutzes, weil mit diesen Anordnung mittelbar Rechte der Betroffenen tangiert werden (z.B. Recht auf Grundschule gemäss Art. 11 BV). Deswegen sollte trotz der Qualifikation als organisatorische Anordnung, eine Beschwerdemöglichkeit der Betroffenen eingeräumt werden.

² wobei der kantonale Verfügungsbegriff weitestgehend dem dem Verfügungsbegriff des Bundes angeglichen ist.

Fall 17 (Abgrenzung Verfügung / verfügungsfreies Handeln)

Durch diese Strafanordnung werden keine Rechte und Pflichten begründet, somit handelt es sich insofern nicht um eine eigenständige Verfügung, die selbstständig angefochten werden kann.

27. Juni 2006

Fall 19 (Widerruf der Verfügung)

a) Unterricht kann gemäss dem Gesetz über die Volksschulbildung (Art. 51 ff.) auch von privaten AnbieterInnen erteilt werden. Dafür ist aber gemäss Art. 54 eine Betriebsbewilligung nötig. Diese Betriebsbewilligung ist gemäss Art. 13 Abs. 2 der Verordnung zum Gesetz über die Volksschulbildung unter anderem von der Vertrauenswürdigkeit und der pädagogischen Ausbildung der Lehrpersonen ab. Diese Bewilligung wird mit einer Verfügung erteilt.³ Verfügungen können unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen werden.

Vorliegend liegt eine ursprünglich fehlerfreie Verfügung vor, weil sie in Ordnung war, als sie erlassen wurde. Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Bewilligung waren erfüllt; unter anderem auch die Vertrauenswürdigkeit der Lehrpersonen. Im Verlaufe der Verfügungsdauer haben sich die tatsächlichen Verhältnisse jedoch drastisch geändert: Die Lehrperson Melchior K erfüllt durch die vorgekommen Zwischenfälle (sexueller Übergriff, Kinderpornographisches Material auf der Festplatte des Schulcomputers) nicht mehr die Voraussetzung der Vertrauenswürdigkeit.

Der Widerruf von Verfügungen steht im Konflikt mit dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz. Es muss also immer abgewogen werden zwischen dem Interesse der richtigen Rechtsanwendung (welches für den Widerruf spricht; Legalitätsprinzip) und dem Interesse der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz (welches gegen den Widerruf spricht).

I.c. wird er Verlust der Vertrauenswürdigkeit der Lehrperson Melchior K in die Wagschale geworfen werden; ist dieser Umstand derart gravierend, dass sich ein Widerruf der Lehrbewilligung rechtfertigt? Die Vertrauenswürdigkeit der Lehrpersonen ist sicherlich ein gewichtige Voraussetzung für die Erteilung einer Bewilligung für die Lehrtätigkeit. Deswegen überwiegt das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung eindeutig und die Bewilligung für die Lehrtätigkeit ist für Melchior K zu widerrufen.

Fraglich ist, ob ebenfalls die Indizien ebenfalls für den Widerruf der Lehrbewilligung von Marcel U sprechen, respektive ob ihm noch genügend Vertrauenswürdigkeit in Bezug auf ein Lehramt zuzubilligen ist. Der Umstand, dass das kinderpornographische Material leicht zugänglich auf dem Schulcomputer gespeichert war, spricht dafür, dass Marcel U die Probleme seines Kollegen gekannt haben muss.

b) Gemäss Art. 27 Abs. 1 des Staatsbeitragsgesetzes ist es mit dem Widerruf einer Verfügung möglich, bereits ausgerichtete Staatsbeiträge zurückzufordern, weil sie den Beitrag aufgrund eines unrichtigen Sachverhaltes (Vertrauenswürdigkeit der Lehrpersonen) zu Unrecht ausbezahlt hat. Zudem kann bei schuldhaften Verhalten gemäss Art. 27 Abs. 4 ein Zins gefordert werden.

Nicht anwendbar ist Art. 25 Staatsbeitragsgesetz, weil eigentlich keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Lehrpersonen ihren Lehrauftrag nicht oder mangelhaft erfüllt hätten.

Fall 20 (Verwaltungsrechtlicher Vertrag)

a) Der Typ des Vertrages ist hauptsächlich nach seinem Inhalt einzuordnen. Im vorliegenden Vertrag bestehen einerseits öffentlich-rechtliche (z.B. Kanalisationsanschluss) und andererseits privatrechtliche Inhalte (z.B. Kauf des Grundstückes). Es handelt sich also um ein gemischtrechtliches Rechtsverhältnis. In der Hauptsache geht es bei diesem Vertrag um die Veräusserung eines Grundstückes der Gemeinde Y an die FATAG zu einem bestimmten Preis; somit richtet sich die Beurteilung des Rechtsverhältnis in diesem Punkt nach den Regeln des Zivilrechts. Die Beurteilung der Punkte, welche dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind (z.B. die Umzonung, Anschluss an die Kanalisation gegen Kanalisationsgebühren), sind nach dem öffentlichen Recht zu beurteilen.

b) Fraglich bleibt, ob die Gemeinde einen solchen Vertrag abschliessen darf?

Bezüglich der Zonenzugehörigkeit kann die Gemeinde nicht in einem Vertrag entscheiden; damit würde der vorgesehene Rechtsweg (Änderung eines formellen Gesetzes) verletzt. Deswegen müssen wir davon ausgehen, dass die im Vertrag vorgesehene Umzonung nachträglich durch die Gemeindeversammlung bewilligt wurde.

³ Die Vorteile einer Bewilligungserteilung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag sind in casu kaum ersichtlich. Deswegen kann die Bewilligung nicht durch den verwaltungsrechtlichen Vertrag geregelt werden.

Bezüglich Erschliessung und der damit zusammenhängende Gebührenregelung kann gesagt werden, dass diese Vertragsinhalt eines verwaltungsrechtlichen Vertrages sein kann. Die Festlegung der Gebühren durch Vertrag und nicht durch Verfügung rechtfertigt sich dadurch, dass zwischen den Parteien ein Einigungsinteresse über einen streitigen Punkt besteht. Zudem haben beide Parteien ein Interesse daran, sich langfristig zu binden. Es besteht also ein Interesse an Gesetzeskonkretisierung durch Vertrag, deswegen steht der Weg des Verwaltungsrechtlichen Vertrages offen. Der Vertragsinhalt ist zulässig unter der Voraussetzung, dass er nicht gegen zwingendes Recht verstösst. Viele Kantonale Steuergesetze enthalten effektiv eine gesetzliche Grundlage für die Erteilung von Steuervergünstigungen. I.c. gab es im Zeitpunkt des Vertragschlusses eigentlich sogar keinen Vorteil, weil die gesetzlichen Voraussetzungen eingehalten wurden. Der (virtuelle) Vorteil bestand vielmehr darin, dass sich die FATAG gegen zukünftige Gebührenerhöhungen wehren kann.

c) Es stellt sich die Frage, ob die Gemeinde den verwaltungsrechtlichen Vertrag durch Verfügung widerrufen kann. Erneut hat die Vertrauensabwägung zwischen Vertrauensschutz und Legalitätsprinzip stattzufinden, wobei (bei verwaltungsrechtlichen Verträgen) dem Vertrauensschutz regelmässig der Vorrang einzuräumen ist (weil Verträge gerade mit der Absicht geschlossen werden, sich lange zu binden). Es rechtfertigt sich auch i.c. nicht, den Vertrag durch Verfügung aufzuheben. Durch den Vertrag hat sich die Gemeinde auf ein kooperatives Verhältnis begeben und sich an ihre Versprechungen gebunden, sie kann sich grundsätzlich nicht mehr hoheitlich und einseitig von diesem Vertrag befreien.

d) Der ursprüngliche Vertrag befindet sich i.c. nicht mehr mit dem Einklang der aktuellen Rechtslage (Durch die Änderung der Gebührenordnung). Somit handelt es sich um einen nachträglich fehlerhaft gewordenen Vertrag. Die Gemeinde könnte geltend machen, dass - gemäss der *clausula rebus sic stantibus* - das Beharren der FATAG auf der alten Gebührenordnung einen Rechtsmissbrauch darstellt und somit eine Anpassung des Vertrages (an die neue Gebührenordnung) notwendig wird.

e) Die Gemeinde wird mit ihrem Begehren, den Vertrag an die neue Gebührenordnung nicht durchdringen. Die ausdrückliche Formulierung der alten Gebührenordnung im Vertrag rechtfertigt es zu behaupten, dass ausdrücklich diese Gebührenordnung unter den Parteien vereinbart wurde und allfällige Änderungen damit eigentlich willentlich ausgeschlossen wurden. Die FATAG muss also lediglich 51 221.- Franken bezahlen.
