

# Verwaltungsrecht I

Prof. Dr. Georg Müller

Zusammenfassung von Jonas Achermann

basierend auf dem Buch „Allgemeines Verwaltungsrecht“, 4. Auflage

5. April 2006

## Einleitung

Das Verwaltungsrecht ist in unserem Leben allgegenwärtig: Wenn wir eine Dusche benutzen, beziehen wir Wasser von einem öffentlichen Versorger. Dasselbe gilt für die Benützung einer Strasse, der SBB, öffentlichen Gebäuden, usw. Wir müssen zudem Steuern, Parkgebühren, Abgaben usw. errichten. Auch das Telefonieren hat indirekt einen Bezug zum Verwaltungsrecht, weil die Telefongesellschaften für ihre Tätigkeit eine Konzession des Bundes brauchen.

Das Verwaltungsrecht hat also eine **enorme praktische Bedeutung**. Der moderne Staat ist ein Verwaltungsstaat.

Zusammenfassend lassen sich **drei Grundfunktionen** des Verwaltungsrechtes erkennen:

1. **Schutz bestimmter Rechtsgüter** (Schutz der Polizeigüter: Gesundheit, Leib & Leben, Eigentum, Konsumentenschutz, Heimatschutz).
2. **Leistungserbringung** (Sozialleistungen, Infrastruktur, Energie, Bildung, Gesundheitswesen).
3. **Lenkung der Gesellschaft** (Arbeitsmarktpolitik, Auswenwirtschaftspolitik, Wirtschaftssteuerung).

Das Verwaltungsrecht ist nur teilweise niedergeschrieben. Es basiert zu einem grossen Teil auch auf ungeschriebenen Rechten, Prinzipien und Instituten (z.B. Legalitätsprinzip, Vertrauensprinzip, Prinzip der *lex specialis*). Es gilt jedoch immer das **Prinzip der *lex specialis*** zu beachten: Für jedes verwaltungsrechtliche Problem, das gelöst werden sollte, muss zuerst abgeklärt werden, ob eine konkrete Norm besteht, welche für den vorliegenden Sachverhalt geschaffen wurde. Erst wenn keine konkrete Norm vorhanden ist, kann der Rückbezug auf allgemeine Prinzipien erfolgen.

## § 1 Begriff und Arten der Verwaltung

### I. Funktioneller und organisatorischer Begriff der Verwaltung

Der Begriff der Verwaltung ist zweideutig. Es sind zwei Verwendungsarten zu unterscheiden:

- **Funktionell** wird der Begriff der "Verwaltung" für eine bestimmte **Staatstätigkeit** (die sog. "Verwaltungstätigkeit") verwendet. Sie ist abzugrenzen von den übrigen Staatstätigkeiten Rechtssetzung (Gesetzgebung) und Rechtssprechung. Man kann den funktionellen Begriff versuchen negativ oder positiv zu definieren. Die **positive** Umschreibung kann jedoch lediglich Erklärungs- oder Beschreibungscharakter erlangen, kaum Definitionscharakter. Die Verwaltungstätigkeit lässt sich kaum eingrenzend umschreiben. Als positiver Definitionsversuch gilt:  
"Verwaltung im materiellen Sinne kann mithin definiert werden als mannigfaltige, zweckbestimmte, i.d.R. organisierte, fremdnützige und verantwortliche, nur teilplanende, selbstbeteiligt ausführende und gestaltende Wahrnehmung von Angelegenheiten, insbesondere durch Herstellung diesbezüglicher Entscheidungen."  
Klarer ist die **negative** Definition:  
**"Verwaltung ist die Staatstätigkeit, die nicht in Rechtssetzung und nicht im Entscheid über Rechtsstreitigkeiten oder Strafen besteht."**  
Diese negative Umschreibung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie eben *nicht* beschreibt, was Verwaltungstätigkeit bedeutet.
- **Organisatorisch** versteht man unter dem Begriff der "Verwaltung" die **Verwaltungsbehörde** (z.B. Bundesrat), welche vorwiegend Verwaltungstätigkeit ausübt. Jedoch üben die meisten Verwaltungsbehörden neben der Verwaltungstätigkeit auch

weitere Staatsaufgaben (Rechtssprechung, Rechtssetzung) aus. Zudem können auch Parlamente Verwaltungsakte vornehmen (z.B. Gewährung von Krediten, Konzessionen für Atomkraftwerke)

**Somit wird deutlich, dass die beiden Verwendungsarten des Verwaltungsbegriffes nicht kongruent sind.**

## II. Arten der Verwaltungstätigkeit

Die Verwaltungstätigkeit (im funktionellen Sinne) kann bezüglich **hoheitlichem/nicht hoheitlichem Handeln** unterschieden werden. Diese Unterscheidung knüpft an zwei Unterscheidungskriterien an, entweder an die **Rechtsform** oder an das **Verhältnis** zwischen den Parteien:

- **Hoheitlich** ist das staatliche Handeln vor allem wenn eine *öffentlich-rechtliche Regelung* (Rechtsform) zur Anwendung gelangt. Die Unterscheidung kann jedoch auch auf das Vorliegen eines *Subordinationsverhältnisses* (Verhältnis) abstellen. Hoheitliches Handeln ist aufgrund diesem Unterscheidungskriterium einseitiges staatliches Handeln, das sich auch der Überordnung des Staates gegenüber den Privaten ergibt.
- Von **nicht hoheitlicher** Verwaltungstätigkeit spricht man dann, wenn das staatliche Handeln auf *Privatrecht* (Rechtsform) beruht oder von einem *Koordinationsverhältnis* zwischen den Beteiligten (Verhältnis) geprägt ist.

Schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich beim Bildungsunterricht und im öffentlichen Spital; einerseits vollzieht sich die Verwaltungstätigkeit aufgrund öffentlich-rechtlicher Normen, jedoch besteht viel eher ein Koordinations- statt ein Subordinationsverhältnis. Somit lassen sich diese beiden Tätigkeiten mit diesen Unterscheidungskriterien nicht eindeutig einteilen.

Die Verwaltungstätigkeit kann weiter in **Eingriffs- und Leistungsverwaltung** unterteilt werden:

- **Eingriffsverwaltung** nennt man jene Verwaltungstätigkeit, die in die Rechte und Freiheiten von Privaten eingreift. Die Eingriffsverwaltung ist in der Regel hoheitlicher Natur.
- **Leistungsverwaltung** nennt man jene Verwaltungstätigkeit, durch die den Privaten staatliche Leistungen, insbesondere wirtschaftliche und soziale Leistungen, vermittelt werden (Sozialversicherungen, staatliche Versorgung).

I.d.R. sind die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen bei der Eingriffsverwaltung höher.

Diese Unterscheidung spielt eine Rolle für die Zuständigkeit, beim Rechtsschutz und bei der Bindung an die Grundrechte. Zudem kann sie eine Rolle bei der Staatshaftung spielen.

## § 2 Verhältnis der Verwaltungsbehörden zu anderen Staatsorganen

### I. Verwaltungsbehörden und Parlament

*Funktion und normative Stellung:* Im Allgemeinen stehen sich das Parlament als Gesetzgebungsorgan und die Verwaltungsbehörden als Vollzugsorgane gegenüber. Da der Vollzug durch die Rechtssetzung bestimmt ist, kommt es zu einer gewissen Unterordnung der Verwaltungsbehörden unter das Parlament.

*Politische Stellung:* Das Parlament als Volksvertretung genießt aufgrund seiner grösseren demokratischen Legitimation politisch Vorrang gegenüber den Verwaltungsbehörden.

*Faktische Bedeutung:* Faktisch ist ein Übergewicht der Verwaltungsbehörden zu beobachten. Gründe dafür sind:

- ihre besondere Fachkenntnisse;
- ihre ständige Beschäftigung mit staatlichen Aufgaben im Gegensatz zum Milizparlament;
- die Bedeutung der Planung als besondere Regierungsfunktion, die wesentlich in der Hand der Behörden liegt.

Damit die Staatsführung funktioniert sind Parlament und Verwaltung unbedingt auf Zusammenarbeit angewiesen. Das Parlament führt zwar die **Oberaufsicht** über die Verwaltung, doch handelt es sich dabei lediglich um eine **politische Kontrolle**. Das Parlament hat keine Kompetenz, Verwaltungsakte aufzuheben oder rückgängig zu machen.

### II. Verwaltungsbehörden und Justizbehörden

Im Verhältnis zwischen der Justiz und den Verwaltungsbehörden gilt der **Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit und Anerkennung**. Dies bedeutet im Detail:

- Als Grundsatz gilt, dass die Justiz- und Verwaltungsbehörden einander keine Weisungen erteilen können (Unabhängigkeit).

- Es gilt der Grundsatz, dass die Justiz- und Verwaltungsbehörden gegenseitig die Entscheidungen der anderen Gewalt anerkennen (Anerkennung).

Illustratorisch in Bezug auf den Grundsatz sind folgende Bundesgerichtsurteile:

- BGE 124 II 289 ff.: Wenn ein Strafgericht einem Ausländer die Nebenstrafe der Landesverweisung ausspricht so wird eine spätere Aufenthaltsbewilligung der Verwaltungsbehörden unmöglich.
- BGE 130 III 430 ff.: Die Verwaltungsbehörden haben einem Diplomaten durch Verfügung die diplomatische Immunität entzogen. Der betreffende Diplomat kann sich in einem anschliessenden Zivilverfahren nicht mehr auf seine diplomatische Immunität berufen.

Es bestehen jedoch **Ausnahmen** von diesem Grundsatz:

- Natürlich bleibt die **Anfechtung einer Verfügungsverfügung** vor einem Verwaltungsgericht möglich.
- Niemand ist an **nichtige Verfügungen** und Urteile gebunden.
- Zudem kann das **Gesetz** ausdrücklich diesen Grundsatz aufheben.

Im Verhältnis zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden beschäftigt vor allem das **Problem der Vorfragen**: Eine staatliche Behörde hat über eine Frage - die Hauptfrage - einen Entscheid zu treffen, der die Beantwortung der Vorfrage voraussetzt, über die an sich eine andere Behörde zu befinden hat.<sup>1</sup> Es stellt sich die Frage, ob die zum Entscheid über die Hauptfrage kompetente Behörde auch die grundsätzlich nicht in ihre Kompetenz fallende Vorfrage beurteilen darf.

12. April 2006

Wenn die sachkompetente Behörde **bereits entschieden** hat, gilt der **Grundsatz, dass die Behörde an den Entscheid über die Vorfrage** gebunden ist. Von dieser Regel gibt es **Ausnahmen**:

- Im Rahmen von Art. 292 StGB. Der Strafrichter ist nur beschränkt an eine amtliche Verfügung gebunden. Dabei ist das Mass der Möglichkeit der Überprüfung durch den Verwaltungsrichter massgebend für die Bindung des Strafrichters.
- Das Gesetz kann die Zulässigkeit des Entscheides über Vorfragen besonders regeln (z.B. Art. 77 VStrR).

Wenn über die Vorfrage durch die sachkompetente Behörde **noch nicht entschieden** hat, gilt der **Grundsatz, dass die unzuständige Behörde vorfrageweise über die Vorfrage entscheiden darf**. Somit wird das Interesse der Verfahrensökonomie über das Prinzip der Gewaltenteilung gehoben. Dabei ist die entscheidende Behörde an eine **klare Praxis** der sachkompetenten Behörde gebunden. Sie hat aber allerdings auch die Möglichkeit des Zuwartens über den Entscheid der sachkompetenten Behörde. Der Entscheid über die Vorfrage bindet die sachkompetente Behörde jedoch nicht.

## § 3 Die Quellen des Verwaltungsrechts

### I. Begriff und Bedeutung des Verwaltungsrechts

Verwaltungsrecht als **öffentliches Recht** ist in der Regel **zwingender Natur** und dient der **Wahrnehmung von öffentlichen Interessen**. Seine Anwendung erfolgt grundsätzlich **von Amtes wegen**.

### III. Die Verfassung

Der Verfassungsbegriff lässt sich unterteilen:

- Die **Verfassung im formellen Sinn** umfasst die Gesamtheit der im besonderen Verfahren der Verfassungsgebung zu Stande gekommenen, in der Regel in die Verfassungsurkunde aufgenommenen Rechtsnormen.
- Unter **Verfassung im materiellen Sinn** versteht man die Rechtsnormen, die als Grundlage der demokratischen und rechtsstaatlichen Staatsordnung in die Verfassung aufgenommen zu werden verdienen.

<sup>1</sup> So kann zum Beispiel die Erteilung einer Baubewilligung (einer Verwaltungsbehörde) vom Nichtbestehen/Bestehen eines Wegrechtes (dessen Bestehensfrage von einem Zivilgericht beurteilt werden müsste) abhängen, weil das Gelände für eine Baubewilligung erschlossen sein muss.

Nur ganz wenige Bestimmungen der Bundesverfassung sind unmittelbar anwendbar im Verwaltungsrecht (z.B. Art. 84 Abs. 5 oder Art. 184/185 Abs. 3 BV). Meistens spielt die BV als Schranke der Verwaltungstätigkeit eine Rolle (z.B. Grundrechte). Zudem enthält die Verfassung wichtige Verfassungsgrundsätze, die für die gesamte Verwaltungstätigkeit massgeblich sind. Zu diesen Verfassungsgrundsätzen gehören:

- Gesetzmässigkeit der Verwaltung (Art. 5 Abs. 1 BV, Legalitätsprinzip).
- Grundsatz der Rechtsgleichheit und Willkürverbot (Art. 8 BV).
- öffentliches Interesse (Art. 5 Abs. 2 BV)
- Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV)
- Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben, insb. des Vertrauensschutzes (Art. 5 Abs. 3 BV)

#### IV. Gesetze

Der Gesetzesbegriff lässt sich unterteilen:

- **Gesetze im formellen Sinn** sind generell-abstrakte Normen, die im besonderen Verfahren der Gesetzgebung erlassen worden sind. Kriterium für diesen Gesetzesbegriff ist die *Form des Erlasses*.
- **Gesetze im materiellen Sinn** sind generell-abstrakte Normen, welche Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln. Massgeblich ist hier der *Inhalt des Erlasses*, nicht das Verfahren des Zustandekommens.

Gesetze im formellen Sinn sind die wichtigsten Quellen des Verwaltungsrechts. Dies gilt sowohl für die Eingriffs- als auch für die Leistungsverwaltung.

#### V. Verordnungen

Verordnungen sind generell-abstrakte Rechtsnormen, die in einer anderen Form als derjenigen der Verfassung oder des Gesetzes im formellen Sinn ergangen sind. Die Verordnung lassen sich in verschiedene Gruppen einteilen:

Bezüglich des **Adressatenkreises** lassen sich Rechts- und Verwaltungsverordnungen unterteilen in:

- **Rechtsverordnungen** enthalten Rechtsnormen, die sich an die *Allgemeinheit* richten, d.h. dem Einzelnen Rechte einräumen oder Pflichten auferlegen
- **Verwaltungsverordnungen** sind *generelle Dienstanweisungen*, die sich an die der erlassenden Behörde untergeordneten Behörden richten. Sie können zwei unterschiedliche Zielsetzungen enthalten: **Organisatorische** Zwecke (z.B. Richtlinien über die Beflagung von Gebäuden, Verordnungen über die Grösse der Büros) und **vollzugslenkende** Zwecke mit denen die Auslegung von Normen beeinflusst werden soll (mit dem Ziel die Praxis zu vereinheitlichen).

**Verwaltungsverordnungen sind nach herrschender Ansicht keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts**, da sie keine Pflichten oder Rechte von Privaten statuieren. Konsequenz aus dieser Ansicht ist:

- Verwaltungsverordnungen können von den Privaten nicht angerufen werden, weil sie sich nicht an Private wenden.
- Die Verwaltungsgerichte sind ebenfalls nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden.

Problematisch sind diese Konsequenzen jedoch, wenn die Verwaltungsverordnung **mittelbare Aussenwirkung**<sup>2</sup> entfaltet und sie nicht durch eine Verfügung (die man als Privater anfechten könnte) konkretisiert wurde. Hier muss die **Ausnahme** gelten, dass Verwaltungsverordnungen von Privaten direkt angefochten werden können.

Aufgrund der Tatsache, dass Verwaltungsverordnungen mittelbare Auswirkungen auf Private zeitigen können, gibt es Lehrmeinungen, welche solche Verwaltungsverordnungen als Rechtsverordnungen anerkennen möchten. Dies hätte die Konsequenz, dass sie publiziert werden müssten, was bei den Rechtsverordnungen im Vergleich zu den Verwaltungsverordnungen der Fall ist.

Zu erwähnen bleibt, dass Besoldungsverordnungen Rechtsverordnungen sind. Sie richten sich zwar an die Behörden, jedoch in ihrer Funktion als Arbeitnehmer.

---

<sup>2</sup> So richten die Vorschriften der Zürcher Krankenhausverordnung betreffend das Vorgehen bei der Todesfeststellung und bei der Vornahme von Obduktionen und Transplantationen in erster Linie an das Personal der kantonalen Krankenhäuser. Jedoch haben sie auch massive Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Privaten.

Bei der Unterscheidung zwischen gesetzesvertretenden Verordnung und Vollziehungsverordnung ist das Abgrenzungskriterium der **Inhalt des Gesetzes und der Verordnung (Wichtigkeit der Bestimmungen)**:

- Die **gesetzesvertretende Verordnung** regelt viele wichtige Bereiche, weil das Gesetz noch keine vollständige materielle Regelung enthält. Es werden also wichtige neue Normen geschaffen. Voraussetzung für solche Verordnungen ist allerdings eine **Rechtssetzungsdelegation** durch ein Gesetz.
- Währenddessen der Inhalt der **Vollziehungsverordnung** im Vergleich eher unwichtig ist. Sie führen die durch das Gesetz bereits begründeten Verpflichtungen und Berechtigungen näher aus, passen das schon im Gesetz Bestimmte den konkreten praktischen Gegebenheiten an. Die Kompetenz der Exekutive zum Erlass von Vollziehungsverordnungen ist in der allgemeinen, von der Verfassung eingeräumten Vollzugskompetenz enthalten. Die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen beruht also nicht auf einer Gesetzesdelegation.

Das Abgrenzungskriterium für selbstständigen und unselbstständigen Verordnungen liegt darin, ob sich die **Rechtsgrundlage der Verordnung** in der Verfassung oder in einem Gesetz findet:

- **Selbstständige Verordnungen** beruhen direkt auf der Verfassung. Nach dem Zürcher Modell sind Vollziehungsverordnungen immer selbstständige Verordnung aufgrund der Vollzugskompetenz der Exekutive in der Verfassung (Art. 182 Abs. 2 BV).
- **Unselbstständige Verordnungen** beruhen auf einer Ermächtigung zur Rechtssetzung in einem Gesetz im formellen Sinn.

Besprechung Beispiel in den Folien:

Es handelt sich um eine *Rechtsverordnung*, weil sie von Privaten (Vermieterinnen und Vermieter) beachtet werden muss. Man kann die Meinung vertreten, dass es sich um eine gesetzesvertretende Verordnung handelt, weil wichtige Bestimmungen geregelt werden. Das Bundesgericht taxierte allerdings die Verordnung jedoch als *Vollziehungsverordnung*, weil eine keine neuen Rechte und Pflichten begründet werden, sondern lediglich einen Schwellenwert (für die Anwendung von bestehenden Rechten und Pflichten) festgelegt wird. Es handelt sich somit automatisch um eine *selbstständige Verordnung*, weil die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen in der Verfassung festgelegt ist (Vollziehungsverordnungen sind nach dem Zürcher Modell immer selbstständige Verordnungen).

## VI. Autonome Satzungen, insbesondere kommunales Recht

Voraussetzung für autonome Satzungen ist, dass eine Verwaltungseinheit **Autonomie** hat (z.B. Gemeinden, Universität) **aufgrund einer Rechtsgrundlage** in einem Gesetz oder in der Verfassung.

Insbesondere im kommunalen Recht gibt es autonome Satzungen auf allen Stufen. Also solche auf Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrang.

## VII. Staatsverträge und innerstaatliche Vereinbarungen

Rechtsquellen des Verwaltungsrechts sind nur rechtssetzende Staatsverträge, soweit sie **unmittelbar anwendbar** sind (z.B. EMRK, bilaterale Verträge). Unmittelbare Anwendbarkeit setzt eine inhaltliche hinreichend bestimmte Norm voraus, die Rechte und Pflichten der Privaten begründet und als Grundlage für einen Entscheid im Einzelfall dienen kann. Innerstaatliche Vereinbarungen sind ebenfalls nur Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, soweit sie unmittelbar anwendbare Rechtssätze enthalten (z.B. das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit).

Fraglich und umstritten ist immer, in welchem Rang solche Staatsverträge stehen. Die bundesgerichtliche Praxis schwankt hin und her bezüglich des Rangs von Staatsverträgen. **Staatsverträge stehen grundsätzlich im gleichen Rang wie Bundesgesetze**; Neuere Staatsverträge gehen älteren Bundesgesetzen vor. Das Verhältnis von älteren Staatsverträgen gegenüber neueren Bundesgesetzen ist umstritten. Der Staatsvertrag geht sicherlich immer dann vor, wenn der dem Menschenrechtsschutz dient (z.B. EMRK). Das Verhältnis zwischen neueren Bundesgesetzen und Staatsverträge, die nicht dem Menschenrechtsschutz dienen, ist zurzeit noch unklar.

## VIII. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Rechtsnormen, die wegen ihrer allgemeinen Tragweite in allen Rechtsgebieten, im öffentlichen Recht wie Privatrecht, Geltung haben. Sie sind im öffentlichen Recht oft ungeschriebenes Recht. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind von den Verfassungsgrundsätzen zu unterscheiden. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Rechtsregeln stehen auf der **Stufe des Gesetzes**. Der Gesetzgeber kann deshalb Einschränkungen und Modifikationen vorsehen. Dass

heisst für die Anwendung des Verwaltungsrechts, dass man immer zuerst eine allfällige ausgeschriebenen gesetzliche Regelung suchen muss, bevor man allgemeine Rechtsgrundsätze anwendet.

Wichtige Anwendungsfälle von allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind:

- Rückforderung einer grundlos erbrachten Leistung (**ungerechtfertigte Bereicherung**).
- **Verjährung** von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen.
- Pflicht zur Zahlung von **Verzugszinsen**.

## IX. Gewohnheitsrecht

Als Gewohnheitsrecht gelten die Rechtsnormen, die infolge ihrer langjährigen Anwendung durch die Behörden und ihrer Anerkennung durch die Behörden und die privaten Betroffenen als ungeschriebenes Recht Geltung haben. Gewohnheitsrecht kann sich im öffentlichen Recht nur bilden, wenn die drei folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Langjährige, ununterbrochene und einheitliche Praxis der Behörden.
- Rechtsüberzeugung der Behörden und der Privaten, die von der Regelung betroffen sind.
- Das Gesetz muss Raum für ergänzende Regelung durch Gewohnheitsrecht lassen.

Gewohnheitsrecht kann sich auf allen Stufen der Rechtsordnung bilden.

## X. Richterliches Recht

Richterliches Recht stellen diejenigen Rechtsnormen dar, die aus der gleichartigen Erledigung einer Vielzahl konkreter Fälle durch Organe der Rechtsanwendung entstehen. Es handelt sich dabei um generell-abstrakte Regeln, die sich in einer längeren, gefestigten Gerichtspraxis herausgebildet haben. Auch das Richterrecht findet sich auf Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsstufe.

# § 4 Auslegung des Verwaltungsrechts

## I. Aufgabe und Bedeutung der Auslegung im Verwaltungsrecht

Auch im Verwaltungsrecht hat die Gesetzesauslegung zum Ziel, den rechtsverbindlichen Sinn eines Rechtssatzes, über dessen Tragweite Unklarheiten bestehen, zu ermitteln.

## II. Anwendung der allgemeinen Auslegungsmethoden im Verwaltungsrecht

Im Verwaltungsrecht wird grundsätzlich **gleich ausgelegt wie in den anderen Rechtsgebieten** Staatsrecht und Privatrecht

Die **Auslegungselemente** sind das **grammatikalische**, **systematische**, **teleologische**, **subjektiv-historische**, **objektiv-historische**, **verfassungskonforme** und das **völkerrechtskonforme**. Wobei kein Rang der Auslegungselemente gilt, sondern dem Prinzip des **„Methodenpluralismus“** gefolgt wird.

Besprechung von zwei Fällen (Gesetzesartikel in den Materialien):

### *BGE 101 Ia 205*

A stellte ein Baugesuch für zwei Pferdeboxen und eine Garage in der Wohnzone. Darauf reagierte eine Nachbarin mit einer Beschwerde. Das Verwaltungsgericht taxierte das Halten von Pferden als „störenden Betrieb“ im Sinne von §16 I des Baugesetzes. A fechtete das Urteil des Verwaltungsgerichtes vor Bundesgericht an. Das Bundesgericht versteht unter dem Wortlaut des Begriffes „Betriebes“ eine wirtschaftliche Einheit (grammatikalisches Auslegungselement). Von diesem Wortlaut darf man abweichen, wenn es triftige Gründe dafür gibt, dass der Wortlaut nicht der Sinn der Gesetzbestimmung wiedergibt (teleologische Auslegungselement). Gibt es i.c. triftige Gründe vom Wortlaut abzuweichen? Laut BGER nicht, somit ist die über den Wortlaut ausdehnende Bedeutung nicht anzunehmen, weil in § 77 der Betrieb neben einer Anlage genannt wird. Dies hat implizit die Bedeutung, dass der Gesetzgeber unter dem Begriff des „Betriebes“ keine „Anlagen“ versteht (systematisches Auslegungselement). Das Bundesgericht hat die Pferdeboxen (als „Anlagen“) also zugelassen.

A arbeitete 50% bei einer Versicherung und 50% als selbstständiger Rechtsanwalt. Es stellte sich die Frage, ob dies nach Art. 8 Abs. 1 lit. b des Anwaltgesetzes zulässig ist oder nicht. Weil die Versicherung als Arbeitgeber nicht in einem kantonalen Register eingetragen ist. Die kantonale Instanz hat entschieden, dass dies nicht möglich ist (grammatikalische Auslegungselement). Doch das BGer ist (richtigerweise) der Meinung, dass die Idee hinter dieser Gesetzesbestimmung nicht sein kann, dass es nur vollamtliche Rechtsanwälte gibt. Es gehe vielmehr darum, dass die Rechtsanwälte unabhängig walten (teleologisches Auslegungselement). Die Verbotung der Teilzeitarbeit würde auch die Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 BV verletzen (verfassungskonforme Auslegung). Eigentlich müsste die Bestimmung heissen: "Der Anwalt darf für seine Tätigkeit als Anwalt in keinem Anstellungsverhältnis stehen." Somit ist die 50%ige anwaltliche Tätigkeit i.c. möglich, wenn der Anwalt Kunden behandelt, mit denen er bei der Versicherung nichts zu tun hat.

### III. Die Bedeutung von formalen Auslegungsregeln

In der Gerichtspraxis und zum Teil auch in der Lehre werden gewisse Auslegungsregeln befolgt, die auf eine formales Element abstellen und damit die wertende Abwägung der verschiedenen Auslegungsmethoden überflüssig machen. Diese formalen Argumentationen sind nur beschränkt tauglich, zum Teil sogar verfehlt, denn der Richter kann sich der Wertung und der Entscheidungsverantwortung nicht entschlagen. Nicht selten steht hinter der scheinbar logischen Regel doch auch eine Wertung.

Solche Auslegungsregeln sind:

- Vorrang der lex specialis und der lex posterior
- Umkehr- und Analogieschluss
- Verbot extensiver Auslegung von Polizei- und Ausnahmevorschriften ("in dubio pro libertate")

### IV. Verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung von Verwaltungsrecht

Bei der verfassungskonformen Auslegung wird die Norm eines Gesetzes oder einer Verordnung in Bezug gesetzt zu den Bestimmungen der Verfassung. Der Sinn einer Vorschrift wird im Blick auf die Verfassung ermittelt.

Durch die völkerrechtskonforme Auslegung ist der Sinn des Landesrechts so zu ermitteln, dass sie nicht im Widerspruch zum Völkerrecht steht.

### V. Lückenfüllung im Verwaltungsrecht

Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d.h. ein sog. **qualifiziertes Schweigen** darstellt.

Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken und behandeln die beiden Fälle im Verwaltungsrecht unterschiedlich. Eine **echte Lücke** liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der **unechten Lücke** gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil sie aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden.

Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken wird in der Praxis immer weniger beachtet. Sie hilft bei der Frage, ob und in welchem Rahmen im Verwaltungsrecht Lücken von den rechtsanwendenden Organen gefüllt werden dürfen, letztlich kaum weiter. Deshalb verzichtet eine neuere Auffassung der Methodenlehre auf diese Unterscheidung und bezeichnet die Lücke als **planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes**, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden darf.

### BGE 121 II 5 ff.

Beispiel dazu ist BGE 121 II 5 ff. (in den Materialien): Die zuständige Fremdenpolizei verweigerte einem bosnischen Staatsangehörigen R die Niederlassungsbewilligung obwohl er sich mit einer ausländischen Staatsangehörigen verheiratet hatte. Die Fremdenpolizei verweigerte die Niederlassungsbewilligung aufgrund der Argumentation, dass eine Scheinehe gemäss Art. 7 Abs. 2 ANAG vorliegt. Doch in dem betreffenden Artikel geht es nur um die Heirat von Ausländern mit schweizer Bürgern. Herr R hat sich auf Art. 17 des ANAG berufen, bei dem es keinen Scheinehe-Vorbehalt gibt. Es stellte sich die Frage, ob die Ehepartner von Schweizer Bürger schlechter behandelt werden, als die Ehepartner von Ausländer. Das Bundesgericht meint, dass hier eine planwidrige Unvollständigkeit vorliegt. Art. 7 Abs. 2 ANAG ist Ausdruck des allg. Verfassungsprinzips des

Rechtsmissbrauchsverbotes und muss im Rahmen der Gleichberechtigung auch für den Fall von Art. 17 ANAG gelten. Somit hat das BGer die Argumentation der Fremdenpolizei gestützt.

## § 5 Verwaltungsrecht und Privatrecht

### I. Abgrenzung von öffentlichen Recht und Privatrecht

Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Verwaltungsrecht ist notwendig, weil die Unterscheidung an **unterschiedliche Rechtsfolgen** knüpft: Der Rechtsschutz ist unterschiedlich ausgestaltet; im Verwaltungsrecht gilt das Legalitätsprinzip und im Privatrecht der Grundsatz der Privatautonomie; die Haftung ist unterschiedlich geregelt. Auf die Unterscheidung zwischen Verwaltungsrecht und Privatrecht kann also nicht verzichtet werden.

**Nicht massgebend** für die Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsgebieten ist der **Fundort** einer Norm (Nicht alle Normen im ZGB sind privatrechtlicher Natur). Ausschlaggebend ist auch nicht der **zwingende Charakter**. Denn auch im Privatrecht gibt es nicht wenige zwingende Normen (z.B. Art. 27 ZGB oder Art. 20 OR). Ebenfalls abzulehnen ist die **Fiskustheorie**; gemäss ihr sollen alle vermögensrechtlichen Ansprüche der Privaten gegen das Gemeinwesen dem Privatrecht unterstehen. Nicht weiter hilft sodann auch die **Subjektstheorie**, wonach ein Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich gilt, sobald der Staat oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft beteiligt ist.

**Massgebliche Kriterien** für die Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsgebieten sind:

- **Subordinationstheorie** (Subjektions-, Mehrwertstheorie): Nach der Subordinationstheorie liegt öffentliches Recht vor, wenn der Staat dem Privaten übergeordnet ist.
- **Interessentheorie**: Nach der Interessentheorie gehören dem öffentlichen Recht diejenigen Rechtsnormen an, die ausschliesslich oder vorwiegend öffentliche Interessen wahrnehmen.
- **Funktionstheorie**: Nach der Funktionstheorie ist öffentlich-rechtlich eine Rechtsnorm, welche die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regelt.
- **Modale Theorie**: Nach der modalen Theorie ist eine Regelung dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn die damit verbundene Sanktion öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist.

Lehre und Praxis wenden die Kriterien kombiniert im Sinne eines **Methodenpluralismus** auf einen Einzelfall an.

Beispiel: Die S AG betreibt eine Druckerei welche von den Gemeindewerken elektrische Energie bezieht. Anlässlich von Reparaturarbeiten bei einem Stromunterwerk kommt es zu einem Stromausfall von 30 min. Wie muss die S AG vorgehen wenn sie Schadenersatz von den Gemeindewerken verlangen möchte?

Hier kommt es entscheidend darauf an, ob es sich um ein privatrechtliches oder öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen der S AG oder den Gemeindewerken handelt. Insbesondere ist die Subordinationstheorie fraglich: Wenn die Bedingungen von den Elektrizitätswerken einseitig vorgegeben wurden (insbesondere der Stromtarif), dann besteht ein Subordinationsverhältnis welches für eine öffentlich-rechtliche Abwicklung der Schadenersatzansprüche (Staatshaftung) spricht. Wenn Hingegen die Bedingungen bilateral ausgehandelt wurden (bei Grossbezügern von Strom oft der Fall ist) dann besteht Koordinationsverhältnis. In diesem zweiten Fall müsste die S AG ihre Schadenersatzansprüche aufgrund privatrechtlicher Vertragshaftung oder Deliktshaftung vor einem Zivilgericht geltend machen.

---

19. April 2006

Das Bundesgericht wendet die Subordinations-, Interessen- und Funktionstheorie sowie die modale Theorie für die Abgrenzung zwischen öffentlichen und Privatrecht ähnlich an, wie dies bei den Auslegungselementen mit dem "Methodenpluralismus" der Fall ist. Dass heisst, es gibt keinen Rang der Theorien, sondern sie werden wertend gegeneinander abgewägt.

#### *weitere Beispiele der Abgrenzung*

**Häfelin/Müller Randziffer Nr. 266**: Das Verwaltungsgericht Zürich ist zum Schluss gekommen, dass es sich beim Verhältnis Tierspital-Private um ein privatrechtliches handelt. Zuerst hat das Verwaltungsgericht die Funktionstheorie angewendet: Es gehe in diesem Tierspital in erster Linie um die Ausbildung von Tierärzten und nicht um die Behandlung von Tieren (welche sozusagen nebenbei als privatwirtschaftlicher Nebenerwerb betrieben wird). In diesem Fall hat das Verwaltungsgericht auch die

Subordinationstheorie angewendet und gesagt, dass die Tierhalter nicht gezwungen sind, ihre Tiere dort behandeln zu lassen, sondern auch zu einem privaten Tierarzt gehen könnten. Somit wurde also ein Koordinationsverhältnis angenommen. Gegen ein privatrechtliches Verhältnis spricht, dass die Kosten aufgrund der Gebührenordnung einseitig aufgetragen werden. In diesem Falle ist die Argumentation des Verwaltungsgerichtes also nicht wirklich überzeugend.

*Spitäler* sind allgemein für eine interessante Abgrenzungsfrage gut; Für die Subordinationstheorie spricht, dass die Tarife einseitig festgelegt werden. Hingegen kann der Patient selber entscheiden, ob und wie man behandelt werden möchte. Die Funktions- und Interessentheorie jedoch sprechen nach herrschender Meinung klar für ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, weil eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit ausgeübt welche dem öffentlichen Interesse der Gesundheit dient.

Fraglich ist auch immer wieder die Beziehung zwischen öffentlichen Spitälern und Chefärzten. Hier wird nach der Funktionstheorie ein öffentlich-rechtliches Verhältnis angenommen. (Häfelin/Müller Randziffer Nr. 260)

In den Materialien findet sich der *Bundesbeschluss über die Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke*. Formuliert wird darin ein zeitlich begrenztes Veräusserungsverbot für Grundstücke, als Instrument gegen die Bodenpreisspekulation. Nach der Subordinationstheorie und Interessentheorie ganz klar ein öffentlich-rechtlicher Erlass. Problematisch war nur, dass der Bund für ein solches Gesetz nicht kompetent war (sondern die Kantone). Deswegen ist man auf die „gloriose“ Idee der *modalen Theorie* gekommen. Als Konsequenz gegen einen Verstoß gegen diesen Bundesbeschluss war die Nichtigkeit des Kaufvertrages vorgesehen. Die Nichtigkeit ist eine privatrechtliche Sanktion, somit wurde dieser Bundesbeschluss als Zivilrecht eingestuft, wo der Bund eine Kompetenz hat. Die modale Theorie ist nach Meinung des Referenten fraglich.

Von **gemischten Normen (Doppelnormen)** spricht man bei Rechtssätzen, die zugleich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vorschriften enthalten. Es handelt sich dabei um Regeln, die gleichzeitig privaten und öffentlichen Interessen dienen.

Beispiele sind **Abstandsvorschriften**, **Immissionsschutzvorschriften** (Der Nachbar hat Private Interesse an genügend Abstand, feuerpolizeilich und bezüglich des Landschaftschutzes besteht zugleich ein öffentliches Interesse), **Art. 699 ZGB**, **Art. 11 BEHG** als Regelung der Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht des Effekthändlers (Privatrechtlich wirksam ist die Norm gegenüber den Kunden des Effekthändlers. Die Aufsichtsbehörde schreitet zudem ein, wenn der Effekthändler seine Pflichten missachtet. In diesem zweiten Fall liegt eine öffentlich-rechtliche Verletzung vor)

Die rechtlichen **Konsequenzen** dieser Doppelnatur sind

- Die Doppelnorm kann sowohl von den Privaten oder von den Behörden von Amtes wegen angerufen werden.
- Es können sowohl öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Gerichte zuständig sein.
- Die Privatautonomie der Privaten wird eingeschränkt. Die Vereinbarungen der Privaten sind zwar nicht ausgeschlossen, haben sich aber an den vom öffentlichen Interesse bestimmten Rahmen zu halten.

## II. Zusammenhänge zwischen Verwaltungstätigkeit und Privatrecht

Fraglich ist, wann der Staat privatrechtliche Beziehungen eingehen darf. Wenn eine **abschliessende öffentlich-rechtliche Regelung** besteht, dann gibt es keine Raum mehr für privatrechtliches Handeln (Z.B. Steuerrecht, Baupolizei, Enteignung, Sozialversicherung). Wenn hingegen die öffentliche Regelung Raum lässt für weitere Regelungen, dann ist noch nicht gesagt, dass der Staat privatrechtlich handeln darf. Es besteht **keine Wahlfreiheit** (zwischen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Regelung), sondern es muss nach aus Sinn und Zweck der nicht abschliessenden öffentlichen Regelung gehandelt werden. **Beispiele** für zulässiges privatrechtliches Handeln sind:

- **administrative Hilfstätigkeit** (öffentliches Beschaffungswesen, Bedarfsverwaltung): Unter administrativer Hilfstätigkeit versteht man jene Tätigkeiten des Gemeinwesens, durch die es die zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendigen Sachgüter und Leistungen beschafft. Z.B. Miete von Kinosälen für Universitätsbetrieb, Kauf von Büromaterialien, Bau von Nationalstrassen.
- **Verwaltung des Finanzvermögens**: Das Finanzvermögen umfasst alle realisierbaren Aktiven des Gemeinwesens, d.h. diejenigen Vermögenswerte, die dem Gemeinwesen nur mittelbar, durch ihren Vermögenswert dienen. Z.B. Anlage von Steuerüberschüssen.
- **Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit**: Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit bedeutet Teilnahme des Gemeinwesens am Wirtschaftsleben in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft. Z.B. Kantonalkassen, Bürgergemeinde Zermatt<sup>3</sup>.
- **Teile der Leistungsverwaltung**: Wo der Staat oder staatliche Anstalten für den Privaten wirtschaftliche Leistungen erbringen, bedienen sie sich zum Teil der Rechtsformen des Privatrechts. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die wirtschaftliche

<sup>3</sup> die mehrere Hotels und Bahnen besitzt.

Leistung nur mittelbar der Verfolgung öffentlicher Interessen dient. Z.B. Energielieferungsvertrag der beidseitig ausgehandelt wurde, Transportvertrag im öffentlichen Verkehr oder bei der Post.<sup>4</sup>

Bezüglich des privatrechtlichen Handelns des Staates interessiert vor allem die **Zweistufentheorie**. Wenn der Staat privatrechtlich handelt - insbesondere beim öffentlichen Beschaffungswesen - geht der Staat zweistufig vor: In der ersten Stufe entscheidet er nach öffentlichem Recht über die Arbeitsvergabe in einer **Verfügung** (z.B. im Baurecht: Was wird gebaut? Wer erhält den Zuschlag?). Diese Verfügung kann (neu) nach öffentlichem Recht bei einer Verwaltungsbehörde angefochten werden, v.a. durch Private, die nicht zum Zuge gekommen sind. Aufgrund dieser Verfügung erfolgt in einem zweiten Schritt der **privatrechtliche Vertrag** (Werk-/Kaufvertrag/Auftrag). Erst wenn die Verfügung rechtskräftig ist, darf der privatrechtliche Vertrag abgeschlossen werden.

Diese Zweistufentheorie ist erst seit der Einführung des GATT durch die WTO geltendes Recht in Bund und Kantonen. Sie hat das Ziel, die nationalen Barrieren im öffentlichen Beschaffungswesen abzubauen.

Fraglich ist, ob der Staat (und die mit Verwaltungsaufgaben betrauten Organisationen) bei privatrechtlicher Tätigkeit die **Grundrechte** berücksichtigen muss (die Privaten kennen diesbezüglich ja die Privatautonomie). Im Grundsatz wird diese Frage bejaht, doch im Detail ist noch vieles ungeklärt.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 296**: Landwirte haben die (öffentlich-rechtliche) Pflicht die Milch an einer bestimmten Milchsammelstelle abliefern. Der Bund hat im Gegenzug dazu eine Abnahmepflicht. Zwischen den Milchsammelstellen und den Milchproduzenten besteht ein privatrechtlicher Vertrag. Eine Milchsammelstelle hat gewisse Bauern, die in einem bestimmten Verein waren, bevorzugt und einen höheren Preis pro Liter Milch bezahlt. Das Bundesgericht hat dies für unzulässig erklärt, weil die Milchsammelstelle (die mit öffentlichen Aufgaben betraut wurde) trotz privatrechtlicher Tätigkeit an die Grundrechte (i.c. an die Rechtsgleichheit) gebunden ist.

### III. Übernahme von Begriffen und Normen des Privatrechts ins Verwaltungsrecht

Die Möglichkeiten sind:

- **Anknüpfung** des Verwaltungsrechts an privatrechtliche Tatbestände. (z.B. werden Schenkungssteuern erhoben, wenn eine Schenkung im privatrechtlichen Sinne vorliegt)
- **Verweisung** des Verwaltungsrechts auf Normen des Privatrechts: Eine Bestimmung des Privatrechts wird zu öffentlichem Recht erklärt. (so wird z.B. für gewisse Voraussetzungen der Staatshaftungen auf die Voraussetzungen der privatrechtlichen Deliktshaftung verwiesen)
- **Analoge Anwendung** des Privatrechts zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht: Lückenfüllung nach privatrechtlichen Regeln, wenn keine öffentlich-rechtlichen Regelungen vorliegen, die analog angewendet werden können.

## § 6 Zeitlicher und Räumlicher Geltungsbereich des Verwaltungsrecht

### I. Zeitlicher Geltungsbereich

Das **Inkrafttreten** eines Erlasses bedeutet den Beginn der rechtlichen Wirkungen eines Erlasses. Aus rechtsstaatlichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit, gilt der Grundsatz, dass Recht setzende Erlasse erst nach ihrer **Publikation** in der Gesetzessammlung für Private verbindlich werden.

**Ausserkrafttreten**: **Befristete Erlasse** treten mit Ablauf dieser Frist ausser Kraft. **Unbefristete Erlasse** können durch spätere Erlasse gleicher oder höherer Stufe aufgehoben werden. Dabei ist zwischen formeller und materieller Aufhebung zu unterscheiden:

- Eine **formelle Aufhebung** liegt vor, wenn ein Erlass gleicher oder höherer Stufe einen älteren Erlass ausdrücklich als aufgehoben erklärt. Bei Ausserkrafttreten des jüngeren Erlasses lebt der ältere Erlass nicht wieder auf.
- Eine **materielle Aufhebung** liegt vor, wenn sich ein neuer Erlass mit älterem Recht deckt oder diesem widerspricht. Ob dies zutrifft ist durch Auslegung zu ermitteln. Bei einer materiellen Aufhebung wird das ältere Recht nicht beseitigt und lebt wieder auf, wenn der jüngere Erlass später formell aufgehoben wird.

---

<sup>4</sup> Diese Transportverträge sind nach den Abgrenzungstheorien zwischen öffentlichem und privatem Recht eigentlich eher als öffentlich-rechtlich einzustufen (Bezüglich Tarife besteht ein Subordinationsverhältnis, es wird das öffentliche Interesse an der Mobilität befriedigt). Das Gesetz sieht jedoch ausdrücklich vor, dass es sich hier um privatrechtliche Verhältnisse handelt.

Fraglich ist immer wieder die **Anwendung von neuem Recht bei hängigen Verfahren**: Bleibt das Recht bei Gesuchseinreichung in Kraft (Das Interesse am Vertrauensschutz an der bestehenden Regelung steht hier im Vordergrund) oder wird das neue Recht nach Gesuchseinreichung beachtet (Das Interesse an der raschen Wirksamkeit des neuen Rechts steht hier im Vordergrund)? Ein „guter“ Gesetzgeber regelt diese Frage in den *Übergangsbestimmungen*. Doch häufig fehlt eine Übergangsregelung. In diesem Fall geht das BGer (meistens) davon aus, dass das Recht im **Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides** gilt (wobei das Urteil nicht hinausgezögert werden darf). Wenn das neue Gesetz jedoch ein wichtiges öffentliches Interesse (z.B. Gesundheitsschutz) verfolgt, dann muss es auch später noch angewendet werden.<sup>5</sup>

Von grossem Interesse ist auch die Problematik der **Rückwirkung**. Dabei muss zwischen **echter** und **unechter** Rückwirkung unterschieden werden.

- **Echte Rückwirkung** liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses neuen Rechts verwirklicht hat.
- **Unechte Rückwirkung** liegt in zwei Fällen vor: Einerseits liegt unechte Rückwirkung bei der Anwendung neuen Rechts auf *offene Dauersachverhalte* vor. Andererseits spricht man 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. Man spricht in diesem zweiten Fall von sog. *Rückanknüpfung* (z.B. neue Steuerpflicht, welche die Höhe auf der Steuer auf Tatsachen vor Inkrafttreten der neuen Pflicht abstellt).

---

## 26. April 2006

Die echte Rückwirkung ist nur unter ganz **strikten Voraussetzungen** zulässig:

1. Die Rückwirkung muss **ausdrücklich angeordnet** oder nach Sinn des Erlasses **klar gewollt** sein
2. Die Rückwirkung muss **zeitlich mässig** sein. Entscheidend sind die besonderen Verhältnisse der betreffenden Regelung. Insbesondere die Voraussehbarkeit der Gesetzesänderung spielt eine Rolle
3. Die Rückwirkung ist nur zulässig, wenn sie durch **triftige Gründe** gerechtfertigt ist. Fiskalische Gründe genügen grundsätzlich nicht, es sei denn, die öffentlichen Finanzen seien in Gefahr.
4. (Die Rückwirkung darf **keine stossenden Rechtsungleichheiten** bewirken)
5. (Die Rückwirkung darf **keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte** darstellen. So ist z.B. eine rückwirkende Enteignung unzulässig)

Wobei die letzten beiden Voraussetzungen eigentlich selbstverständlich sind. Unter *wohlerworbenen Rechten* versteht man Rechte, welche seit langer Zeit bestehen (z.B. Fischereirechte, Weidrechte) und vertraglich erworbene öffentliche Rechte (z.B. Konzessionen). Diese wohlerworbenen Rechte haben besondere Bestandeskraft aufgrund des Vertrauensschutzes und der Eigentumsgarantie und können nur unter sehr restriktiven Bedingungen entzogen werden.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 333**: Als zeitlich mässig erachtet das Bundesgericht hier eine Rückwirkung von rund einen Monat. Zudem mussten die Beamten aufgrund der öffentlichen Diskussion über die Kürzung des Teuerungsausgleiches mit dieser Regeländerung rechnen, sie war voraussehbar. Als triftige Gründe qualifizierte das Bundesgericht i.c. die Verwaltungswirtschaft (Die Abrechnung wäre ansonsten sehr kompliziert geworden) sowie die grosse Gefahr für die öffentlichen Finanzen. Die Rückwirkung war überdies im Entscheid ausdrücklich angeordnet, verursachte keine stossenden Rechtsungleichheiten und keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte, weil der Gesetzgeber die Anstellungsbedingungen der Beamtinnen und Beamten ändern könne, auch wenn es um die Besoldung gehe.

Das Verbot der Rückwirkung findet seine Begründung darin, dass den Privaten keine Pflichten auferlegt werden sollen, mit denen sie im Zeitpunkt der Verwirklichung des Sachverhalts nicht rechnen mussten. Diese Bedenken sind unangebracht, wenn die Rückwirkung den Privaten nur Vorteile bringt, d.h. wenn ein **begünstigender Erlass** mit rückwirkender Kraft ausgestattet ist. Selbstverständlich darf auch die Rückwirkung begünstigender Erlasse nicht zu Rechtsungleichheiten führen oder Rechte Dritter beeinträchtigen.

---

<sup>5</sup> So muss die Zulassung eines gefährlichen Medikaments (aufgrund der neuen Rechtslage) auch in einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens verweigert werden, weil die neue Rechtsordnung aufgrund des wichtigen öffentlichen Interesses der Gesundheit geschaffen wurde.

Die **unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig**. Jedoch nur im **Rahmen der Verfassungsgrundsätze**. So dürfen sie ebenfalls keine **stossenden Rechtsungleichheiten** bewirken, nicht den **Vertrauensgrundsatz** verletzen und nicht in **wohlerworbenen Rechte** eingreifen.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer 345**: Die unechte Rückwirkung wäre eigentlich grundsätzlich zulässig. Aufgrund des Vertrauensschutzes ist eine jedoch eine Kürzung des Gehaltes von 30% nicht haltbar. Die kantonalen Behörden hätten mindestens eine Übergangsfrist einräumen müssen.

Im Gegensatz zur Rückwirkung bedeutet die **Vorwirkung** eines Erlasses, dass ein Erlass **Rechtswirkungen zeitigt, obwohl er noch nicht in Kraft getreten ist**. Diese Rechtswirkung kann darin bestehen, dass zukünftiges Recht bereits wie geltendes Recht angewendet wird (**positive Vorwirkung**), oder darin, dass die Anwendung des alten Rechts ausgesetzt wird, bis das neue Recht in Kraft tritt (**negative Vorwirkung**). Hauptbeispiele für negative Vorwirkungen sind Bausperren.<sup>6</sup>

Positive Vorwirkungen sind grundsätzlich unzulässig. Die negative Vorwirkung ist nur dann zulässig, wenn sie vom geltenden Recht vorgesehen ist. Schranke der negativen Vorwirkung ist aber immer das Verbot der Rechtsverzögerung: Es darf nicht zu einem übermässig langen Hinauszögern des Entscheidenden kommen.

## II. Räumlicher Geltungsbereich

Im räumlichen Geltungsbereich gilt das sog. **Territorialitätsprinzip**, wonach öffentliches Recht nur in dem Staat Rechtswirkungen entfaltet, der es erlassen hat.

Gemäss Territorialitätsprinzip gilt das öffentliche Recht nur für Sachverhalte, die sich im räumlichen Herrschaftsbereich des Recht setzenden Gemeinwesens ereignen. Es kann aber unter Umständen nicht klar sein, welchem Gemeinwesen ein Sachverhalt zuzuordnen ist. Es stellt sich in solchen Fällen die Frage, an welche Kriterien anzuknüpfen ist, um ein Rechtsverhältnis einem Gemeinwesen zuzuordnen. Massgeblich sein kann:

- **Wohnsitz, Niederlassung oder Aufenthalt** (Beispiele: Einkommenssteuern von Schweizern, Ausübung des Stimm- und Wahlrechts der Schweizer, Fürsorge)
- **Ort der gelegenen Sache** (Beispiele: Baurecht, Grundstücksteuer)
- **Ort der Ausübung einer Tätigkeit** (Beispiele: Einkommensteuer ausländischer Staatsangehöriger, Taxifahrerkonzessionen und andere gewerbepolizeiliche Konzessionen)

## Vorbemerkung: Bedeutung der Grundprinzipien des Verwaltungsrechts

Lehre und Praxis haben 6 Grundprinzipien des Verwaltungsrechts entwickelt. Sie stellten früher teils geschriebenes, teils ungeschriebenes Verfassungsrecht dar. Heute werden sie in der Bundesverfassung statuiert. Es handelt sich um:

- den Grundsatz der **Gesetzesmässigkeit** (Art. 5 Abs. 1 BV)
- den Grundsatz der **Rechtsgleichheit** (Art. 8 BV)
- den Grundsatz des **öffentlichen Interesses** (Art. 5 Abs. 2 BV)
- den Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** (Art. 5 Abs. 2 BV)
- den Grundsatz von **Treu und Glauben** (Art. 5 Abs. 3)
  - Vertrauensschutz
  - Verbot widersprüchlichen Verhaltens / Rechtsmissbrauchsverbot
- den Grundsatz des **Willkürverbotes** (Art. 9 BV)

Die genannten Grundprinzipien dienen alle der **Verwirklichung des Rechtsstaates**. Die fünf Grundsätze binden den Staat in seinem gesamten Handeln.

---

<sup>6</sup> Dabei wird die Behandlung eines Baugesuches so lange aufgeschoben, bis das neue Baurecht in Kraft ist.

Die **Rechtsgleichheit**, das **Vertrauensprinzip** (als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben) und das **Willkürverbot** stellen **verfassungsmässige Rechte** dar. Diese Tatsache hat prozessuale Bedeutung. Ihre Verletzung kann gemäss Art. 189 Abs. 1 lit. a BV mit staatsrechtlicher Beschwerde direkt beim Bundesgericht eingeklagt werden.

Bei den restlichen genannten Grundprinzipien handelt es sich aber **nicht um verfassungsmässige Rechte** im Sinne von Art. 189 Abs. 1 lit. a BV. Dies bedeutet, dass ihre Verletzung nicht selbstständig mit der staatsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden kann, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung verfassungsmässigen Rechten, insbesondere von Freiheitsrechten, des Grundsatzes der Gewaltentrennung und des Willkürverbots. Sie können also durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur mittelbar angefochten werden.

Ab 2007 ersetzt die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Einheitsbeschwerde) die Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Staatsrechtliche Beschwerde wird durch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 116 BGG) ersetzt und wird nur noch möglich sein gegen die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten durch kantonales Recht. Mit der Einführung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird die Abgrenzung der verfassungsmässigen Rechte also keine Rolle mehr spielen (vgl. Art. 95 BGG; mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann jede<sup>7</sup> Verletzung der Verfassung gerügt werden).

## § 7 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung

### I. Sinn und Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit, das sog. **Legalitätsprinzip**, hat zu seinem Hauptanliegen, **alle Verwaltungstätigkeit an das Gesetz zu binden**. Das Gesetz ist einerseits **Massstab** und **Schranke** der Verwaltungstätigkeit.

Unterschieden wird also:

- **Vorrang** des Gesetzes: Das Gesetz ist Schranke der Verwaltungstätigkeit.
- **Vorbehalt** des Gesetzes: Das Gesetz ist Grundlage der Verwaltungstätigkeit.

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung erfüllt **rechtsstaatliche** und **demokratische** Funktionen.

### II. Rechtsgrundlage

Das Legalitätsprinzip hat seine Grundlage als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns in **Art. 5 Abs. 1 BV** erhalten.

### III. Allgemeine Umschreibung des Inhalts des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit

Früher wurde im Zusammenhang mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip stets vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes gesprochen. Im Laufe der Zeit haben Rechtsprechung und Lehre das Gesetzmässigkeitsprinzip immer umfassender und differenzierter ausgestaltet.

Heute steht die Unterscheidung zwischen dem Erfordernis des Rechtssatzes und dem Erfordernis der Gesetzesform im Vordergrund. Diese Unterscheidung knüpft an die Unterscheidung von Gesetz im formellen und Gesetz im materiellen Sinne an.

### IV. Erfordernis des Rechtssatzes

Das Erfordernis des Rechtssatzes bedeutet, dass die Staatstätigkeit nur auf Grund und nach Massgabe von **generell-abstrakten Normen** ausgeübt werden darf, die **genügend bestimmt** sind. Das Erfordernis des Rechtssatzes erfüllt ausschliesslich **rechtsstaatliche Funktionen**.

Jede Verfügung muss sich auf eine **generell-abstrakte Norm**, einen Rechtssatz stützen, d.h. auf eine Regelung, die sich an eine unbestimmte Anzahl von Adressaten richtet und eine unbestimmte Zahl von Fällen erfasst und welche Rechte und Pflichten der Privaten begründet oder die Organisation, Zuständigkeit oder Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regelt.

Der Rechtssatz, auf den sich eine Verfügung stützt, muss **genügend bestimmt** sein. Das Handeln der Verwaltungsbehörden 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.

---

<sup>7</sup> und nicht bloss die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten.

In den Materialien findet ein *Baugesetz* und eine *Verordnung über den Landschaftsbild- und Ortsschutz*. Fraglich ist, ob das Bewilligungsgesuch einer Flachdachbaute in einer Altstadt mit Giebeldachhäusern mit Bezug auf diese Verordnung abgewiesen werden darf. Der Gesuchsteller argumentiert, dass die betreffende Norm das Erfordernis des Rechtssatzes (zu unbestimmt) nicht erfüllt.

§ 3 der Verordnung über den Landschaftsbild- und Ortsschutz ist eindeutig generell-abstrakt. Sie richtet sich für eine unbestimmte Zahl von Situationen an eine unbestimmte Zahl von Adressaten. Allerdings könnte argumentiert werden, dass dieser Paragraph nicht genügend bestimmt (also ein Blankettnorm, welche den Behörden völlig freie Hand gibt) ist. Bezüglich der Prüfung der genügenden Bestimmtheit lohnt es sich immer die Gegenfrage zu stellen, ob man die Bestimmung bestimmter hätte formulieren können? Im Baugesetz muss den Behörden jedoch ein gewisser Spielraum offengelassen werden, weil die Geschmäcker unterschiedlich sind und landschaftsbildstörende Bauten nicht a priori definiert werden können. Deswegen kann gewissenhaft die Argumentation vertreten werden, dass § 3 der Verordnung über den Landschaftsbild- und Ortsschutz genügend bestimmt ist.

## V. Erfordernis der Gesetzesform

Das Erfordernis der Gesetzesform bedeutet, dass die **wichtigen Rechtsnormen**, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, **in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein müssen** (vgl. Art. 164 BV). Zur rechtsstaatlichen Funktion kommt hier die **demokratische Funktion** hinzu.

Die Abgrenzung der Rechtsnormen, die wegen ihrer Wichtigkeit in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein müssen ist nicht leicht. Nach Art. 164 Abs. 1 BV gehören dazu auf Bundesebene insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

- die Ausübung der politischen Rechte.
- die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte.
- die Rechte und Pflichten von Personen.
- den Kreis der Abgabepflichtigen sowie Gegenstand und Bemessung der Abgaben.
- die Aufgaben und Leistungen des Bundes.
- die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts.
- die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.

Allerdings gibt es auch in diesen Bereichen weniger wichtige Normen, die in der Form der Verordnung erlassen werden können. Für die Umschreibung der Wichtigkeit einer Rechtsnorm sind deshalb zusätzlich vor allem folgende Kriterien massgebend:

- **Intensität des Eingriffs**
- **Zahl der von einer Regelung Betroffenen**
- **Finanzielle Bedeutung**
- **Akzeptierbarkeit**

Insbesondere bei Gesetzesdelegationen sind die **Voraussetzungen der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation** an die Exekutive zu prüfen. Die Delegation von Rechtssetzungskompetenzen an die Exekutive stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und eine Einschränkung der demokratischen Rechte dar. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Gesetzesdelegation nur zulässig, wenn folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Die Gesetzesdelegation darf **nicht** durch die Verfassung **ausgeschlossen** sein (Art. 164 BV)
- Die Delegationsnorm muss in einem **Gesetz im formellen Sinn** enthalten sein.
- Die Delegation muss sich auf eine **bestimmte, genau umschriebenen Materie** beschränken.
- Die **Grundzüge** der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, müssen in einem Gesetz im formellen Sinn umschrieben sein.

*Fortsetzung Beispiel Landschaftsschutz (siehe oben):* Vertritt man die Position, dass die Verordnung genügend bestimmt ist, so ist das Erfordernis des Rechtssatzes erfüllt. Weil der Rechtssatz eine Verordnung darstellt, welche sich auf eine Gesetzesdelegation in einem Gesetz im formellen Sinne stützt, muss hier zusätzlich geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation (und somit das Erfordernis der Gesetzesform) erfüllt sind:

- Die Delegation ist nicht durch die Verfassung verboten.
- Die Delegationsnorm ist im Baugesetz, also in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten.
- Die Delegation bezieht sich auf den Landschaftsbildschutz, somit auf eine genau umschriebene Materie
- Das Baugesetz sieht vor, dass Baubewilligungen aufgrund des Landschaftsschutzes verweigert werden können, somit sind die Grundzüge der delegierten Materie im formellen Gesetz enthalten

Es kann also behauptet werden, dass die Delegationsvoraussetzungen erfüllt sind. Somit ist bei § 3 der betreffenden Verordnung auch das Erfordernis der Gesetzesform erfüllt.

### *BGE 128 V I ff. (Gesetze in den Materialien)*

Herr Z ist ausländischer Staatsangehörigkeit und verlangt die Rückerstattung von AHV-Beiträgen, weil er im Ausland Wohnsitz hat. Die Ausrichtung der AHV-Beiträge wurde ihm gestützt auf Art. 5 der Verordnung des Bundesrates verweigert, weil er sich unwürdig verhalten habe, da er zu zwei Jahren Gefängnis und zehn Jahren Landesverweis bestraft wurde.

Herr Z kann sich nicht auf die Weisungen des Departementes berufen und das Verwaltungsgericht ist auch nicht daran gebunden, weil es sich um eine Verwaltungsverordnung handelt, welche die Vereinheitlichung der Praxis (Vollzugslenkung) zum Ziel hat. Die Grundlage der Verfügung ist also offensichtlich die Verordnung des Bundesrates. Dabei handelt es sich um eine unselbstständige gesetzesvertretende Rechtsverordnung mit Aussenwirkung. Das Erfordernis des Rechtssatzes ist erfüllt, weil es sich um eine genügend bestimmte generell-abstrakte Regelung handelt. Das Erfordernis der Gesetzesform ist erfüllt, wenn die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation erfüllt sind, da es sich um eine Verordnung handelt, welche auf einer Gesetzesdelegation in einem Bundesgesetz beruht; Ein Verbot ist in der Verfassung nicht ersichtlich. Die Delegation ist auf eine bestimmte Materie beschränkt. Jedoch regelt das Gesetz im formellen Sinne jedoch kein Verweigerungsverbot (Als Grundzug der Regelung); fraglich bleibt, ob der Gesetzgeber die Verweigerung der Entrichtung selber hätte regeln müssen. Nach Art. 164 BV muss der Gesetzgeber wichtige Bestimmungen selber regeln. Weil es sich bei einer Verweigerung der Ausrichtung um einen Entzug von Rechten handelt, geht es dabei um eine wichtige Materie, die nach Art. 164 BV in das Gesetz gehört. Somit ist die letzte Erfordernis der Gesetzesdelegation nicht erfüllt. Die Verfügung wurde aufgehoben wegen Verletzung des Legalitätsprinzips.

## IV. Geltungsbereich des Gesetzmässigkeitsprinzips

Das Gesetzmässigkeitsprinzip wirkt sich auf sämtliche Bereiche und Arten der Verwaltungstätigkeit aus. Das Legalitätsprinzip gilt heute sowohl für die Eingriffsverwaltung wie auch für die Leistungsverwaltung. Jedoch wird das Gesetzmässigkeitsprinzip in gewissen Bereichen **ingeschränkt**:

Nicht alle Verfügungen müssen auf einen Rechtssatz gestützt sein:

- **Polizeinotverfügungen** und **Verordnungen** unter den Voraussetzungen von Art. 36 I BV (gestützt auf die polizeiliche Generalklausel)
- **Bedarfsverwaltung** (umstritten bei grösseren Investitionen)
- **auswärtige Angelegenheiten** (sehr umstrittene Theorie, welche von Diplomaten vertreten wird, der Referent ist anderer Meinung)

Gewisse Verfügungen müssen nur auf einer Verordnung und nicht auf einer formell gesetzlichen Grundlage beruhen (die Anforderungen an die Gesetzesdelegation werden also aufgeweicht):

- **Nutzung von öffentlichen Grund** (weil das Grundstück dem Staat gehört)
- **Sonderstatusverhältnisse**
- **Gebühren**

### *BGE 128 I 113 (Gesetze in den Materialien)*

Sind die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation erfüllt? Es handelt sich bei der Verordnung um eine praktische Blankettnorm, welche viel bestimmter lauten könnte. Die Grundzüge der delegierten Materie sind nicht im formellen Gesetz selber geregelt. Die Verwaltungskommission ist sehr frei, wie sie die Anstellungsbedingungen regeln möchte. Allerdings stehen die Angestellten dieser öffentlich-rechtlichen Anstalt in einem **Sonderstatusverhältnis** und müssen sich zusätzlichen Pflichten unterstellen. Deswegen werden die Anforderungen an das Legalitätsprinzip (insbesondere die Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtssätze und der Gesetzesdelegation) und an die Verhältnismässigkeit nicht so streng genommen.

Jedoch auch im Sonderstatusverhältnis müssen die Grundzüge einer Regelung in einem weitem Umfang enthalten sein. Somit hat das BGer diese Gesetzesdelegation auch für ein Sonderstatusverhältnis für ungenügend betrachtet.

## VII. Gesetzmässigkeit, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

Der Gesetzgeber kann nicht alles voraussehen und regeln, deswegen muss er dem Rechtsanwender Spielraum für eine gerechte Lösung im Einzelfall (Einzelfallgerechtigkeit) gewähren. Er tut dies durch die Institutionen des **Ermessensspielraums** und des **unbestimmten Rechtsbegriffs**. Es handelt sich dabei um eine Art Pendant der Gesetzesdelegation; der Gesetzgeber selbst regelt eine Materie mit Spielraum, anstatt die detaillierte Regelung der Exekutive zu überlassen (wobei die Verordnung selber wiederum Ermessensspielraum einräumen und unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten kann).

Die Motive für den erweiterten Spielraum sind **Einzelfallgerechtigkeit** und die Möglichkeit **wirkungsorientierte Entscheidungen**. Bei der Gesetzdelegation hingegen stehen die Motive der Flexibilität (schnelle Reaktion) und bessere Eignung der Regierung zur Regelung im Vordergrund.

Das **Ermessen** ist ein Entscheidungsspielraum der Verwaltungsbehörden, ein Freiraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden gewährt (typisch für Ermessensbestimmungen ist die Verwendung des Begriffes "kann"). Die gesetzliche Einräumung von Ermessen führt dazu, dass Verwaltungsgerichte die Angemessenheit der von den Verwaltungsbehörden getroffenen Entscheidungen - zumindest grundsätzlich - **nicht überprüfen** dürfen.

Es gibt verschiedene Arten von Ermessen:

- **Entscheidungsermessen**: Räumt ein Rechtssatz den Verwaltungsbehörden einen Spielraum ein beim Entscheid, ob eine Massnahme zu treffen sei oder nicht, so liegt Entscheidungsermessen vor.
- **Auswahlermessen**: Auswahlermessen liegt vor, wenn ein Rechtssatz den Verwaltungsbehörden einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Wahl zwischen verschiedenen Massnahmen oder hinsichtlich der näheren Ausgestaltung einer Massnahme einräumt.
- **Tatbestandsermessen**: Beim Tatbestandsermessen haben die Behörden Spielraum in der Frage, ob sie die Voraussetzungen für die Anordnung von Massnahmen als erfüllt betrachten oder nicht.

Dem Ermessen steht der **unbestimmte Rechtsbegriff** gegenüber. Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, **wenn der Rechtsatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt**. Die unbestimmten Rechtsbegriffe sind der Auslegung zugänglich. Diese Auslegung durch die Verwaltungsbehörden kann von den Verwaltungsgerichten grundsätzlich **überprüft** werden.

In beiden Fällen überträgt der Gesetzgeber dem Rechtsanwender erweiterte Entscheidungsbefugnisse.

Die Bestimmung Art. 4 ANAG (in den Materialien) enthält eine Ermächtigung zu einem Entscheidungsermessen. Nicht verwirren lassen darf man sich vom Begriff "freien Ermessen". Die Behörde ist in ihrem Entscheid nicht völlig frei, sondern sie muss den **Rahmen der Verfassung** (insbesondere Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeit und öffentliche Interessen) **und den Sinn und Zweck des Gesetzes** einhalten.

**Die Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen ist entscheidend**, weil Verwaltungsgerichte **Ermessensentscheidungen** (grundsätzlich) nur beschränkt überprüfen können und die **Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe** (grundsätzlich) voll und frei überprüfen können. Der Sinn dieser Unterscheidung liegt darin, dass bei den Ermessensentscheidungen die befugten Behörden aufgrund des Naheverhältnisses oftmals am besten fähig sind, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen. Die Gerichte hingegen sind weiter von der Materie entfernt und sollen deswegen nur beschränkt - auf die Einhaltung des Rechts - auf den Ermessensentscheid einwirken können. Die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes ist jedoch eine juristische Angelegenheit, welche Gerichte mindestens so anwenden können wie die Behörden. In der Praxis auferlegen sich die Verwaltungsgerichte jedoch auch bei der Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine gewisse Zurückhaltung, vor allem wenn es um besonders lokale oder technische Sachverhalte geht.

### *BGE 117 Ib 11 ff (Gesetze in den Materialien)*

Das Bundesamt für Verkehr bezeichnete 14 Geschäfte auf dem Zürcher Bahnhofgelände als Bahnnebenbetriebe im Sinne von Art. 39 des Eisenbahngesetzes. Die übriggebliebenen Geschäfte haben sich an das BGer gewendet und das BGer musste ent-

scheiden, welche Betriebe nun wirklich als Bahnnebenbetriebe zu qualifizieren sind. Das BGer hat sich zuerst mit der Frage auseinandergesetzt, wie sehr es diese Verfügung überprüfen kann (was ist Ermessenspielraum, was sind unbestimmte Rechtsbegriffe im fraglichen Art. 39). Der Begriff "Bedürfnisse der Bahnbetriebe" in Absatz 1 wird als unbestimmter Rechtsbegriff ausgelegt. Der Begriff "befugt" spricht eindeutig für ein Entschliessungsermessen der Behörden. Obwohl unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten sind, auferlegt sich das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung in der Auslegung, weil die Behörden die konkret vorliegende Situation genauer kennen. Somit drangen die vernachlässigten Betriebe mit ihrer Klage nicht durch.

---

### 3. Mai 2006

Wir unterscheiden also **bestimmte Rechtsbegriffe**, **unbestimmte Rechtsbegriffe** und **Ermessen**. Die **Aufsichtsbehörden** können grundsätzlich alle Arten von Entscheidungsspielräumen überprüfen. Denn sie haben die gleiche Kognition wie die unterstellten Behörden. An sich können sie also auch das Ermessen frei überprüfen; doch sie auferlegen sich hier einer Zurückhaltung, weil sie von einer grösseren Nähe der kontrollierten Verwaltungsbehörden zum Sachverhalt ausgehen.

Die **Verwaltungsgerichte** können das Ermessen der Behörden nur in Bezug auf **Rechtsverletzungen** (**Ermessensmissbrauch**, **Ermessensüberschreitung** und **Ermessensunterschreitung**) überprüfen. Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe wären sie grundsätzlich frei, weil es sich um eine Rechtsfrage handelt. Doch auferlegen sie sich diesbezüglich ebenfalls einer Zurückhaltung, v.a. wenn es um lokale oder technische Sachverhalte geht.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 459**. Dieser Fall demonstriert, dass das BGer die Begrifflichkeiten auch nicht schön sauber auseinanderhält. Der Begriff "ungenügende Leistung" ist zwar unzweideutig als unbestimmter Rechtsbegriff zu qualifizieren. Trotzdem sprechen die Richter danach vom einem Ermessen, welches sie nur auf Rechtsverletzungen (**Ermessensmissbrauch**, **Ermessensüberschreitung** oder **Ermessensunterschreitung**) überprüfen können. Diese Auffassung wäre an sich richtig, doch wurde der Ermessenspielraum hier mit dem unbestimmten Rechtsbegriff vermischt. Richtig wäre gewesen, wenn sich das Bundesgericht eine Zurückhaltung auferlegt hätte, weil es den sehr konkreten Sachverhalt nicht unmöglich von Lausanne aus beurteilen kann.

Es gibt vier verschiedene Arten von **Ermessensfehler**:

- **Unangemessenheit** Ein Entscheid ist unangemessen, wenn er zwar innerhalb des Ermessenspielraumes liegt, aber das Ermessen nicht richtig, unzweckmässig gehandhabt wurde. Eine Rechtsverletzung liegt nicht vor.
- **Ermessensmissbrauch**: Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die im Rechtssatz umschriebenen Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens zwar beachtet worden sind, aber das Ermessen unter unmassgeblichen Gesichtspunkten, insbesondere willkürlich und rechtsungleich betätigt wird. Ermessensmissbrauch stellt eine **Rechtsverletzung** dar.
- **Ermessensüberschreitung**: Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn das Ermessen in einem Bereich ausgeübt wird, in dem der Rechtssatz kein Ermessen eingeräumt hat. Die Ermessensüberschreitung ist eine **Rechtsverletzung**.
- **Ermessensunterschreitung**: Eine Ermessensunterschreitung liegt vor, wenn die entscheidende Behörde sich als gebunden betrachtet, obschon ihr vom Rechtssatz Ermessen eingeräumt wird, oder wenn sie auf die Ermessensausübung ganz oder teilweise von vornherein verzichtet. Auch die Ermessensunterschreitung stellt eine **Rechtsverletzung** dar.

Die letzten drei Ermessensfehler stellen also qualifizierte Rechtsverletzungen dar, die der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte zugänglich sind.

Beispiel *Bahngesetz* (in den Materialien)

Wenn die SBB nur noch in Schnellzugbahnhöfen Bahnnebenbetriebe einrichten würde, ist dies vielleicht nicht so zweckmässig. Es gibt durchaus Bahnhöfe ohne Schnellzughalt mit grossem Besucherauflauf, hingegen sind gewisse Schnellzugbahnhöfe weniger besucht. Es würde sich bei einem solchen Entscheid also am ehesten wohl um eine **Unangemessenheit** handeln.

Würde die SBB verfügen, nur noch in Bahnhöfen mit den Anfangsbuchstaben A-K werden Bahnnebenbetriebe eingerichtet, handelt es sich dabei um einen krassen Fall von **Ermessensmissbrauch**. Da dieser Entscheid willkürlich und rechtsungleich wäre.

Würde die SBB die Einrichtung von Bahnnebenbetrieben ausserhalb des Bahngbietes auf einem ihrer Grundstücke verfügen, würde es sich um eine **Ermessensüberschreitung** handeln. Der SBB wird per Gesetz kein solches Ermessen eingeräumt.

Würde sich die SBB weigern, jegliche Bahnnebenbetriebe zuzulassen, so handelt es sich um eine **Ermessensunterschreitung**. Der Bahngesetzgeber hat offensichtlich die Errichtung von Bahnnebenbetrieben vorgesehen und gewünscht.

Beispiel *Art. 4 ANAG* (in den Materialien)

Nochmals zu erwähnen ist, dass der Begriff "freies Ermessen" nicht falsch verstanden werden darf. Es gibt in der schweizerischen Rechtsordnung kein "freies" Ermessen (mehr), sondern das Ermessen der Behörden hat sich vielmehr immer im Rahmen der verfassungsmässigen Schranken (insbesondere Rechtsgleichheitsgebot, Diskriminierungsverbot, Willkürverbot) zu bewegen und Sinn und Zweck des Gesetzes zu entsprechen.

Die Tatsache, dass Aufenthaltsbewilligungen nur noch an Personen die Angehörige eines EU-Mitgliedstaates sind oder ansonsten über besondere berufliche Qualifikationen verfügen erteilt werden, ist heute massgebend. Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass in diesem Falle ein Ermessensmissbrauch vorliegt, weil insbesondere das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) verletzt ist. Allerdings ist kein Ermessensmissbrauch (allenfalls **Unangemessenheit**) gegeben, weil die Unterscheidung nach Nationen auf einem sachlichen Grund beruht; den bilateralen Verträgen. Das Bundesgericht hat diese Vorgehensweise also gestützt.

Eine **Ermessensunterschreitung** würde vorliegen, wenn die zuständige Behörde überhaupt keine Aufenthaltsbewilligungen aussprechen würde.

Eine **Ermessensüberschreitung** würde vorliegen, wenn die Behörden einem ausländischen Ehegatten einer Schweizerin oder eines Schweizer den Aufenthalt verweigern würde. Denn in dieser Situation besteht nach Art. 8 EMRK ein zwingender Aufenthaltsbewilligungsgrund, die Behörde hat diesbezüglich keinen Ermessensspielraum mehr.

Ein klarer Fall von **Ermessensmissbrauch** würde vorliegen, wenn die Aufenthaltsbewilligung nur noch blonden vollbusigen Frauen erteilt würde.

## § 8 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot

### I. Rechtsgrundlage, Inhalt und Bedeutung des Gleichheitsprinzips

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist in **Art. 8 Abs. 1 BV** gewährleistet.

Dem Grundsatz der Rechtsgleichheit kommt **umfassende Geltung** zu. Er ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen und auf sämtlichen Ebenen der Staatstätigkeit zu beachten.

Sowohl das Rechtsgleichheitsgebot wie auch das Willkürverbot in Art. 9 BV (Als Ableitung aus dem Rechtsgleichheitsgebot) stellen **verfassungsmässige Rechte** dar, auf die sich der einzelne wie auf ein Freiheitsrecht berufen kann. Eine Verletzung des Gleichheitsprinzips oder des Willkürverbots durch kantonale Hoheitsakte kann deshalb grundsätzlich mit staatsrechtlicher Beschwerde vor dem Bundesgericht gerügt werden.<sup>8</sup>

### II. Anspruch auf Gleichbehandlung

Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. „**Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.**“ Das Gleichheitsprinzip verbietet einerseits unterschiedliche Regelungen denen keine tatsächlich erhebliche Unterscheidungen zu Grunde liegen. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden.

Eine Regelung, die Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt, ist nur zulässig, wenn diese Gleich- oder Ungleichbehandlung notwendig ist, um das Ziel der Regelung zu erreichen und die Bedeutung des Ziels die Gleich- oder Ungleichbehandlung rechtfertigt. Es muss also abgewogen werden zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung.

Der Anspruch auf Gleichbehandlung hat Bedeutung in der **Rechtssetzung** und **Rechtsprechung**.

Das Bundesgericht umschreibt den Anspruch auf Gleichbehandlung in der **Rechtssetzung** wie folgt:

“Ein Erlass ... verletzt das Gebot der Rechtsgleichheit, wenn er die rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.“

<sup>8</sup> an die Stelle der Staatsrechtlichen Beschwerde trat 2007 die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

Eine unterschiedliche Regelung des gleichen Tatbestandes in verschiedenen Kantonen oder Gemeinden verletzt das Rechtsgleichheitsgebot in der Regel nicht. Dies ist eine Konsequenz der Eigenständigkeit der Kantone bzw. der Gemeindeautonomie.

#### Bedeutung bei der **Rechtsanwendung**:

Allgemein kann gesagt werden, dass die Rechtsgleichheit teilweise bereits durch die Bindung der rechtsanwendenden Behörden an Rechtssätze, d.h. an generell-abstrakte Rechtsnormen, gewährleistet ist. Sofern der Rechtssatz aber durch das Verwenden unbestimmter Rechtsbegriffe oder das Einräumen von Ermessen einen **Spielraum** offen lässt, hat die rechtsanwendende Behörde davon in allen gleich gelagerten Fällen gleichen Gebrauch zu machen (Ansonsten liegt ein Ermessensmissbrauch vor). Eine rechtsanwendende Behörde verletzt dann den Gleichheitssatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt.

Eine rechtungleiche Behandlung liegt in der Praxis des Bundesgerichts aber grundsätzlich nur dann vor, wenn die dieselbe Behörde gleichartige Fälle unterschiedlich beurteilt.

Der eingelebten Praxis von Verwaltungsbehörden und Gerichten kommt ein grosses Gewicht zu. Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen, dass an einer Praxis in der Regel festgehalten wird. Sie stehen aber einer **Praxisänderung** nicht entgegen, sofern diese auf sachlichen Gründen beruht. Die Änderung einer bestehenden Praxis ist mit der Rechtsgleichheit vereinbar, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es müssen **ernsthafte und sachliche Gründe** für die neue Praxis sprechen. Eine Änderung lässt sich insbesondere im Hinblick auf bessere Kenntnis der gesetzgeberischen Absichten oder auf künftige Entwicklungen und die damit verbundenen Gefahren rechtfertigen.
- Die Änderung muss **grundsätzlich** erfolgen. Es darf sich nicht bloss um eine singuläre Abweichung handeln, sondern die neue Praxis muss für die Zukunft wegleitend sein für alle gleichartigen Sachverhalte.
- Das **Interesse an der richtigen Rechtsanwendung** muss gegenüber demjenigen an der Rechtsicherheit überwiegen.
- Die Praxisänderung darf **keinen Verstoss gegen Treu und Glauben** (Vertrauensschutz) darstellen.

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung (Legalitätsprinzip) geht dem Rechtsgleichheitsprinzip im Konfliktfall in der Regel vor. Wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das den Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls von einer Norm abweichend behandelt zu werden. Dabei spricht man vom Grundsatz, dass **kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht** besteht. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die abweichende Behandlung lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen erfolgt ist. Besteht hingegen eine eigentliche gesetzeswidrige Praxis und lehnt es die Behörde ab, die aufzugeben, so können Private verlangen, dass die widerrechtliche Begünstigung, die Dritten zuteil wurde, auch ihnen gewährt werde. Dem in Ausnahmefällen aus dem Gleichheitsgebot abgeleiteten Anspruch auf gesetzeswidrige Begünstigung können gewichtige öffentliche Interessen oder das berechtigte Interesse eines privaten Dritten an gesetzesmässiger Rechtsanwendung entgegenstehen. In einem solchen Interessenkonflikt sind die einander widersprechenden Recht und Interessen im Einzelfall gegeneinander abzuwägen.

---

10. Mai 2006

### III. Willkürverbot

Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt in der Auslegung und Anwendung von Gesetzesnormen nicht schon dann vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder sogar zutreffender erscheint, sondern erst dann, wenn eine Entscheidung **offensichtlich unhaltbar** ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er "zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft."

Willkürliche Rechtsanwendung wird daher in folgenden Fällen angenommen:

- Bei offensichtlicher Gesetzesverletzung;
- bei offensichtlicher Missachtung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes oder des tragenden Grundgedanken eines Gesetzes;
- bei groben Ermessensfehlern;
- wenn ein Entscheid an einem inneren, nicht auflösbaren Widerspruch leidet;

- im Falle eines stossenden Widerspruchs zum Gerechtigkeitsgedanken.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 529**. Eine ausländische Staatsangehörige durfte das Hotelzimmer während einer Woche nicht mehr verlassen, weil sie verdächtigt wurde, in ein Drogendelikt verwickelt zu sein. Sie klagte auf Genugtuung und erhielt 100.- Franken. Dies ist offensichtlich viel zu wenig für einen faktischen Entzug der Bewegungsfreiheit von 6 Tagen und hält deswegen vor Art. 9 BV nicht stand.

Beispiel BGE 118 Ia 497 ff.

In diesem BGer-Fall ging es um ein Grundstück, welches für 4.1 Millionen Franken verkauft wurde. Der amtliche Wert dieses Grundstückes betrug 4.6 Millionen, Liegenschaftsschätzer schätzten ihn auf 6 Million. Die Steuerbehörde ging eigenmächtig davon aus, dass zusätzlich zum Grundstückverkauf eine Schenkung einer halben Million vorliegt und erhob darauf eine Schenkungssteuer (Differenz Kaufpreis/amtlicher Wert). Das kantonale Recht hat zwar andere Definition der Schenkung als im Privatrecht, doch diese Definition beinhaltet aber ebenfalls den Schenkungswillen als Voraussetzung der Schenkung. Das BGer meinte, dass es willkürlich ist, wenn die Steuerbehörde hier einfach von einer Schenkung ausgeht, ohne Schenkungswillen zu überprüfen.

Im Gegensatz zum Gebot der rechtsgleichen Behandlung werden beim Willkürverbot nicht verschiedene Rechtsanwendungsakte miteinander verglichen, sondern es wird nur das Verhältnis zwischen dem angewandten Rechtssatz und dem betreffenden Anwendungsakt untersucht. Mit einem willkürlichen Entscheid muss deshalb nicht ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verbunden sein.

Aus Art. 9 BV folgt indessen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein selbstständiger Anspruch auf willkürfreies Handeln des Staates. Das Bundesgericht tritt auf staatsrechtliche Beschwerden wegen Willkür nur ein (Eintretensentscheid), soweit das Gesetzesrecht, dessen willkürliche Anwendung behauptet wird, dem Beschwerdeführenden einen Rechtsanspruch einräumt oder den Schutz seiner beeinträchtigten Interessen bezweckt (Voraussetzung des rechtlich geschützten Interesses).<sup>9</sup> Trotz ausdrücklicher Verankerung des Willkürverbots als **selbstständiges verfassungsmässiges Recht** in Art. 9 der neuen Bundesverfassung hält das Bundesgericht bedauerlicherweise an dieser Rechtsprechung fest. Mit dem neuen BGG wird das BGer (hoffentlich) diese Argumentation umstürzen, weil für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kein rechtlich geschütztes Interesse mehr als Voraussetzung vorhanden sein muss. Offen bleibt die Anwendung bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde, wo erneut ein rechtlich geschütztes Interesse vorhanden sein muss.

## § 9 Der Grundsatz des öffentlichen Interesses

### I. Der Begriff des öffentlichen Interesses

Das öffentliche Interesse ist **Voraussetzung für jede staatliche Tätigkeit** (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). Der Staat hat das Wohl der Allgemeinheit zu schützen und zu fördern und die Anliegen der staatlichen Gemeinschaft wahrzunehmen.

**Inhalt und genaue Tragweite des Begriffes des öffentlichen Interesses lassen sich nicht in eine einfache allgemein gültige Formel fassen.** Man kann z.B. positiv umschreiben, dass es sich bei den öffentlichen Interessen um das Wohl der Allgemeinheit handelt. Positive Umschreibungen sind aber nicht besonders aussagekräftig und helfen kaum weiter. Negativ umschreiben lassen sich die öffentlichen Interessen etwa folgendermassen: "Öffentliche Interessen sind alle Interessen abzüglich der privaten Interessen". Doch diese Definition funktioniert auch nicht nahtlos, weil viele private Interessen sich mit öffentlichen Interessen decken (z.B. Schutz der Meinungsfreiheit, Schutz der Polizeigüter Leben, Gesundheit, Ordnung und Lärmschutz). Eine weiter negativer Definitonsversuch wäre, dass die sog. fiskalischen Interessen (Interessen die der Mittelverschaffung für staatliche Aufgaben dienen) keine öffentliche Interessen sind. Diese Aussage ist so jedoch auch nicht vollends richtig, weil die Mittel zur Aufgabenerfüllung des Staates gebraucht werden.

Deshalb bleibt nur die Möglichkeit, dass die **Rechtsordnung selbst umschreibt, was unter öffentlichen Interessen zu verstehen ist**. Die öffentlichen Interessen sind aus den Verfassungen (Bund und Kanton) ablesbar. Diese Aussagen der Verfassungen werden in der Regel durch Gesetze und Verordnungen konkretisiert. (z.B. Art. 74 BV, Konkretisierung im Umweltschutzgesetz und zahlreichen Verordnungen). Schlussendlich konkretisieren die rechtsanwendenden Organe die öffentlichen Interessen im Einzelfall (sie entscheiden, welche Interessen gegenstehenden Interessen überwiegen).

<sup>9</sup> Nicht der Fall ist dies bei Entschliessungsermessens ("kann"-Bestimmungen). z.B. bei Stipendienerteilungen, Aufenthaltsbewilligungen, bei Wahlen.

## II. Rechtsgrundlage

Nach **Art. 5 Abs. 2 BV** muss alles staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen. Dieser Grundsatz stellt aber **kein verfassungsmässiges Recht** der Privaten dar;

Weitere Bedeutung hat der Begriff des öffentlichen Interesses im Rahmen von Art. 36 Abs. 2 BV als Voraussetzung für Grundrechtseinschränkungen, sowie in zahlreichen weiteren Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen.

## III. Geltungsbereich

Der Grundsatz des öffentlichen Interesses bindet in umfassender Weise **alle drei Staatsgewalten**. Der Grundsatz des öffentlichen Interesses gilt für das **gesamte Verwaltungsrecht**, nicht nur die Eingriffsverwaltung, sondern auch für die Leistungsverwaltung.

## IV. Abwägung zwischen verschiedenen Interessen

Der Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen können im Einzelfall private oder andere öffentliche Interessen entgegenstehen. Im Falle einer derartigen Interessenkollision muss eine wertende Gegenüberstellung und eine Interessenabwägung stattfinden.

Die Abwägung zwischen **öffentlichem und betroffenen privaten Interesse** erfolgt im Allgemeinen im Zusammenhang mit der Anwendung des **Verhältnismässigkeitsprinzips**.

Das Problem des Abwägens zwischen **einander entgegenstehenden öffentlichen Interessen** stellen sich auch im Zusammenhang mit *Praxisänderungen* und beim *Schutz des Vertrauens in das Verhalten staatlicher Behörden*, insbesondere bei unrichtigen Auskünften:

- bei **Praxisänderungen** kollidieren das öffentliche Interesse, dass eine Rechtsprechung aufrechterhalten wird (Rechtssicherheit) und das öffentliche Interesse daran, dass Gesetze richtig angewendet werden (Legalitätsprinzip).
- beim **Schutz des Vertrauens in das Verhalten staatlicher Behörden** (insbesondere bei unrichtigen Auskünften) kollidieren das öffentliche Interesse daran, dass das berechtigte Vertrauen in eine Vertrauensgrundlage aufrechterhalten wird (Vertrauensschutz) und das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung (Legalitätsprinzip)

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 572**: Im Widerstreit stehen die öffentlichen Interessen an Landschaftsschutz und preisgünstiger Energieversorgung. Den Ausschlag für das zweite Kriterium gegeben hat das Kriterium der präjudiziellen Wirkung für zukünftige Fälle. Müssten die elektrischen Anlagen aus Gründen des Landschaftsschutzes immer in den Boden verlegt werden, würde dies die Energieversorgung sehr verteuern.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 574**: Im Widerstreit stehen die öffentlichen Interessen an Denkmalpflege und Erfüllung der Aufgaben der Eisenbahnunternehmungen.

## § 10 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

### I. Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels **geeignet** und **notwendig** sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem **vernünftigen Verhältnis** zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden.

Die Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme stellt sich nur, wenn an ihr überhaupt ein zulässiges öffentliches Interesse besteht. Zwischen dem Grundsatz des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit besteht also ein sehr enger Zusammenhang; das öffentliche Interesse ist unabdingbare Voraussetzung für die Verhältnismässigkeit.

## II. Rechtsgrundlage

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat Verfassungsrang. Gemäss **Art. 5 Abs. 2 BV** muss alles staatliches Handeln verhältnismässig sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip stellt aber **kein verfassungsmässiges Recht** der Privaten dar.

### III. Geltungsbereich

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts Geltung, sowohl für die Rechtssetzung, als auch für die Rechtsanwendung.

### IV. Die drei Elemente des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Elemente, die kumulativ beachtet werden müssen.

- **Eignung** der Massnahme ("Geeignetheit"): Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen.
- **Erforderlichkeit** der Massnahme: Die Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde (sog. "Übermassverbot"). Sind jedoch staatliche Schutzaufträge oder -pflichten (Leistungsverwaltung, Z.B. die Gewährleistung der Sicherheit bei Benützung öffentlicher Strassen) zu erfüllen, so muss das "Übermassverbot" durch ein "Untermassverbot" ergänzt werden. Deshalb sind auch Massnahmen, die zu wenig zur Erreichung des Schutzzieles beitragen, dem Zweck nicht angemessen und damit unverhältnismässig.
- **Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung** (Abwägung der angestrebten öffentlichen und betroffenen privaten Interessen, Zweck-Mittel-Relation): Eine Verwaltungsmassnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt. Der staatliche Eingriff muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.

## § 11 Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht

### I. Begriff und Tragweite des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht

Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein **loyales und vertrauenswürdigen Verhalten im Rechtsverkehr**. Der Grundsatz von Treu und Glauben wirkt sich im Verwaltungsrecht vor allem in zweifacher Hinsicht aus:

1. In der Form des sog. **Vertrauensschutzes** verleiht er den Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Es handelt sich dabei um ein verfassungsmässiges Recht zugunsten der Privaten (Art. 9 BV).
2. Als **Verbot widersprüchlichen Verhaltes** und als **Verbot des Rechtsmissbrauchs** verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten. In dieser Ausgestaltung bindet das Prinzip von Treu und Glauben also nicht nur den Staat (selbstständiges verfassungsmässiges Recht nach Art. 9 BV), sondern auch die Privaten (als allgemeiner Rechtsgrundsatz) und ebenso die verschiedenen Gemeinwesen in ihrem Rechtsverkehr untereinander.

### II. Rechtsgrundlagen

Die neue Bundesverfassung stuiert den Grundsatz von Treu und Glauben einerseits als Regel für das Verhalten von Staat und Privaten in Art. 5 Abs. 3 BV und andererseits in Art. 9 BV als grundrechtlichen Anspruch der Privaten gegenüber dem Staat auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Die Verletzung dieses Anspruches können die Betroffenen mit staatsrechtlicher Beschwerde rügen.<sup>10</sup>

### III. Grundsatz des Vertrauensschutzes

Beim Schutz des Vertrauens in das bestimmte, Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden handelt es sich immer um eine **Abwägung zwischen dem Gesetzmässigkeitsprinzip und dem Prinzip von Treu und Glauben**. Grundsätzlich überwiegt das Gesetzmässigkeitsprinzip, nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen geht der Grundsatz von Treu und Glauben

---

<sup>10</sup> Die Staatsrechtliche Beschwerde wird ab 2007 ersetzt durch die Beschwerde in öffentlich-rechtliche Angelegenheiten.

ben vor. Lehre und Praxis haben allgemeine Kriterien entwickelt, um diese Abwägung zwischen den beiden Grundprinzipien zu vereinfachen.

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) bedeutet, **dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden.**

Die vier **Voraussetzungen des Vertrauensschutzes** - die nachfolgend vorgestellt werden - sind nichts anderes als eine Rationalisierung des Abwägungsvorganges zwischen dem Legalitätsprinzip und dem Prinzip von Treu und Glauben. Sie heissen:

- **Vertrauensgrundlage:** Der Vertrauensschutz bedarf zunächst eines Anknüpfungspunktes. Es muss ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Was im Einzelnen eine Vertrauensgrundlage darstellt oder nicht, ist noch zu diskutieren.
- **Vertrauen in das Verhalten der staatlichen Behörden:** Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen.
- **Vertrauensbetätigung:** In der Regel kann Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann.

Mit dem Bestehen dieser drei Voraussetzungen ist im Grunde genommen bereits ein Vertrauenstatbestand vorhanden der nach Treu und Glauben behandelt werden sollte. Aufgrund des entgegenstehenden Legalitätsprinzip wurde jedoch - gewissermassen als Notventil - die letzte und vierte Voraussetzung eingebaut:

- **Abwägung zwischen dem Interesse an Vertrauensschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen:** Selbst wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind, können sich Private nicht darauf berufen, falls ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.

<b>VORAUSSETZUNGEN DES VERTRAUENSSCHUTZES</b>	
<b>Vertrauensgrundlage</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verfügungen / Entscheide</li> <li>• verwaltungsrechtliche Verträge</li> <li>• Verwaltungs- und Gerichtspraxis</li> <li>• <b>Auskünfte und Zusagen</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• genügend bestimmt</li> <li>• vorbehaltlos</li> <li>• von zuständiger Behörde</li> <li>• keine Änderung von Sachverhalt oder Rechtslage</li> </ul> </li> <li>• <b>grundsätzlich nicht</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Rechtssetzungsakte (Gesetze / Verordnungen)</li> <li>• Raumpläne</li> <li>• Duldung rechtswidriger Zustände</li> </ul> </li> </ul>
<b>Vertrauen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kenntnis von der Vertrauensgrundlage</li> <li>• Nichterkennen einer allfälligen Fehlerhaftigkeit</li> </ul>
<b>Vertrauensbetätigung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Tätigung von Dispositionen, die nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden können</b></li> <li>• <b>Kausalzusammenhang zwischen Vertrauen und Dispositionen</b></li> </ul>
<b>Vorbehalt der Interessenabwägung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Vorrang der Gesetzmässigkeit bei überwiegenden öffentl. Int. auch bei Vorliegen der Vertrauensschutzvoraussetzungen</b></li> </ul>

Diese Voraussetzungen prüfen wir nun am Beispiel *Verordnung über die Ausrichtung von Wohnungsentschädigungen* (In den Materialien): Die Angehörigen eines Polizeikorps haben eine Wohnsitzpflicht innerhalb eines bestimmten Radius ihres Einsatzortes. Als Entschädigung für diesen Umstand erhalten sie eine Wohnungsentschädigung. Der Regierungsrat des betreffenden Kantons fand diese Verordnung zu kompliziert, weil die Entschädigung immer wieder neuen Gegebenheiten (z.B. neuer Zivilstand, neuer Eigenmietwert, usw.) angepasst werden musste. Zudem kam es durch die unterschiedlichen Wohnungsentschädigungen zu Unfrieden im Polizeikorps (Vergleich von Entschädigungen). Der Regierungsrat wollte die Abgaben deswegen pauschalisieren. Ist dies zulässig? Polizeiangehörige, die vor der Ausrichtung der Pauschale grössere Beiträge bekamen, argumentierten damit, dass sie auf die höhere Entschädigung vertraut hatten und durch die Änderung ihr Vertrauen verletzt werde.

Eine Verordnung stellt grundsätzlich keine geeignete Grundlage für das Vertrauen dar, weil es sich um einen rechtssetzenden Erlass handelt, bei dem es in der Natur der Sache liegt, dass er geändert werden kann. Als Vertrauensgrundlage kann jedoch die Ausrichtung der Entschädigung als Lohnbestandteil bewertet werden, weil es sich dabei um eine Verfügung handelt.

Durch die Zustellung dieser Verfügung sollten die einzelnen Angestellten die Vertrauensgrundlage erkannt und daran vertraut haben. Zudem konnten sie sich zum Zeitpunkt der Zustellung keine Kenntnis einer allfälligen Fehlerhaftigkeit vorwerfen lassen, weil es noch gar keine Fehlerhaftigkeit dieser Verfügungen gab.

Die Vertrauensbetätigung besteht darin, dass man sich teurere Wohnungen genommen hat oder Kinder gezeugt hat im Bewusstsein darauf, dass man eine höhere Entschädigung bekommen wird. Diese Dispositionen sind nicht ohne Nachteil rückgängig. Zudem ist ein Kausalzusammenhang zwischen Verfügung und Disposition erkennbar.

Auf Grund dieser Voraussetzungen kann gesagt werden, dass das Vertrauen in diese Verfügung somit erweckt und durch die Verordnungsänderung verletzt worden ist!

Schlussendlich muss noch eine Abwägung zwischen dem Vertrauensschutz und am Vertrauensschutz entgegenstehenden öffentlichen Interessen vorgenommen werden. Die Interessen, welche dem Vertrauensschutz entgegenstehen sind die Verwaltungsökonomie und der Betriebsfrieden bei der Polizei. Doch bei einer angemessenen zeitlichen Umstellung der Verordnung auf Pauschalen (durch Übergangsbestimmungen) kann den widersprechenden Interessen genügend Rechnung getragen werden.

Das Prinzip des Vertrauensschutzes soll verhindern, dass die Privaten infolge ihres Vertrauens in das Verhalten von Behörden einen Nachteil erleiden. Der Vertrauensschutz führt zu unterschiedlichen **Rechtsfolgen**:

- **Bindung an die Vertrauensgrundlage** (Bestandesschutz): Die Verfügung, auf welche vertraut wurde, wird aufrechterhalten. z.B. eine Verfügung bleibt bestehen, eine (fälschlicherweise zu lange angegebene) Frist wird wiederhergestellt, die (angestrebte) Praxisänderung wird nicht vorgenommen oder es wird die Verbindlichkeit von unrichtigen Auskunft und Zusagen angenommen.
- **Entschädigung von Vertrauensschäden**: Die Entschädigung wird vor allem dann ausgerichtet, wenn an sich die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt wären, die Bindung an die Vertrauensgrundlage aber wegen überwiegender öffentlichen Interessen nicht in Frage kommt (Vorbehalt der Interessenabwägung). Wenn das Gemeinwesen auf Regelungen, Entscheide oder Zusicherungen zulässigerweise zurückkommt, kann es sich rechtfertigen, gewisse durch die Betroffenen gestützt auf das vertrauensbegründende Verhalten vorgenommene Aufwendungen zu entschädigen.
- **Übergangsregelungen**: Mit der Festsetzung von Übergangsregelungen und angemessenen Übergangsfristen kann der Gesetzgeber - aber auch die rechtsanwendende Behörde bei einer beabsichtigten Praxisänderung - dem Vertrauen der Privaten in den bisherigen Zustand Rechnung tragen.

Im konkreten Fall des Polizeikorps drängt sich die Rechtsfolge einer Übergangsregelung geradezu auf, damit die gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen ausgleichend gewahrt werden können. Konkret wurde eine Übergangsfrist von 2 Jahren gewährt.

**Nicht geeignet** für eine **Vertrauensgrundlage** sind:

- **Rechtssetzungsakte**: In der Regel stellen Rechtssetzungsakte keine Vertrauensgrundlage dar. Die Privaten können nicht ohne Weiteres auf den Fortbestand eines geltenden Gesetzes vertrauen, sondern müssen immer mit der Revision rechnen. Das Prinzip des Vertrauensschutzes kann aber dann angerufen werden, wenn die Privaten durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwer wiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige gesetzlichen Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage haben. Hier ergibt sich aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes u.U. ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung.
- **Raumpläne**: Raumpläne, namentlich Zonenpläne und Bauordnungen können grundsätzlich jederzeit geändert werden. Auf das Prinzip des Vertrauensschutzes können sich Private nur berufen, wenn das für den Erlass des Raumplanes zuständige Or-

gan eine Zoneneinteilung für eine bestimmte Zeitdauer zugesichert hat.

Bei Planänderungen zu beachten ist das Gebot der Rechtssicherheit. Dieses verlangt das Zonenpläne eine gewisse Beständigkeit aufweisen. Je neuer ein Plan ist, umso eher darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden und umso wichtiger müssen die Gründe für eine Änderung sein.

- **Duldung eines rechtswidrigen Zustandes:** Grundsätzlich hindert die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes die Behörde nicht an der späteren Behebung dieses Zustandes. Eine Vertrauensgrundlage, die der Wiederherstellung der Rechtmässigkeit ganz oder teilweise entgegensteht, wird durch behördliche Untätigkeit nur in Ausnahmefällen geschaffen.

Hingegen als **Vertrauensgrundlage geeignet** sind:

- **Verfügungen und Entscheide:** Die Privaten sollen sich auf eine Verfügung oder auf einen Entscheid der Verwaltungsbehörden verlassen können, ist es doch gerade die Funktion solcher Verwaltungsakte, den Privaten Klarheit über ihre konkreten Rechte und Pflichten zu verschaffen.
- **der verwaltungsrechtliche Vertrag:** Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist geradezu eine besonders starke Vertrauensgrundlage aufgrund des Grundsatzes "Pacta sunt servanda".
- **die Verwaltungs- und Gerichtspraxis:** Die Verwaltungs- und Gerichtspraxis kann nur unter ganz besonderen Voraussetzungen geändert werden:<sup>11</sup>
  - ernsthafte und sachliche Gründe.
  - grundsätzliche Änderung.
  - grösseres Interesse an der richtigen Rechtsanwendung als an der Rechtssicherheit.
  - kein Verstoß gegen Treu und Glauben (insb. Vertrauensschutz).

Einen Sonderfall der Vertrauensgrundlagen stellt die **unrichtige Auskunft** dar. Es handelt sich in der Praxis dabei um den Hauptanwendungsfall. Hier hat die Lehre die Abwägung des Vertrauensschutzes mit dem Legalitätsprinzip noch detaillierter konkretisiert, indem es die Voraussetzungen der Vertrauensgrundlage verfeinert hat; Auskünfte und Zusagen müssen

- eine genügende inhaltliche Bestimmtheit aufweisen;
- vorbehaltlos erteilt worden sein;
- von der zuständigen (oder zuständig erscheinenden) Behörde erteilt worden sein.
- Es darf keine Änderung des Sachverhaltes oder der Rechtslage eingetreten sein.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 672** (Gesetzesbestimmung in den Materialien)

Ein Vater hat nach einer Auskunft eines höheren Beamten darauf vertraut, dass das Schulgeld einer ausserkantonalen Schule - welche seine Tochter besucht - nach einem Wohnortwechsel auch vom neuen Wohnsitzkanton entrichtet wird. Dies gilt nach der Regelung jedoch nur für bisherig besuchte Schulen und nicht für neu besuchte Schulen. Der Auskunftserteilende hat diesen Sachverhalt allerdings nicht erkannt und der Vater hat auch nicht explizit danach gefragt.

Diese Auskunft ist genügend bestimmt gewesen, vorbehaltlos, der Sachverhalt hat sich inzwischen nicht geändert und der Chefbeamte gilt als zuständig für diese konkrete Auskunft. Fraglich bleibt, ob der Vater die Unrichtigkeit der Auskunft hätte erkennen müssen. Von Laien kann man nicht erwarten, dass ein Chefbeamter eine falsche Auskunft gibt. Zudem war die betreffende Regelung nicht öffentlich publiziert. Deswegen ist die Auskunft als Grundlage des Vertrauens geeignet und der Vater durfte auf das Verhalten der staatlichen Behörde vertrauen.

Das Vertrauen wurde zudem betätigt, in dem der Vater in den neuen Wohnsitzkanton umzog. Es sprechen keine wesentlichen öffentlichen Interessen gegen den Vertrauensschutz im konkreten Einzelfall.

Der Regierungsrat stützte den vom Vater geltend gemachten Vertrauensschutz mittels Bestandesschutz. Der neue Wohnsitzkanton musste das Schulgeld trotz anderslautender Regelung entrichten, weil er an die Vertrauensgrundlage der fehlerhaften Aussage gebunden wurde.

---

<sup>11</sup> siehe auch die Notizen zur Vereinbarkeit der Praxisänderung mit dem Gebot der Rechtsgleichheit in § 8

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 678 (683)**: Die Schweizerbürgerin B lebte seit ihrer Geburt im Ausland. Sie wurde vom Schweizerischen Konsulat darauf aufmerksam gemacht, dass sie freiwillig der AHV beitreten könne. B tat dies tatsächlich auch und gab bei der Einkommenserklärung die Erklärung (wie vom Konsulat empfohlen!) ab, dass sie "nicht erwerbstätige Witwe" sei und somit von der Beitragspflicht zu befreien sei. Nach Erreichen des Rentenalters hat die AHV keine Rente ausbezahlt, mit der Begründung, dass die Mindestbeitragsdauer (von einem Jahr) nicht eingehalten wurde (da B immer von der Beitragspflicht befreit wurde).

Die Auskunft war genügend bestimmt, weil sie sich auf eine bestimmte Person und einen bestimmten Fall bezog. Sie war vorbehaltlos erteilt worden. Das Konsulat kann als zuständig erklärt werden, weil die konsularischen Vertretungen für Auslandsschweizer allgemeine Auskunftsstellen sind für die Rechtslage in der Schweiz. Sachverhalt und Rechtslage haben sich seit der Auskunftserteilung nicht geändert. Eine Vertrauensgrundlage ist also gegeben.

Fraglich bleibt, ob Frau B nicht hätte merken müssen, dass eine Mindestdauer einer Beitragspflicht für die Bezahlung von Renten vorgeschrieben war. Da ihr aber die Auskunft erteilt wurde, dass sie den Vermerk "nicht erwerbstätige Witwe" eintragen kann, muss diese Frage verneint werden. Als Auslandschweizerin muss sie (von der Schweizerischen Rechtslage) nicht mehr wissen als das für das schweizerische Recht zuständige Konsulat. Die Voraussetzung des Vertrauens ist also gegeben

Sie hat ihr Vertrauen dadurch betätigt, indem sie nicht gearbeitet hat (und damit die Mindestbeitragsdauer nicht erfüllt hat) oder in Kenntnis der Mindestbeitragsdauer eine andere Altersversicherung abgeschlossen hat. Diese Disposition lässt sich nicht ohne Schaden rückgängig machen. Die Voraussetzung der Vertrauensbetätigung ist also erfüllt.

Das öffentliche Interesse des Gesetzmässigkeitsprinzips haben im vorliegenden Fall hinter privaten Interessen der B am Vertrauensschutz zurückzutreten. Es sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, welche das Interesse an der Gesetzmässigkeit stärker bewerten sollten.

Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes sind im vorliegenden Fall also gegeben. Die Rente muss trotz Gesetzwidrigkeit ausgerichtet werden (Bestandesschutz).

#### IV. Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Die Verwaltungsbehörden dürfen sich gegenüber anderen **Behörden** oder **Gemeinwesen** und gegenüber **Privaten** nicht widersprüchlich verhalten. Sie dürfen insbesondere einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommen Standpunkt nicht ohne sachlichen Grund wechseln.

Auch die Privaten sind im Rechtsverkehr mit den staatlichen Behörden an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (Art. 5 Abs. 3 BV). Widersprüchliches Verhalten der Privaten findet keinen Rechtsschutz.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 710**: Eine Firma hat Tochtergesellschaften gegründet, und ihr Grundeigentum von der Muttergesellschaft auf die Töchtergesellschaften übertragen. Vom privatrechtlichen Standpunkt her, handelt es sich hier um eine Eigentumsübertragung. Betrachtet man diesen Vorgang von einem wirtschaftlichen Standpunkt, so bleibt das Vermögen eigentlich in der Hand der ein und derselben Firma. Die Steuerbehörde hat an den privatrechtlichen Standpunkt angeknüpft und es wurde eine Handänderungssteuer erhoben. Später hat eine Tochtergesellschaft ihr Grundstück verkauft und die Schwestergesellschaft hat dabei als Mäkler gewirkt. Dieser Verkauf ist vom privatwirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet erneut eine Handänderung und (nach der Praxis der Steuerbehörde) steuerpflichtig. Die Schwestergesellschaft machte geltend, dass sie für ihre Mäklerbemühungen Aufwendungen gehabt hat und wollte sie von der Steuer abziehen. Diesbezüglich stellte sich die Steuerbehörde auf den wirtschaftlichen Standpunkt ab und liess den Abzug nicht zu, weil es sich ja um die gleiche Firma handeln soll. Dieses Verhalten wurde als typisches widersprüchliches Verhalten taxiert und vom Bundesgericht als missbräuchlich erachtet, weil der Staat den gleichen Sachverhalt einmal unter wirtschaftlichen, einmal unter privatrechtlichen Standpunkten bewertete.

#### V. Verbot des Rechtsmissbrauches

Das Rechtsmissbrauchsverbot ist nach der Auffassung des Bundesgerichts Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben. Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Rechtsmissbräuchlich handeln können sowohl Private als auch staatliche Behörden. Das Verbot des Rechtsmissbrauches gilt auch im Rechtsverkehr zwischen verschiedenen Gemeinwesen

Im Zürcher Verfahrensrecht steht eine Bestimmung, dass eine ungenügende Rechtsschrift zur Verbesserung innert kurzer Frist zurückgewiesen werden kann. Ein Anwalt reichte einen Rekurs ohne Begründung ein und beantragte zugleich, dass die Einreichungsfrist um 10 Tage zum Zwecke der Verbesserung zu verlängern sei. Damit hat er diese Rechtsbestimmung offensichtlich zweckmissbräuchlich verwendet, weil es nicht darum geht eine Fristverlängerung von 10 Tagen herauszuschinden, sondern einer schlechten Rechtsschrift (eines Laien) nochmals eine letzte Chance zu geben.

## § 12 Formen des Verwaltungshandelns

*Hinweis* zum Aufbau des Lehrbuches: das vorliegende Lehrbuch behandelt im 2. Teil (§ 12-18) *allgemein* den Begriff und die Arten der verwaltungsrechtlichen Beziehungen. Das erste Kapitel dieses Teils (Pflichten und Rechte des Verwaltungsrecht, § 12-13) kann diesbezüglich als allgemeiner Teil des allgemeinen Teils angesehen werden. In den Teilen 5 bis 10 werden *besondere* verwaltungsrechtliche Beziehungen genauer unter die Lupe genommen.

Es wird zwischen **drei Formen des Verwaltungshandelns** unterschieden:

- **rechtliches** Verwaltungshandeln
  - Verfügungen
  - verfügungsrechtlicher Vertrag
- sog. **schlichtes oder tatsächliches** Verwaltungshandeln
  - Realakte
  - Auskünfte
  - Warnungen
  - Empfehlungen
  - Berichtigungen
- sog. **informelles** Verwaltungshandeln
  - Kooperation
  - Absprachen (z.B. gentleman agreements)
  - Einladung zu Selbstregulierungen

Lediglich die **rechtliche Form des Verwaltungshandelns** zielt darauf auf die **Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen** ab. Die Formen des **tatsächlichen und informellen Verwaltungshandelns** sind dadurch charakterisiert, dass sie nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet sind, **sondern einen Taterfolg** herbeiführen wollen. Das informelle Verwaltungshandeln zielt darauf ab, dass die Privaten freiwillig (ohne Rechtsvorschrift) eine bestimmte Verhaltensweise an den Tag legen. Die tatsächlichen Verwaltungshandlungen zielen nicht direkt auf Rechtswirkungen ab, können aber unter Umständen mittelbare Rechtswirkungen haben (z.B. beim Bau einer Strasse könnte als Folge mittelbar die Staatshaftung greifen).

## § 13 Begriff, Begründung, Änderung, Beendigung und Übertragung von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten

Die meisten Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts sind sog. **Dauerrechtsverhältnisse**, die eine bestimmte Zeit lang Geltung haben (z.B. Erteilung einer Baubewilligung, Erteilung einer Konzession, Status als Student). Diese Dauerrechtsverhältnisse können, nachdem sie einmal begründet wurden, geändert, übertragen und beendet werden. Nur in wenigen Fällen gibt es sehr kurze Rechtsverhältnisse (z.B. Verzollung). Deswegen drängt es sich auf, die Begründung, Änderung, Übertragung sowie Beendigung von verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen genauer unter die Lupe zu nehmen.

## I. Begriff der verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte

Im Gegensatz zu den privatrechtlichen Rechten und Pflichten wird die Sicht von öffentlichrechtlichen Pflichten und Rechten nicht vom Gedanken der Austauschbeziehungen geprägt. Einer staatlichen Pflicht (dem objektiven Recht), steht also meistens kein subjektives Recht gegenüber. Z.B. gibt es eine Pflicht des Staates, uns vor Kriminellen zu schützen, jedoch nicht ein entgegenstehendes Recht auf Polizeischutz der Privaten. Weiter gibt es eine Pflicht des Staates auf Reinhaltung der Luft, die Privaten haben jedoch kein subjektives Recht den Staat einzuklagen, wenn die Luft tatsächlich verschmutzt sein sollte.

Der Begriff der **subjektiven öffentlichen Rechte** wird verwendet, um wohlerworbene Rechte und subjektive Rechte zu bezeichnen, die sich aus Verfügungen ergeben, welche unwiderrufbar sind. Es handelt sich dabei also um ein beständiges Recht, welches nur schwer geändert werden kann und somit eine bestimmte Qualität aufweist. Bei den subjektiven öffentlichen Rechten handelt sich somit um ein Begriff des **materiellen Verwaltungsrecht**. Im Unterschied dazu ist der Begriff des **öffentlichrechtlichen Anspruchs** ein Begriff des **formellen Verwaltungsrechtes (des Prozessrechtes)**; es geht darum, ob man eine, sich aus dem öffentlichen Recht ergebende, Berechtigung mit einem Rechtsmittel durchsetzen kann oder nicht.

## II. Begründung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten

Die Begründung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten kann geschehen kann durch **Rechtssatz, allgemeiner Rechtsgrundsatz, Verfügung** oder **verwaltungsrechtlichen Vertrag**:

Die Begründung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten durch Rechtssatz (z.B. Strassenverkehrsgesetz, Zollgesetz) und allgemeinem Rechtsgrundsatz ist die Ausnahme. Die Regel ist die Begründung durch Verfügung oder verwaltungsrechtlichen Vertrag. Weil Rechtssätze in der Regel allgemein und relativ unbestimmt und es gerade die Aufgabe der Verfügungen ist, die allgemein gehaltene Rechtsnorm zu konkretisieren.

**Allgemein Rechtsgrundsätze** gelten aufgrund ihrer allgemeiner Anerkennung. Sie haben (bekanntlich) **Gesetzesrang**. Es ist also immer ein Vorbehalt einer anderslautenden ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung möglich. Beispiele von allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind:

- Die Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen.
- Die Pflicht zur Rückerstattung grundlos erbrachten Leistungen.

## III. Beendigung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten

Die Beendigung von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten tritt in den sieben folgenden Fällen ein:

- durch Ausübung/Leistung (bei einmaligen Rechten und Pflichten)
  - **Erfüllung**: Die verwaltungsrechtliche Pflicht zu einer einmaligen Leistung geht mit deren richtigen Erfüllung unter.
  - **Verrechnung**: Auch im öffentlichen Recht ist die Verrechnung von Geldforderungen grundsätzlich möglich, insofern sie nicht durch eine besondere gesetzliche Regelung ausgeschlossen ist. Zu unterscheiden ist jedoch, ob die Verrechnung vom Staat oder Privaten erklärt wird. Die Privaten können ihre Forderungen gegenüber dem Gemeinwesen mit einer öffentlich-rechtlichen Forderung nur verrechnen, sofern das Gemeinwesen zustimmt (Art. 125 Ziff. 3 OR). Es kann also nur mit privatrechtlichen Forderungen gegenüber dem Staat uneingeschränkt verrechnet werden.
- **Verjährung**: Die Verjährung ist im öffentlichen Recht als **allgemeiner Rechtsgrundsatz** anerkannt. Sie kann aber auch durch gesetzliche Regelungen ausdrücklich geregelt sein. Die Verjährung betrifft sowohl vermögensrechtliche und andere öffentlich-rechtliche Ansprüche. Sie gilt sowohl für das Gemeinwesen als auch für Private.  
Die Verjährungsfristen sind zuerst in ähnlichen öffentlichen Gesetzen zu suchen und anzuwenden. Finden sich dort keine Verjährungsfristen, so sind die zivilrechtlichen Fristen analog anzuwenden.  
**Ausnahmen** von der Verjährbarkeit bestehen jedoch im Bereich der Polizeigüter: Pflichten, die sich aus polizeilichen Rechtsnormen ergeben, verjähren nicht.  
Zudem gilt die Besonderheit, dass wenn der Staat Gläubiger ist, die **Verjährung von Amtes** wegen (im Gegensatz zur zivilrechtlichen Bestimmung Art. 142 OR) beachtet werden muss. Der Staat als Schuldner jedoch analog dem Zivilrecht die Verjährung tatsächlich geltend machen muss.
- **Verwirkung**: Im Gegensatz zu den Verjährungsfristen können Verwirkungsfristen grundsätzlich weder gehemmt noch unterbrochen noch erstreckt werden und sind stets von Amtes wegen zu beachten.  
Eine Wiederherstellung einer Verwirkungsfrist ist im öffentlichen Recht ausnahmsweise möglich, wenn der Ablauf unverschuldet ohne Möglichkeit der Inanspruchnahme des Rechts erfolgt ist (Kantonsgesicht BL, ZBl 2004, 602 ff.)  
**Ausnahme** davon ist wenn sich der Staat trotz Fristenablauf vorbehaltlos auf die Sache eingelassen oder ausdrücklich darauf verzichtet hat, sich auf die Verwirkung zu berufen.

- **Verzicht:** Der zwingende Charakter des öffentlichen Rechts steht in einem Widerspruch zur Verzichtbarkeit. Insbesondere kann das Gemeinwesen grundsätzlich nicht auf die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht durch Private verzichten. Als **Ausnahme** sind die in einem Gesetz vorgesehene Verzichtbarkeit und die Verzichtbarkeit auf übertragbare Rechte (z.B. Anspruch auf Entschädigung oder Baubewilligung) anzuführen.
- **Beendigung durch Rechtssatz:** Eine Änderung des Gesetzes bewirkt die unmittelbare Beendigung von Rechten und Pflichten, mit Ausnahme der wohlerworbenen Rechte.
- **Fristablauf bei Befristung:** Rechte oder Pflichten deren Geltung befristet ist, fallen mit Ablauf der betreffenden Frist dahin.

31. Mai 2006

## § 14 Begriff, Inhalt und Arten der Verfügung

### I. Begriff der Verfügung

**Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird.** Diese Umschreibung entspricht der Legaldefinition von Art. 5 VwVG. Nach dieser Definition enthält die Verfügung **fünf konstituierende Elemente:**

- **Hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde:** Die Verfügung unterscheidet sich dadurch vom privatrechtlichen Handeln der Verwaltungsbehörden. Überdies ist für die Verfügung charakteristisch, dass sie einseitig von den Behörden erlassen wird. Sie ist also grundsätzlich auch ohne Zustimmung des Betroffenen rechtswirksam. Die Anordnung kann sich sowohl auf ein positives als auch negatives Handeln, d.h. auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen beziehen.
- **Individuell-konkrete Anordnung:** Die Verfügung ist ein Akt der Anwendung des Rechts auf einen konkreten Fall und für einen individuellen Adressaten.
- **Anwendung von Verwaltungsrecht:** Die Verfügung ist eine Anordnung in Anwendung von Verwaltungsrecht. Ohne Bedeutung ist, von welcher Behörde die Verfügung ausgeht.
- **Auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung:** Mit einer Verfügung werden in einem konkreten Fall Rechte und Pflichten eines bestimmten Privaten begründet, geändert oder aufgehoben. Eine Ausnahme davon, dass eine Verfügung Rechte und Pflichten begründet, ändert oder aufhebt, bildet die so genannte Feststellungsverfügung, die lediglich bestehenden Rechte und Pflichten autoritativ feststellt.
- **Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit:** Verfügungen können vollstreckt werden, ohne dass hierfür noch eine weitere Konkretisierung notwendig ist.

7. Juni 2006

Beispiel BGE 97 I 731: Ist die Anordnung der SRG betreffend Ausstrahlung einer Sendung eine Verfügung? Der heikle Punkt ist, dass diese Anordnung nicht wirklich auf Rechtswirkungen bei den Privaten abzielt. Somit ist eine solcher Anordnung eindeutig als Realakt (tatsächliches Verwaltungshandeln) zu qualifizieren. Ausnahmen sind die Entscheide der SRG, welche auf eine Anfrage bezüglich Ausstrahlung (z.B. Werbespots) oder Teilnahme (z.B. Teilnahme von politischen Parteien an Diskussionsdebatten) einer bestimmten Sendung erfolgen; sie haben Verfügungscharakter (rechtliches Verwaltungshandeln) und können angefochten werden.

### II. Form und Eröffnung der Verfügung

In der Regel gelten gesetzliche Formvorschriften. Enthält das massgebliche Gesetz keine Regelung, so gilt der Grundsatz der freien Wahl der Form. Das VwVG legt für den Bund in Art. 34 und 35 die Frage der Form fest: Die Verfügung muss schriftlich eröffnet werden. **Die Eröffnung ist Voraussetzung, dass die Verfügung in Kraft tritt.** Die **Beweislast** für die Tatsache und den Zeitpunkt der Eröffnung trägt die Behörde. Somit empfiehlt sich eine mündliche Eröffnung einer Verfügung kaum und in der Regel werden die Verfügungen mit eingeschriebenem Brief zugestellt.

### III. Arten von Verfügungen

Unterschieden werden Verfügungen nach dem **Inhalt** (rechtsverweigernd; rechtsgestaltend; feststellend), nach **Mitwirkungspflicht** (Beispiele mit Mitwirkungspflicht sind Bewilligungen, Anstellungsverfügungen, Konzessionen), nach **Adressatenkreis** (Einzelverfügung; Allgemeinverfügung) und **Verfahrensstadium** (Zwischenverfügung, Endverfügung) in dem sie erfolgen.

Neu ist **Art. 25a VwVG** womit Realakte überprüft werden können, welche Rechte und Pflichten von Privaten berühren (mittelbare Rechtswirkung). Die Behörde entscheidet durch Verfügung (Abs. 2), welche als anfechtbares Objekt dient.

### IV. Nebenbestimmungen von Verfügungen

Nebenbestimmungen ermöglichen, die durch eine Verfügung begründeten verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte entsprechend den konkreten Umständen auszugestalten. Die Nebenbestimmungen dienen somit der näheren Bestimmung der Hauptpflichten und -Rechte und mit ihnen können gewisse Einschränkungen geltend gemacht werden.

Eine bedeutende Rolle spielen die Nebenbestimmungen bei der Erteilung von Bewilligungen. Die Nebenbestimmungen sind dadurch legitimiert, dass sie entsprechend dem Verhältnismässigkeitprinzip im Vergleich zur Ablehnung einer Bewilligung die mildere Massnahme darstellen. Sie müssen aber zwingend dem Gesetzmässigkeitsprinzip entsprechen.

Nebenbestimmungen sind also unter zwei **Voraussetzungen** zulässig:

- gesetzliche Grundlage
- Wahrung der Verhältnismässigkeit

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 919**: Gesetzlich festgelegt war eine Baulinie als Bauverbot entlang einer Strasse zur Sicherung eines allfälligen zukünftigen Ausbaus einer Strasse. Ein Wohneigentümer erhielt die Baubewilligung für die Erstellung eines Gartensitzplatzes in dieser Baulinie unter der Bedingung, dass er ihn (den Gartensitzplatz) bei einem allfälligen Ausbau der Strasse auf eigene Kosten beseitigen muss. Die gesetzliche Grundlage für diese Nebenbestimmung findet sich im Bauverbot entlang der Baulinie. Die Verhältnismässigkeit ist gewahrt, weil aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen die Baubewilligung auch einfach hätte abgelehnt werden können und die Nebenbestimmung somit eine mildere Massnahme darstellt.

Die Nebenbestimmungen sind in **verschiedenen Arten** möglich:

- als **Befristung**: Unter der Befristung einer Verfügung ist die zeitliche Begrenzung ihrer Geltung oder Rechtswirksamkeit zu verstehen.
- als **Bedingung**: Eine Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Bei der **Suspensivbedingung** tritt die Rechtswirksamkeit der Verfügung erst ein, wenn die Bedingung erfüllt ist. Bei der **Resolutivbedingung** endigt die Rechtswirksamkeit der Verfügung mit Eintritt der Bedingung.
- als **Auflage**: Die Auflage hat im Vergleich zur Bedingung keinen Zusammenhang mit der Rechtswirksamkeit der Verfügung. Es handelt sich hier vielmehr um eine zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen die einer Verfügung angefügt wird. Die Auflage ist - ebenfalls im Gegensatz zur Bedingung - selbstständig erzwingbar.

### V. Allgemeinverfügung

Die Allgemeinverfügung ist eine Verwaltungsmassnahme, die zwar nur eine konkrete Situation ordnet, sich aber an einen grösseren, nicht individuell bestimmten Personenkreis richtet. Typisches Beispiel für eine Allgemeinverfügung sind Verkehrsanordnungen. Bei Allgemeinverfügungen sind offene und geschlossene zu unterscheiden: Bei **offenen** Allgemeinverfügungen kann man die Adressaten nicht zum Voraus bestimmen. Bei den **geschlossenen** Allgemeinverfügungen kennt man eigentlich die Zahl der Adressaten (die Adressaten sind bestimmbar), doch sie ist so gross, dass man ihnen nicht allen eine Verfügung nach Hause schicken kann.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 927**: Der Gemeinderat von Liestal hat Weisungen über das Verhalten an einem Gemeindefest bezüglich dem Abschluss von Knallmunition erlassen. Eine dort wohnhafte Nationalrätin hat diese Weisungen beim Bundesgericht angefochten. Das BGer hat diese Weisung als geschlossene (weil nur diejenigen Personen angesprochen sind, die am Fest teilnehmen) Allgemeinverfügung qualifiziert.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 928**: Aufgrund knapper finanzieller Ressourcen wurde per Verfügung die jährliche Gehaltserhöhung für alle Lehrer sistiert. Auch dabei handelt es sich um eine geschlossene Allgemeinverfügung, weil der Kreis der Adressaten am Tag der Verfügung eindeutig bestimmbar war.

Weil die Allgemeinverfügung eine gewisse Zwitterstellung zwischen Rechtsnorm und Verfügung einnimmt, ist fraglich, wie sie behandelt werden soll. Rechtlich wird die Allgemeinverfügung **wie eine gewöhnliche Verfügung behandelt**. Es gibt jedoch eine **Ausnahme**:

**Die offene Allgemeinverfügung wird wie eine Rechtsnorm behandelt, wenn es um die akzessorische Prüfung geht.** Bei offenen Allgemeinverfügungen ist also eine akzessorische Prüfung möglich. Für Allgemeinverordnungen mit geschlossenem Adressatenkreis hingegen gilt dies nicht.

Beispiel: Wegen Missachtung von Verkehrsordnungen kann man gebüßt werden. Die Verkehrsordnung selbst kann direkt nur von Betroffenen (z.B. Leuten die unmittelbar bei der Verkehrsordnung wohnen) angefochten werden. Auswärtige, die gestützt auf eine Verkehrsordnung eine Busse erhalten, können lediglich die Busse anfechten und dabei akzessorisch die Verkehrsordnung als Grundlage anfechten. Die akzessorische Kontrolle erlaubt also den Einwand, die Busse sei nicht gerechtfertigt, weil die Grundlage (Verkehrsordnung) rechtsmissbräuchlich ist. Dies muss erlaubt sein, weil der gebüßte Auswärtige bei einer allfälligen direkten Anfechtung der Verkehrsordnung als nicht aktivlegitimiert qualifiziert worden wäre.

Die offenen Allgemeinverfügungen werden also bei der akzessorischen Prüfung wie Rechtsnormen behandelt. Hingegen bei geschlossenen Allgemeinverfügungen gibt es keine akzessorische Kontrolle, weil alle betroffenen Personen von der Allgemeinverfügung bei ihrem Erlass Kenntnis gehabt haben sollten (und sie direkt anfechten müssen).

## VI. Der Raumplan

In den Artikeln 6,8 und 9 des Raumplanungsgesetzes (RPG) ist umschrieben, was ein **Richtplan** ist. Richtpläne **richten sich an die Behörden** (keine direkte Anfechtungsmöglichkeit durch Private) und geben ihnen eine gewisse Richtung in der Raumplanung vor. Sie sind lediglich Grundlage für die Nutzungsplanung, deswegen sind sie nicht sehr genau und geben nicht jede einzelne Parzelle wieder.

In den Art. 14 ff. RPG ist der **Nutzungsplan** (Zonenplan) geregelt. Der Zonenplan richtet sich im Vergleich zum Richtplan an die Privaten und wird wie eine **Allgemeinverfügung** behandelt. Es muss also vor seiner Erstellung das **rechtliche Gehör** gewährt werden. Nutzungspläne können von Privaten **konkret überprüft** werden. Durch die Anfechtung des Nutzungsplans kann auch der **Richtplan akzessorisch angefochten werden**, weil der Zonenplan der Anwendungsakt des Richtplans ist.

Die Erteilung oder Verweigerung einer Baubewilligung ist ein Anwendungsakt auf der Grundlage des Zonenplans. Im Rahmen der Prüfung einer Baubewilligung kann der **Zonenplan nicht mehr akzessorisch angefochten werden**, weil der Nutzungsplan in der Regel ja selbstständig angefochten werden kann (oder konnte). Es wird also von den Betroffenen erwartet, dass sie den Nutzungsplan direkt anfechten, wenn sie nicht einverstanden sind. Eine **akzessorische Anfechtung des Zonenplans ist nur ausnahmsweise** erlaubt; und zwar dann, wenn die direkte Anfechtung im möglichen Zeitraum (Beschwerdefrist) durch Beschwerdeführer noch nicht möglich war.

## § 15 Die fehlerhafte Verfügung

### I. Allgemeines

Fehlerhaft ist eine Verfügung, wenn sie **inhaltlich rechtswidrig** ist oder in **Bezug auf ihr Zustandekommen**, d.h. die Zuständigkeit und das Verfahren bei ihrer Entstehung, oder in **Bezug auf ihre Form Rechtsnormen** verletzt.

Verfügungen können **ursprünglich** oder **nachträglich** fehlerhaft sein. Eine ursprüngliche fehlerhafte Verfügung ist bereits bei ihrem Erlass mangelhaft, widerspricht somit schon in diesem Zeitpunkt dem objektiven Recht. Eine nachträgliche Fehlerhaftigkeit tritt regelmässig dann ein, wenn sich die Rechtsgrundlagen oder die Tatsachen nach Erlass der Verfügung ändern.

Die möglichen **Rechtsfolgen** der Fehlerhaftigkeit einer Verfügung sind:

- **Nichtigkeit** der Verfügung;
- **Anfechtbarkeit** der Verfügung;
- **Widerrufbarkeit** der Verfügung;
- Staats- oder Beamtenhaftung

### II. Regelfall der Anfechtbarkeit

In der **Regel** bewirkt die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung **nur die Anfechtbarkeit**. Die Anfechtbarkeit bedeutet, dass die fehlerhafte Verfügung an sich gültig ist, aber von den Betroffenen während einer bestimmten Frist in einem förmlichen Verfahren angefochten werden kann, das zur Aufhebung oder Änderung der Verfügung führen kann.

Die Regel, dass eine Verfügung nur anfechtbar und nicht nichtig ist, ergibt sich vor allem aus dem Bedürfnis nach **Rechtssicherheit**. Wäre jede mangelhafte Verfügung nichtig, so hätte dies eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zur Folge.

### III. Nichtigkeit als Ausnahme

Nichtigkeit bedeutet **absolute Unwirksamkeit** einer Verfügung. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Sie ist von Erlass an (ex tunc) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich. Die Nichtigkeit kann jederzeit von jedermann geltend gemacht werden.

Die Nichtigkeit wird nur in der **Ausnahme** angenommen, weil ansonsten die Rechtssicherheit gefährdet wäre.

Bei der Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die jüngere Rechtsprechung der so genannten **Evidenztheorie**. Im Einzelnen müssen somit folgende **drei Voraussetzungen kumulativ** erfüllt sein, damit die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Verfügung eintritt:

- Die Verfügung muss einen besonders **schweren Mangel** aufweisen.
- Der Mangel muss **offensichtlich** oder zumindest **leicht erkennbar** sein.
- Die Nichtigkeit darf die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden. Es ist eine **Abwägung** zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung erforderlich.

Beispiel BGE 128 IV 184 ff.: Ein Automobilfahrer durchfuhr einen Autobahnabschnitt mit mehreren Tunnels und einer allgemein signalisierten Geschwindigkeitsbegrenzung von 80 kmh mit einer Geschwindigkeit von 148 kmh. Nachdem ihm der Führerschein entzogen wurde, forschte er in den gesetzlichen Grundlagen und fand heraus, dass die Geschwindigkeitsbegrenzung von 80 kmh nur für die Tunnels gelten dürfe und stellte sich auf den Standpunkt, dass die Signalisation (als offene Allgemeinverfügung) nichtig sei. Das Bundesgericht stimmte zu, dass die Signalisation ausserhalb der Tunnelabschnitte rechtswidrig sei. Doch Nichtigkeit der Allgemeinverfügung (Signalisation) könne in diesem Fall nicht vorliegen, weil der Mangel überhaupt nicht leicht erkennbar ist (sondern nur durch Lektüre der Rechtsbestimmungen). Zudem ist das Interesse an der Rechtssicherheit viel höher als das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung, weil es ansonsten zu einem dramatisch gefährlichen Verkehrschaos käme. Der Automobilfahrer kann die Allgemeinverfügung also lediglich anfechten.

### IV. Heilung von fehlerhaften Verfügungen

Unter Umständen (eher ausnahmsweise) können Mängel einer Verfügung in einem nachfolgenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden. Hauptfall in der Praxis ist der Mangel der mangelnden Gewährung des rechtlichen Gehörs. Diese Praxis der Heilung ist jedoch problematisch, weil auf dem Instanzenzug eine Stelle verloren geht. Aus diesem Grund ist die neuere Rechtsprechung zurückhaltender geworden und die Heilung lässt sie nur noch zu, wenn den Betroffenen kein Nachteil erwächst.

## § 16 Änderung von fehlerhaften Verfügungen

Schlussendlich gibt es neben der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit von Verfügungen noch die Möglichkeit, dass die Behörden die Verfügung nachträglich ändern. Diese nachträgliche Änderung bezeichnet man als den sog. **Widerruf**.

### I. Rechtskraft von Verfügungen

Die **formelle Rechtskraft** einer Verfügung bedeutet, dass die Verfügung von den Betroffenen nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann.

Die **materielle Rechtskraft** einer Verfügung bedeutet, dass die Verfügung unabänderlich ist, also auch von Seiten der Verwaltungsbehörden nicht mehr widerrufen werden kann.

### II. Voraussetzungen der Änderung von Verfügungen

**Der Widerruf von Verfügungen kommt nicht mehr in Frage bei materiell rechtskräftigen Verfügungen.** Doch werden die Verfügungen **in der Regel nicht materiell rechtskräftig**. Nach Auffassung des Bundesgerichtes entspricht es "der Eigenart des öffentlichen Rechts und der Natur der öffentlichen Interessen, dass ein Verwaltungsakt, der dem Gesetz nicht oder nicht mehr entspricht, nicht unabänderlich ist".

Ob eine Verfügung materiell rechtskräftig ist, hängt vom Ergebnis einer Interessenabwägung ab: Hauptvoraussetzung für die Änderung von Verfügungen ist das **Überwiegen** des **Interesses an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts (Legalitätsprinzip)** über das **Interesse an der Rechtssicherheit und am Vertrauensschutz**. In bestimmten Fällen nimmt das Gesetz selber diese Interessenabwägung vor. Deswegen muss man zuerst die gesetzlichen Grundlagen prüfen. Ergibt diese Prüfung keine Antwort, muss die erwähnte **Interessenabwägung** vorgenommen werden.

Typische Fälle von grundsätzlich nicht widerrufbaren (und somit materiell rechtskräftigen) Verfügungen, bei denen die Praxis regelmässig<sup>12</sup> annimmt, dass das Interesse an der Rechtssicherheit und am Vertrauensschutz überwiegt, sind:

- Ausdrückliche gesetzliche Regelungen;
- Einräumung eines wohlerworbenen Rechtes;
- Verfügungen, die auf einen eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren beruhen;
- Einräumung einer Befugnis, von der der Berechtigte bereits Gebrauch gemacht hat;
- Privatrechtsgestaltende Verfügungen;
- Verfügungen, über die ein Gericht materiell entschieden hat.

---

## 14. Juni 2006

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1027**: Im konkreten Beispiel geht es um eine **nachträglich fehlerhafte Verfügung**, weil sich in der Zwischenzeit die Rechtslage geändert hat. Die nachträglich fehlerhafte Verfügung kann von Amtes wegen **angepasst (widerrufen)** werden. Das öffentliche Interesse am Landschaftsbild überwiegt gemäss dem BGer dem persönlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Verfügung (aufgrund des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit). Für die Anpassung spricht zudem, dass die Bauherrengemeinschaft noch nicht mit dem Bau begonnen hat, somit die Vertrauensbetätigung noch nicht wirklich vorgenommen (obwohl sie bereits die nötigen Verträge abgeschlossen hat)<sup>13</sup> hat. I.c. verneint das Bundesgericht zudem, dass es sich bei der Baubewilligung um ein wohlerworbenes Recht der Bauherrengemeinschaft handelt oder die Verfügung in einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren ergangen wäre (was für eine materiell rechtskräftige Verfügung sprechen würde).

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1031**: Im konkreten Beispiel geht es um eine **ursprünglich fehlerhafte Verfügung**, weil die Verfügung von Anfang an der Rechtslage widersprochen hat (da die Rückfalklausel nicht beachtet wurde). Die ursprünglich fehlerhafte Verfügung ist für den Chauffeur günstiger als die neue, deswegen kann die Behörde von Amtes wegen die Verfügung **zurücknehmen (widerrufen)**. Für die Entscheidung, ob dies geschehen soll ist wiederum eine Interessenabwägung erforderlich: Für die Rücknahme spricht das Interesse an der Verkehrssicherheit und dass die Korrektur der fehlerhaften Verfügung relativ rasch erfolgt ist. Gegen die Rücknahme spricht nach Meinung des Bundesgerichtes die Beeinträchtigung der Berufstätigkeit (als Berufschaffeur).<sup>14</sup>

### III. Arten der Änderung von Verfügungen

Verfügungen können von Amtes wegen oder auf Gesuch geändert werden. Die Änderung kann Verfügungen verschiedenster Art (ursprünglich fehlerhafte oder ursprünglich fehlerfreie, begünstigende oder belastende) betreffen. Die Gesuche von Privaten lassen sich unterteilen in das Wiedererwägungsgesuch und das Revisionsgesuch:<sup>15</sup>

Das **Wiedererwägungsgesuch** ist eine ledigliche Bitte, die Verfügung zu überprüfen und zu ändern. Es handelt sich dabei nicht um ein Rechtsmittel sondern **lediglich um einen formlosen Rechtsbehelf**. Es besteht keinen Anspruch darauf, dass die Behörde die Verfügung überprüft. Die Behörden sind nicht verpflichtet, das Verfahren einzuleiten; auf ein Wiedererwägungsgesuch muss grundsätzlich nicht eingetreten werden. Die Behörde kann es kommentarlos ignorieren.

---

<sup>12</sup> was aber nicht heissen muss, dass es Fälle gibt, in denen anders entschieden wurde.

<sup>13</sup> Somit ist dieses Argument mindestens fragwürdig.

<sup>14</sup> Dieses Argument kann aber gerade auch für die Gegenseite verwendet werden: Ein Berufschaffeur sollte die Konsequenzen von Alkohol im Verkehr umso besser kennen.

<sup>15</sup> Ferner ist noch das Berichtigungsgesuch bei Kanzleifehlern hinzuzufügen.

Von Bundesverfassung wegen (Art. 29 BV) gibt es jedoch zwei Tatbestände, bei denen ein **ausnahmsweise einen Anspruch darauf besteht, dass die Behörde einen Wiedererwägungsentscheid behandelt**, obwohl es sich dabei eigentlich nicht um ein Rechtsmittel handelt:

- wenn sich die Umstände seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder
- wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend machen für ihn unmöglich war oder keine Veranlassung bestand.

Dem Wiederwägungsversuch steht das **Revisionsgesuch** gegenüber. Das Revisionsgesuch ist nur möglich, wenn die Verfügung einen besonders qualifizierten Fehler aufweist, welcher das Gesetz ausdrücklich (Als **Revisionsgrund**) bezeichnet. Das Revisionsgesuch gibt im Vergleich zum Wiedererwägungsgesuch einen **Anspruch auf Behandlung**. Es handelt sich um ein **ausserordentliches Rechtsmittel**, dass auch nach Eintreten der formellen Rechtskraft geltend gemacht werden kann. Auf Bundesebene werden in Art. 66 VwVG werden Revisionsgründe aufgezählt.

Die **Überprüfung** eines Gesuches (Wiedererwägungsgesuch oder Revisionsgesuch) erfolgt immer in zwei Etappen. In einem **ersten Schritt** wird geprüft ob tatsächlich Gründe für ein Rückkommen auf eine Verfügung bestehen. Im **zweiten Schritt** wird geprüft, ob diese Gründe eine nachträgliche Änderung der Verfügung rechtfertigen (oder ob die Verfügung trotz des Fehler richtig ist; sich der Fehler also nicht auf das Ergebnis des Verfügung eingewirkt hat).

#### IV. Zeitpunkt der Wirkungen der Änderungen von Verfügungen

Ist die Verfügung **ursprünglich** fehlerhaft, so wird die Änderung normalerweise auch ex tunc wirksam. Bei **nachträglich** eingetretenen Fehlern wirkt die Änderung demgegenüber in der Regel ex nunc.

## § 17 Begriff, Zulässigkeit und Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrages

### I. Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Verwaltungsrechtliche Verträge können zwischen Privaten und Behörden abgeschlossen werden, dann werden sie (irreführend<sup>6)</sup> **subordinationsrechtliche Verträge** genannt. Schliessen zwei oder mehrere Gemeinwesen einen Vertrag ab, so spricht man von **koordinationsrechtlichen Verträgen**. In der Folge sprechen wir nur noch von den sog. subordinationsrechtlichen Verträgen:

### II. Arten und Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen

Die Besprechung der Arten und Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen erfolgt anhand des Beispiels **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1120** (Rechtsgrundlage in den Materialien): Ein Bauherr weigerte sich eine Entschädigung für den Anschluss seiner geplanten Baute an das Kanalisationsnetz bezahlen. In der Folge verhandelten und einigten sich die Parteien in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag auf die Hälfte des Anschlussbeitrages (14 000.- Franken). Trotzdem verweigerte der Bauherr die Zahlung, weil seiner Ansicht nach erstens die Voraussetzung für die Erhebung einer Gebühr nach dem Gesetz nicht erfüllt sei und zweitens er unter Drohung (also unter einem Willensmangel) gestanden hat, weil er Angst gehabt habe, dass die Kanalisation nicht erstellt wird (und er somit die geplante Baute nicht erstellen konnte).

**Vorfrage:** Handelt es sich im vorliegenden Fall um einen **Vertrag** oder allenfalls lediglich um eine **mitwirkungsbedürftige Verfügung**? Bei einem Vertrag wollen sich beide Parteien auf bestimmte Zeit binden und können entscheidend auf die Bedingungen des gegenseitigen Verhältnisses einwirken. Weil der Bauherr interessiert ist, an einer Bindungswirkung (von der er sich den Bau der Kanalisation an sein geplantes Gebäude erhofft) und an den Bedingungen mitwirken (Verhandlungen über die Anschlussgebühr) konnte, ist der Typus des Vertrages eindeutig vorhanden.

Folgendes Schemata ist bei einer Abhandlung der Zulässigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages hilfreich:

1. **Zulässigkeit** des Vertrages?
2. **Rechtsnatur** des Vertrages?
3. **Rechtmässigkeit** des Vertrages?

---

<sup>16</sup> Weil es sich bei einem Vertrag eigentlich gerade um ein koordinationsrechtliches Verhältnis handelt.

#### 4. Rechtsfolgen des (fehlerhaften) Vertrages?

Die **Zulässigkeit** des Vertrages ist vorhanden, wenn das Gesetz die **Möglichkeit des Vertrages ausdrücklich vorsieht oder dafür Raum lässt**. Zusätzlich muss als **kumulative Voraussetzung, ein Bedürfnis der Gesetzeskonkretisierung durch Vertrag** vorhanden sein. Der Vertrag muss für die Regelung eines Rechtsverhältnisses geeigneter erscheinen als eine Verfügung (z.B. aufgrund der Absicht der Parteien sich gegenseitig und auf Dauer zu binden oder wenn durch Vertrag ein Privater verpflichtet werden kann, wie dies durch Verfügung nicht möglich wäre) Dies ist natürlich eine auslegungsbedürftige Voraussetzung. Es darf mit anderen Worten keine abschliessende Regelung vorhanden sein, die den Vertragsschluss unmöglich macht oder das Bedürfnis nach der Regelung des Sachverhaltes durch eine Verfügung bestehen (z.B. aufgrund der rechtsgleichen Behandlung<sup>17</sup>).

I.c. räumt Art. 41 des Kanalisationsreglementes der Gemeinde Birnsdorf ein grosses Ermessen ein. Somit lässt er Raum für Verträge. Zudem bestehen Motive für die Wahl der Vertragsform: Das gegenseitige Interesse sich langfristig zu binden und der Klärung einer rechtlichen Unsicherheit durch den Abschluss eines Vergleichsvertrages.

Für die Bestimmung der **Rechtsnatur** des Vertrages wird auf den **Inhalt des Vertrages** abgestellt. Liegt ein öffentliches Interesse am Vertrag vor, so kann man von einem verwaltungsrechtlicher Vertrag sprechen. Wenn lediglich private Interessen für den Vertrag sprechen, ist dagegen ein privatrechtlicher Vertrag vorliegend.

I.c. handelt es sich bei der Erschliessung von Grundstücken um eine öffentliche Aufgabe. Somit findet sich als Inhalt des Vertrages mindestens ein öffentliches Interesse. Deswegen kann man vorliegend von einem verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnis sprechen.

**Rechtmässig** ist ein Vertrag wenn er nicht fehlerhaft ist. **Fehlerhaftigkeit** - und somit Unrechtmässigkeit - eines Vertrages kann sich aufgrund verschiedener Gründe ergeben. Als ursprüngliche Fehler sind denkbar:

- Bewusstes Zusammenwirken (von Behörden und Privaten) zwecks Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolgs.
- Unzulässigkeit der Regelung durch Vertrag (weil die Verfügung geeigneter erscheint)
- formelle Fehler (Unzuständigkeit, Formfehler)
- materielle Fehler (Verstoss gegen zwingendes Recht, Willensmängel)

I.c. macht der Bauherr einen Verstoss gegen zwingendes Recht geltend, weil sein Mehrfamilienhaus nicht "weit ausserhalb" des Baugebietes liege und somit keine Anschlussgebühr für die Kanalisation fällig ist. I.c. bestehen also verkehrte Fronten, weil sich normalerweise der Private auf den Vertrauensschutz beruft. I.c. stellt sich die Frage, ob sich auch (wie die Privaten) die Gemeinde sich auf den Vertrauensschutz berufen kann? Das BGer hat in diesem Fall bestimmt, dass der Vertrauensschutz nur für die Privaten gilt, jedoch der Schutz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 BV (Verbot widersprüchlichen Verhaltens) auch auf Private anwendbar ist. Der Bauherr muss sich zwar nicht den Vertrauensschutz entgegenhalten lassen, jedoch handelt er widersprüchlich (in dem er plötzlich einen selbst abgeschlossenen Vertrag als gesetzeswidrig auslegt).

Zweites macht der Bauherr i.c. den Willensmangel der Drohung geltend, weil ihm Angst gemacht wurde, dass der Anschluss nicht erstellt würde, sollte er keine Gebühren bezahlen. Dabei handelt es sich aber nicht um eine unzulässige Drohung, weil die Zahlung von Abgaben ja tatsächlich aufgrund des Gesetzes gefordert werden darf, damit die Kanalisation erstellt wird.

**Rechtsfolgen** des fehlerhaften Vertrages: Verträge können bei einem Verstoss gegen das zwingende Recht nur dann für ungültig erklärt werden, wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dem Interesse am Vertrauensschutz überwiegt. Was bei verwaltungsrechtlichen Verträgen nur ausnahmsweise der Fall ist, weil das Interesse am Vertrauensschutz als hoch zu bewerten ist, weil man gerade aufgrund des Bestandesschutzes (und Vertrauensschutzes) einen Vertrag abgeschlossen hatte.

I.c. ist fraglich, ob überhaupt ein fehlerhafter Vertrag vorliegt (verstösst der Vertrag gegen Art. 41 der Gemeindeverordnung?). Sollte diesbezüglich tatsächlich ein fehlerhafter Vertrag vorliegen, so wird das Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages sicherlich dem Interesse der richtigen Rechtsanwendung überwiegen. Das Gericht wird den Vertrag nicht umstürzen.

---

21. Juni 2006

---

<sup>17</sup> Gerade hinsichtlich dieses Argumentes lehnte die frühere Lehre verwaltungsrechtliche Verträge grundsätzlich ab.

### III. Entstehung und Auslegung von verwaltungsrechtlichen Verträgen

Verwaltungsrechtliche Verträge *entstehen* durch **übereinstimmende Willenserklärung der Parteien**, wobei die Vorschriften des OR analog Anwendung finden.

Verwaltungsrechtliche Verträge sind wie privatrechtliche grundsätzlich nach dem **Vertrauensprinzip** auszulegen. Bei der Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist aber besonders zu beachten, dass die Verwaltungsbehörde beim Abschluss von Verträgen dem **öffentlichen Interesse** Rechnung zu tragen hat. In Zweifelsfällen ist zu **vermuten**, dass sie keinen Vertrag abschliessen wollte, der mit den öffentlichen Interessen im Widerspruch steht, und dass sich der Vertragspartner darüber Rechenschaft gab.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1107**: In diesem Beispiel stellte sich die Auslegungsfrage, ob der Vertrag meint, dass sich die Gemeinde zur Einzonung für immer und ewig verpflichtet oder nicht? Hier argumentiert das Bundesgericht mit der **Vermutung zugunsten des öffentlichen Interesses**. Das öffentliche Interesse spricht dafür, dass die Gemeinde die Raumplanung immer wieder neu überprüfen können um sie den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen. Wenn der Eigentümer 14 Jahre auf den Bau eines Gebäudes verzichtet hat, spricht nichts dagegen, dass die Gemeinde das Grundstück wieder umzont.

### IV. Der fehlerhafte verwaltungsrechtliche Vertrag

Verwaltungsrechtliche Verträge können Mängel unterschiedlicher Art aufweisen. Die Rechtsfolgen bestimmen sich je nach der Art dieser Mängel. In erster Linie ist - ähnlich wie bei Verfügungen - zu unterscheiden zwischen Verträgen, die bereits bei ihrem Abschluss mangelhaft sind, und solchen, die erst später in Widerspruch zum geltenden Recht geraten, weil das Recht oder die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben:

- **ursprünglich fehlerhafte Verträge** können anfechtbar, widerrufbar oder nichtig sein.
- **nachträglich fehlerhafte Verträge** können nur ausnahmsweise, unter ganz besonderen Voraussetzungen gegen den Willen einer Vertragspartei geändert werden, weil es gerade Zweck einer vertraglichen Vereinbarung ist, sich gegenseitig auf Dauer zu binden und den einseitigen Verzicht auf die Erfüllung der vertraglichen Pflichten auszuschliessen.
  - Die Anpassung an **veränderte Verhältnisse** kann nach den Regeln der **clausula rebus sic stantibus** im vorgenommen werden, wenn das Beharren auf der vereinbarten Forderung geradezu eine Ausbeutung des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und damit einen Rechtsmissbrauch darstellen würde.
  - Durch verwaltungsrechtliche Verträge können wohlerworbene Rechte begründet werden. Sie können bei einer **Änderung von Rechtsnormen**, die zur nachträglichen Rechtswidrigkeit eines Vertrages führt, nicht ohne weiteres angepasst, sondern nur auf dem Weg der **Enteignung** entzogen werden.

### V. Beendigung des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts enden verwaltungsrechtliche Verträge ordentlicherweise durch **Erfüllung**, durch Ablauf einer vereinbarten oder gesetzlich vorgesehenen Dauer (**Befristung**) oder infolge eines anderen Grundes, der zum Erlöschen eines Vertrags führt. Darüber hinaus kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vorsehen, dass die Parteien das Recht haben, das Vertragsverhältnis durch **Kündigung** aufzulösen.

## § 18 Begriff und Arten von verwaltungsrechtlichen Sanktionen

### I. Allgemeines

Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind die Mittel, mit welchen die **Erfüllung von verwaltungsrechtlichen Pflichten** erzwungen wird. Sie sind von den Strafen im Rechtssinne (im Strafrecht) zu unterscheiden, mit denen die Verletzung von Rechtsgütern Dritter (z.B. Leib und Leben oder Vermögen) bestraft wird.

Es wird unterschieden zwischen:

- **exekutorischen** Sanktionen: Sie bezwecken **unmittelbar** die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten.
- **repressiven** Sanktionen: Sie sollen nicht den rechtmässigen Zustand wiederherstellen, sondern - im Anschluss auf die Pflichtverletzung - verhindern, dass künftig wieder ein rechtswidriger Zustand eintritt. Verwaltungsrechtliche Pflichten werden damit nicht direkt durchgesetzt, sondern nur in **mittelbarer** Weise erzwungen. Mit repressiven Sanktionen wird Druck auf die Pflichtigen ausgeübt, um sie zu veranlassen, ihre verwaltungsrechtlichen Pflichten zu erfüllen. Sie haben dadurch Präventivfunktion und nähern sich insofern den Strafen im Rechtssinne (Strafrecht) an.

Eine Sonderstellung nehmen die **administrativen Rechtsnachteile** ein, welche Häfelin/Müller in die repressiven Sanktionen eingeteilt haben, jedoch auch exekutorischen Charakter aufweisen.

Verwaltungsrechtliche Sanktionen lassen sich auch unterscheiden nach der **Art, wie die Pflichten begründet werden**. Gewisse verwaltungsrechtliche Sanktionen können dazu dienen, eine **unmittelbare durch Rechtssatz begründete Pflicht** (z.B. Verwaltungsstrafe, disziplinarische Massnahme) durchzusetzen. Andere Sanktionen bezwecken dagegen, die Erfüllung einer Pflicht zu erzwingen, die durch die Konkretisierung des Rechtssatzes mittels **Verfügung** entstanden ist (z.B. Bestrafung wegen Ungehorsams, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang).

Bei der Durchsetzung von Sanktionen besteht eine bestimmte **Abfolge**, die durch die Behörden eingehalten werden muss:

1. Verletzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht;
2. Anordnung einer Sanktion (Verfügung; kann bei Dringlichkeit ausgelassen werden) um den rechtmässigen Zustand...
  - zu wahren (z.B. Abbruchverbot für Denkmal);
  - herzustellen (z.B. Abbruchbefehl für widerrechtliche Bauten).
3. Verwaltungszwang (Realakt; Vollstreckung der Pflicht oder Sanktion);
4. (Verfügung über die Kosten der Vollstreckung).

Die **Voraussetzungen der Zulässigkeit** von verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind (allgemein):

- Die sanktionierende Behörde muss für die Sanktion **zuständig** sein: z.B. das richtige Gericht, die richtigen Behörden.
- Die strafrechtliche Sanktion muss eine **gesetzliche Grundlage** aufweisen: Bei den exekutorischen Massnahmen tritt jedoch die verwaltungsrechtliche Pflicht an die Stelle der gesetzlichen Grundlage für den Erlass einer Sanktion. Anders verhält es sich, wenn die Sanktion eine neue Verpflichtung begründet, die dem Pflichtigen mehr oder anderes gebietet als die zu vollstreckende Norm oder Verfügung. In diesen Fällen, d.h. namentlich bei repressiven Sanktionen, bedarf die Sanktion einer speziellen gesetzlichen Grundlage
- Die strafrechtliche Sanktion muss **verhältnismässig** sein: Eignung, Notwendigkeit und die Zweck-Mittel-Relation müssen gegeben sein. Bei gewissen Sanktionen ergibt sich die Verhältnismässigkeit jedoch relativ automatisch und unproblematisch (z.B. bei der antizipierte Ersatzvornahme oder bei der Schuldbetreibung)

zwei weitere besondere Voraussetzungen müssen nur bei gewissen Sanktionen vorhanden sein:

- **Vollstreckbarkeit** der Verfügung: Eine Sanktion zur Durchsetzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht, die durch eine Verfügung begründet worden ist, kann grundsätzlich erst angeordnet werden, wenn diese Verfügung vollstreckbar ist (d.h. die formelle Rechtskraft eingetreten ist). Diese Voraussetzung ist immer dann zu prüfen, wenn sich die verwaltungsrechtliche Pflicht auf eine Verfügung stützt.
- **Androhung** der Sanktion: In der Regel muss eine Sanktion angedroht werden. Es muss den Privaten die Möglichkeit gegeben werden, verwaltungsrechtliche Pflichten durch selbstständige Initiative einzuhalten. In vielen Fällen entspricht eine Androhung nicht dem Zweck der Sanktion und ist deshalb nicht Voraussetzung: Bei Vereitelungsgefahr der Sanktion des unmittelbaren Zwangs (z.B. bei Verhaftung), disziplinarischen Massnahmen, Ordnungsbussen und bei antizipierte Ersatzvornahme.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1149**: Im Visier der Überprüfung der verwaltungsrechtlichen Sanktion der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Ersatzvornahme) stand die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit der Sanktion. Der Moorschutz wird vom BGE als sehr wichtiges öffentliches Interesse eingeordnet. Zudem sei die Abweichung vom Erlaubten nicht etwa gering, sondern gross, weil der Neubau die alte Struktur baulich sichtbar verändert habe. Schlussendlich sei das öffentliche Interesse an der konsequenten Durchsetzung der raumplanerischen, baupolizeilichen und Naturschutz-Vorschriften in sehr wichtig, weil ansonsten das Vertrauen in die Durchsetzungsfähigkeit des Staates abzugehen drohe. Die Zweck-Mittel-Relation der entgegenstehenden Interessen spricht also eindeutig für die Aufrechterhaltung der Sanktion. Der Bauherr muss den rechtmässigen Zustand wiederherstellen.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1170**: Der Einsatz der Schusswaffe als strafrechtliche Sanktion erfüllt in diesem Beispiel die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit keinesfalls: Der Polizist möchte mit dem Einsatz der Schusswaffe das Anhalten des Autos der Wilderer und deren Identifikation erreichen. Diese Sanktion ist klarerweise unverhältnismässig; die Identifikation der Wilderer hätte auch über das Nummernschild des Autos erfolgen (mildere Massnahme) können und daher war der Einsatz der Schusswaffe nicht erforderlich.

## II. Exekutorische Sanktionen

- **Schuldbetreibung für öffentlich-rechtliche Geldforderungen**

Öffentlich-rechtliche Geldforderungen dürfen grundsätzlich nur auf dem Weg der Schuldbetreibung durchgesetzt werden. Das Eintreiben solcher Forderungen mittels Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwanges ist unzulässig.

- **Ersatzvornahme**

Ersatzvornahme bedeutet, dass die Verwaltungsbehörden vertretbare Handlungen, die von Verpflichteten nicht vorgenommen werden, durch eine amtliche Stelle oder durch einen Dritten auf Kosten der Pflichtigen verrichten lassen (z.B. Das Gemeinwesen beauftragt einen Unternehmer, eine nicht bewilligte, baurechtswidrige Baute abzureissen). Die Ersatzvornahme braucht keine gesetzliche Grundlage (weil die verwaltungsrechtliche Pflicht an ihre Stelle tritt) und muss angedroht werden.

- **Antizipierte Ersatzvornahme**

Eine antizipierte Ersatzvornahme liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde einen polizeiwidrigen Zustand selbst beseitigt, weil der Störer, der ihn verursacht hat, dazu faktisch gar nicht in der Lage ist. In diesen Fällen besteht keine Pflicht des Störers, für die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes zu sorgen, sondern nur die Pflicht zur Bezahlung der Kosten. Eine Verfügung, welche den Störer zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtet, ist also nicht erforderlich. Es braucht auch keine Androhung der Ersatzvornahme.

- **Unmittelbarer Zwang**

Als unmittelbaren Zwang bezeichnet man die direkte Einwirkung gegen Personen oder Sachen, um eine gesetzliche Pflicht oder eine Verfügung durchzusetzen (wie z.B. die Schliessung eines nicht bewilligten Betriebes, die Ausschaffung von Ausländern oder die Festnahme von Betrunknen, die die öffentliche Ordnung stören). Besonderes Augenmerk kommt bei dieser verwaltungsrechtlichen Sanktion die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit zu. Zudem ist umstritten, ob es bei dieser exekutorischen Massnahmen trotz verwaltungsrechtlicher Pflicht eine spezielle gesetzliche Grundlage braucht.

## III. Repressive Sanktionen

- **Verwaltungssanktionen**

Die Verwaltungssanktionen dienen primär der Sanktionierung von Verstössen gegen das Verwaltungsrecht und bezwecken damit dessen Durchsetzung, während das Strafgesetzbuch andere Rechtsgüter schützt. Nach Art. 335 Ziff. 1 StGB sind die Kantone befugt, die Übertretung kantonaler Verwaltungsvorschriften mit Strafe zu bedrohen. Für die Verhängung von Verwaltungsstrafen ist grundsätzlich eine ausdrückliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne erforderlich. Bussen finden dagegen bereits in einer Verordnung eine genügende gesetzliche Grundlage. Zudem setzen Verwaltungsstrafen im Allgemeinen im Gegensatz zu exekutorischen Massnahmen ein Verschulden voraus.

- **Bestrafung wegen Ungehorsams**

Die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen ist eine repressive Sanktion ("Beugestrafe"), die den Adressaten veranlassen soll, seine Pflichten zu erfüllen. Sie ist in Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) geregelt. Art. 292 StGB gilt nur subsidiär, wenn nicht ein anders Gesetz eine besondere Ungehorsamkeitsstrafe vorsieht. Damit sie zur Geltung kommt, muss Art. 292 StGB in der Verfügung ausdrücklich zitiert sein.

- **Disziplinarische Massnahmen**

Disziplinarische Massnahmen sind Sanktionen gegenüber Personen, die in einem Sonderstatusverhältnis (z.B. Beamte, Schüler, Strafgefangene) oder unter einer besonderen Aufsicht des Staates (z.B. Rechtsanwälte, Medizinalpersonen) stehen. Disziplinarische Massnahmen sind administrative Sanktionen und damit grundsätzlich keine Strafen im Rechtssinne. Je nach Art oder Schwere der angedrohten Sanktion ist sie allerdings als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu qualifizieren, sodass die Verfahrensgarantien dieser Bestimmung anwendbar sind (Beurteilung durch unabhängige Instanz, Anspruch auf öffentliches Verfahren)

- **Administrative Rechtsnachteile**

Gelangen Private durch die Missachtung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu unrechtmässigen Vorteilen, können die betreffenden Vermögenswerte und Gegenstände (z.B. der Gewinn, der durch die Vermietung von Wohnungen erzielt wurde, die in Abweichung von bewilligten, baurechtskonformen Plänen erstellt wurden) eingezogen werden. Umgekehrt ist natürlich auch die Verweigerung von Verwaltungsleistungen denkbar. Doch diese Verweigerung ist problematisch und darf nur in Ausnahmefällen davon abhängig gemacht werden, ob die Privaten ihre Pflichten gegenüber dem Staat erfüllt haben (so darf z.B. nicht das Wasser abgedreht werden, wenn die Gebühren nicht bezahlt wurden. Es bleibt nur der Weg über die Betreibung).

# § 19 Grundsätze der Verwaltungsorganisation und der Verwaltungsführung

## I. Die demokratische Ausgestaltung der Verwaltung

Bei der Ausgestaltung der Verwaltung ist anzustreben, dass die Betroffenen bei der Verwaltungstätigkeit **mitwirken** können. Dadurch soll die **Akzeptanz der Handlungen der Verwaltungsbehörden erhöht** werden (Stichwort "Bürgernähe"). Dieses Prinzip der Ausgestaltung der Verwaltung ist am weitesten verwirklicht auf Gemeindeebene (z.B. Mitwirkungsrechte durch Gemeindeversammlung, Finanzreferendum, Volkswahl der Mitglieder der Regierung).

## II. Hierarchie der Verwaltungsbehörden

Die hierarchische Organisationsform bedeutet, dass jede Verwaltungsbehörde (mit Ausnahme der obersten) einer oder mehreren anderen untergeordnet ist und dass ihr selbst wiederum andere Behörden untergeordnet sein können; d.h. zwischen den einzelnen Behörden besteht ein **Über- bzw. Unterordnungsverhältnis**. Die Verwaltungsorganisation ist somit stufenförmig aufgebaut und mit einer Pyramide vergleichbar, an deren Spitze die Regierung steht.

Auf Bundesebene ist die Hierarchie der Verwaltungsbehörden im **RVOG** geregelt.

Die Hierarchie der Verwaltungsbehörden dient verschiedenen **Zwecken**:

- Verbesserung der Leistungsfähigkeit der Verwaltungsbehörden durch klare Regelung der Zuständigkeiten.
- Koordination der verschiedenartigen Verwaltungstätigkeiten
- Zuordnung der Verantwortung
- Erleichterung der Kontrolle der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit durch Parlament

## III. Zentralisation und Dezentralisation der Verwaltungsbehörden

**Zentralisierte Verwaltungsorganisation** liegt vor, wenn in einem bestimmten Sachbereich die massgebliche Verwaltungstätigkeit für das ganze Staatsgebiet im Hauptort, von der Zentralverwaltung, ausgeübt wird. Durch die zentralisierte Verwaltungsorganisation könnten die Vorteile der administrativen Straffung und hierarchischen Führung vollständig ausgenutzt werden.

**Sachliche Dezentralisation** (Dekonzentration) bedeutet, dass die Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben einem besonderen Verwaltungsorgan ausserhalb der Zentralverwaltung übertragen wird, das über eine gewisse Selbstständigkeit (Autonomie) verfügt. Beispiele dafür sind z.B. die Post, Universität Luzern. Dabei geht es darum, dass eine Spezialaufgabe besonders effizient und wirkungsvoll erfüllt werden soll.

Bei der **örtlichen Dezentralisation** wird das Staatsgebiet in Verwaltungsbezirke aufgeteilt, die bestimmte Aufgaben zu erledigen haben. Einer örtlich dezentralisierten Stelle kann ebenfalls eine gewisse Autonomie zuerkannt werden (dies muss aber nicht unbedingt der Fall sein; administrative örtliche Dezentralisation). Beispiele dafür sind die Gemeinden. Mit dieser Organisationsform ist die Idee verknüpft, dass die Verwaltungstätigkeit möglichst gut auf die örtlichen Gegebenheiten angepasst wird.

Oftmals wird die sachliche Dezentralisation mit der örtlichen verknüpft.

## IV. Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden und betroffenen Privaten

Schlussendlich kann die Verwaltungstätigkeit sogar Privaten übertragen (**Out-Sourcing**). Dabei stehen Effizienzüberlegungen im Mittelpunkt. Grundsätzlich vorausgesetzt dafür ist jedoch eine gesetzliche Grundlage, welche die Delegation der Arbeit an die Privaten erlaubt. Die mit der Verwaltungstätigkeit beauftragten Privaten sind ihrerseits bei der Erfüllung ihrer verwaltungsrechtlicher Aufgaben ebenfalls an das Gesetz (insbesondere an die Grundrechte) gebunden.

## V. Amtshilfe

Bei der Amtshilfe geht es um den **Austausch von Informationen** zwischen verschiedenen Verwaltungsbehörden. Der Informationsaustausch zwischen den Verwaltungsbehörden unterliegt zwei Schranken, nämlich:

- dem **Datenschutzgesetz** und
- dem **Amtsgeheimnis**

## VI. Wirkungsorientierte Verwaltungsführung (New Public Management)

Die Kernüberlegung des Denkmodells des New Public Managements ist einfach und einleuchtend: Die Verwaltungstätigkeit soll sich viel mehr an der **Wirkung** (am Output) statt am Input orientieren.<sup>18</sup> Wenn dieser Grundgedanke verwirklicht werden soll, sind folgende Anpassungen des Rechtssystems notwendig:

- Das Gesetz soll weniger Regelungen enthalten (Rahmengesetze). Dichte und Bestimmtheit von Rechtsnormen sind abzubauen. Damit kann die Rechtsordnung schneller veränderten Verhältnissen angepasst werden; überdies können bei den Entscheidungen im Einzelfall bedürfnisgerechte, eben wirkungsorientierte Lösungen getroffen werden.
- Auf allen Stufen der Rechtssetzung ist mehr mit finalen Regelungen zu arbeiten, die bloss Ziele angeben oder den Verwaltungseinheiten Leistungsaufträge erteilen, weniger mit konditionalen Regelungen nach dem “wenn-dann-Schema”.
- An die Stelle von Ausgabenbewilligungen, die für einen bestimmten Zweck oder eine bestimmte Zeit einen bestimmten Kreditbetrag festsetzen, treten Globalkredite, welche die betreffende Verwaltungseinheit bezüglich der Verwendung der bewilligten Mittel wesentliche weniger einschränken.
- Im Organisationsrecht muss die Eigenständigkeit der Verwaltungseinheiten vergrössert werden, damit sie flexibler handeln und entscheiden können. Das bedeutet eine gewisse Reduktion von Kompetenzen des Parlamentes und der Regierung.

Die Forderungen dieser Form der Verwaltungsführung birgt aber einige Probleme in sich: New Public Management darf nicht dazu führen, dass **Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gefährdet werden**, weil nicht mehr voraussehbar ist, wie die “entfesselten” Verwaltungsbehörden entscheiden werden, und weil ihnen die für die Beurteilung aller gleichen Fälle in gleicher Weise gültigen Massstäbe fehlen. Das Postulat der Effektivität und Effizienz des Staatshandelns vermag das Legalitätsprinzip zwar zu relativieren, darf es aber nicht aushöhlen.

Die Vergrösserung der Autonomie von Verwaltungseinheiten im Rahmen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung erschwert die Geltendmachung der **Verantwortlichkeit**. Es müssen neue Instrumente gefunden werden um Missbräuch zu verhindern: Die Theorie der wirkungsorientierten Verwaltungsführung bietet als derartige Ausgleichsinstrumente den Leistungsauftrag, die Leistungsvereinbarung und ein besonderes Berichtswesen (Controlling) an.

## § 20 Formen der dezentralisierten Verwaltungsorganisation

### I. die Zentralverwaltung

Im Bund ist gemäss Art. 174 BV der Bundesrat die oberste vollziehende und leitende Behörde. Der Bundesrat ist eine Kollegialbehörde, die sich aus sieben gleichberechtigten Mitglieder zusammensetzt. Das Kollegialsystem wird ergänzt durch das Departementensystem. Jedes Mitglied des Bundesrates steht an der Spitze eines Departementes. Die Bundesverwaltung ist somit aufgegliedert in sieben Departemente, die ihrerseits in weitere Verwaltungseinheiten (Ämter, allenfalls Gruppen von Ämtern) unterteilt sind. Hinzu kommt die Bundeskanzlei, welche die allgemeine Staatsstelle des Bundesrates ist (Art. 179 BV). Der Aufbau der Bundeszentralverwaltung ist also streng hierarchisch.

### II. Öffentlich-rechtliche Körperschaften

**Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbstständig öffentliche Aufgaben erfüllen.**

Ihre **Merkmale** sind:

- Kennzeichnend für die öffentlich-rechtliche Körperschaft ist, dass sie aus **Mitgliedern** besteht, die bei der Erfüllung der wahrzunehmenden Aufgaben mitwirken.
- Die öffentlich-rechtliche Körperschaft ist eine **juristische Person** im Sinne von Art. 52 Abs. 2 ZGB. Als solche ist sie selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten. Im Besonderen ist die vermögensfähig und kann für ihre Verpflichtungen haftbar gemacht werden.
- Sie beruht auf **öffentlich-rechtlicher Grundlage**.
- Die öffentlich-rechtliche Körperschaft übt sowohl hoheitliche wie auch nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeiten aus. Ihre Anordnung können die Rechtsnatur von Verfügungen haben. Zum Teil handeln die Körperschaften auch in den Formen des Privatrechts.

---

<sup>18</sup> Also an “Produkten” und “Kundenbedürfnissen”, statt an Normen, Kredite (Budgets) und Plänen (Stellenpläne).

- Der Zusammenschluss zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erfolgt zur Wahrnehmung von **Verwaltungsaufgaben**. In vielen Fällen handelt es sich um wirtschaftliche Aufgaben.
- Der Körperschaft kommt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben eine gewisse Unabhängigkeit gegenüber der Zentralverwaltung zu. Sie verfügt in ihrem Aufgabenbereich über **Autonomie**, deren Ausmass allerdings sehr unterschiedlich ist.

Es sind folgende **Arten** von öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu unterscheiden:

- Bei den **Gebietskörperschaften** ist für die Mitgliedschaft massgeblich, dass die zugehörigen Personen ihren Wohnsitz innerhalb eines bestimmten Territoriums haben. (z.B. die politischen Gemeinden)
- Bei den **Personalkörperschaften** knüpft die Mitgliedschaft an bestimmte persönliche Eigenschaften, vor allem an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe, an. (z.B. die öffentlich-rechtlich organisierten Studentenschaften)
- Die Mitgliedschaft bei **Realkörperschaften** ergibt sich aus dem Eigentum an bestimmten Sachen, namentlich Grundstücken. (z.B. Meliorationsgenossenschaften, Alpcorporationen)

Die **Errichtung und Organisation** der öffentlich-rechtlichen Körperschaften wird durch das öffentliche Recht geregelt. Lediglich dort, wo besondere öffentlich-rechtliche Regeln fehlen, gelangt das Privatrecht als subsidiäres öffentliches Recht zur Anwendung.

Der Beitritt zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften kann **obligatorisch** oder **fakultativ** sein.

### III. Öffentlich-rechtliche Anstalten

**Die öffentlich-rechtliche Anstalt ist eine Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist und für die eine bestimmte Verwaltungsaufgabe dauernd den Anstaltsbenützern zur Verfügung steht.**

Der grundlegende Unterschied zwischen öffentlich-rechtlicher Körperschaft und öffentlich-rechtlicher Anstalt besteht darin, dass die Anstalt nicht über Mitglieder, sondern nur über einen **Kreis von Benützern** verfügt. Der öffentlich-rechtlichen Anstalt fehlt somit die verbandsmässige Struktur, der körperschaftliche Aufbau. Den Benützern kommen grundsätzlich keine aktiven Mitwirkungsrechte zu. Sie nehmen die Anstalt lediglich passiv für die Erfüllung von bestimmten Bedürfnissen in Anspruch.

Öffentlich-rechtliche Anstalten können selbstständig oder unselbstständig ausgestaltet sein:

- **Selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten** sind mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet. Es handelt sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 52 Abs. 2 ZGB, die selber Träger von Rechten und Pflichten sind. Beispiele sind: Post, ETH, SUVA
- **Unselbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten** kommt keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Sie sind nicht rechtsfähig und verfügen weder über ein eigenes Vermögen noch können sie Haftungssubjekte sein. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit können diese Anstalten organisatorisch sehr selbstständig sein. Beispiele sind: Kantonale Strafanstalten, Mittelschulen und Heime, Kantonsspitäler, kommunale Altersheime, Verkehrsbetriebe.

Von der Frage der Rechtspersönlichkeit ist die Frage der Autonomie zu unterscheiden: Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit kann eine Anstalt über eine grosse Autonomie - grosse administrative Selbstständigkeit und Entscheidungsfreiheit - verfügen.

Die **Beziehung zwischen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt und deren Benutzer** kann dem **privaten** oder dem **öffentlichen** Recht unterstehen. Die Zuordnung ist - soweit nicht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorliegt - häufig nicht einfach und muss für den konkreten Fall aufgrund verschiedener Kriterien vorgenommen werden. Der Benutzer einer öffentlich-rechtlichen Anstalt untersteht - insbesondere bei länger dauernden Benützungsverhältnis - der öffentlich-rechtlichen Disziplinargewalt der Anstalt, d.h. er befindet sich in einem **Sonderstatusverhältnis**.

Die Rechtsordnung kann vorsehen, dass eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit dem freien privaten Wettbewerb entzogen wird und dass sie ausschliesslich durch eine öffentlich-rechtliche Anstalt ausgeübt werden darf. In diesem Fall liegt ein **unmittelbares rechtliches Monopol** vor.

## IV. Öffentlich-rechtliche Stiftung

**Die öffentlich-rechtliche Stiftung ist eine durch Stiftungsakt begründete, dem öffentlichen Recht unterstellte und in der Regel mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Verwaltungseinheit, die mit ihrem Stiftungsvermögen eine öffentliche Aufgabe erfüllt.**

Charakteristisch für die öffentlich-rechtliche Stiftung ist - im Gegensatz zu Körperschaft und Anstalt - ihr **Vermögen**. Die Stiftung ist ein Stück verselbständigtes und vom allgemeinen Vermögen der Verwaltung getrenntes Vermögen. Stiftungszweck ist die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe unter Verwendung des Stiftungsvermögens.

---

28. Juni 2006

## § 21 Die Gemeinden

### I. Begriff und Bedeutung der Gemeinde

Gemeinden sind die vom öffentlichen Recht der Kantone eingesetzten **öffentlich-rechtlichen Körperschaften** auf territorialer Grundlage, die zur Besorgung von lokalen öffentlichen Aufgaben **mit weit gehender Autonomie ausgestattet** sind. In der Regel sind sie Gebietskörperschaften.<sup>19</sup>

**Die Gemeindeautonomie ist gemäss Art. 50 BV nach Massgabe des kantonalen Rechts geschützt.** Wenn das kantonale Recht der Gemeinde Autonomie gewährt - und nur dann - dann schützt der Bund diese Autonomie. Die Gemeinden können eine Verletzung ihrer Autonomie mit Staatsrechtlicher Beschwerde vor dem Bundesgericht anfechten.<sup>20</sup>

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts im Sinne von art. 52 Abs. 2 ZGB besitzt die Gemeinde sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht juristische Persönlichkeit.

### II. Arten von Gemeinden

Folgende Unterscheidungen sind möglich. Die Unterscheidung kann nach **Umfang der wahrgenommenen Aufgaben** erfolgen:

- **Allgemeine Gemeinde** (Die Terminologie ist unterschiedlich wie z.B. "Einwohnergemeinde", "politische Gemeinde", "Orts-gemeinde", "Einheitsgemeinde"): Sie besorgt grundsätzlich alle kommunalen Aufgaben, die nicht einer Spezialgemeinde übertragen sind. Sie hat eine allgemeine Kompetenz in kommunalen Angelegenheiten.
- **Spezialgemeinde**: Die Spezialgemeinde beschränkt sich in der Besorgung der kommunalen Aufgaben auf einen bestimmten Sachbereich (z.B. Schulgemeinde, Kirchgemeinde, Bürgergemeinde, Kooperationsgemeinde).

Nach dem für die **Mitgliedschaft massgebenden Kriterium** lassen sich unterscheiden:

- **Einwohnergemeinde**: Die Einwohnergemeinde setzt sich aus der Gesamtheit der auf dem Gemeindegebiet wohnhaften Personen zusammen. Massgebend ist also das **territoriale Element**: Der Wohnsitz auf dem Gemeindegebiet begründet die Mitgliedschaft.
- **Übrige Gemeinden**: Es handelt sich um Gemeinden mit beschränktem Mitgliederkreis. Mitglieder sind nur Personen die bestimmte Eigenschaften aufweisen. Massgebend für die Zugehörigkeit ist also das **personale Element**. (z.B. Bürgergemeinde, Kirchgemeinde)

---

<sup>19</sup> Das gilt nicht für Kirch- und Bürgergemeinden, welches Personalkörperschaften sind.

<sup>20</sup> ab 2007 die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

### III. Die Gemeindeautonomie<sup>21</sup>

Die Autonomie der Gemeinde bestimmt sich nach dem kantonalen Recht. **Die Gemeindeautonomie ist ein von der Bundesverfassung garantiertes verfassungsmässiges Recht (Art. 50 Abs. 1 BV), dessen Inhalt sich nach dem kantonalen Recht bestimmt.** Der Träger dieses verfassungsmässigen Rechtes ist lediglich die Gemeinde und nicht die einzelnen Mitglieder der Gemeinde.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das massgebliche **Kriterium** für die Autonomie **die der Gemeinde eingeräumte (relativ) erhebliche Entscheidungsfreiheit in einem bestimmten Sachbereich.** Das Bundesgericht umschreibt die Gemeindeautonomie in konstanter Praxis folgendermassen: "Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen Bereich nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relative erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt." Die Gemeinde kann autonom in folgenden Bereichen sein:

- **Setzung von kommunalen Recht,**
- **Anwendung von kommunalen Recht und**
- **Anwendung von kantonalen Recht (selten).**

Für die **Geltendmachung** der Verletzung der Autonomie steht - wenn der kantonale Instanzenweg ausgeschöpft ist - (legiferanda) die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) an das Bundesgericht zur Verfügung. Sollte eine Ausnahmebestimmung die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Sachen ausschliessen, kommt subsidiär die Verfassungsbeschwerde in Betracht (dabei werden aber nur Verfassungsverletzungen geprüft).

Bei der Prüfung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wegen Verletzung der Gemeindeautonomie ist also nach folgendem **Schema** vorzugehen:

1. Ist die Gemeinde **legitimiert** (formelle Prüfung)?  
Die Gemeinde muss als Trägerin hoheitlicher Gewalt auftreten und darf nicht wie eine Privatperson betroffen sein.
2. Ist die Gemeinde im betreffenden Sachgebiet **autonom** (materielle Prüfung)?  
Liegt relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit vor?
3. Ist die Autonomie der Gemeinde **verletzt** (materielle Prüfung)?  
Ist in diese relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit vom Kanton unzulässigerweise eingegriffen worden?

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1397**: Die Gemeinde Wiesendangen ist zur Beschwerde legitimiert, weil sie beim Erlass einer Bauordnung als Trägerin hoheitlicher Gewalt auftritt. Beim Erlass von Bau- und Zonenordnungen sind die Gemeinden grundsätzlich autonom, doch (laut BGer) gibt der kantonale Richtplan beim Entscheid der Auszonung von Siedlungsgebiet eine klare Grenze vor. Somit besteht bezüglich Auszonung von Siedlungsgebiet keine erhebliche Entscheidungsfreiheit und damit auch keine Autonomie der Gemeinde in diesem Teilbereich. Weil keine Autonomie der Gemeinde vorliegt, ist die dritte Frage - ob die Autonomie verletzt wurde - nicht mehr zu prüfen. Die Gemeinde erhielt vor BGer kein Recht, weil sie im umstrittenen Bereich nicht autonom war.

Beispiel **Häfelin/Müller Randziffer Nr. 1398**: Beim Erlass von Bau- und Zonenordnungen waltet die Gemeinde als Trägerin hoheitlicher Gewalt und ist somit legitimiert zur Klage der Verletzung der Autonomie. Im Rahmen des Erlasses von Bau- und Zonenordnungen ist die Gemeinde autonom, weil ihr vom Kanton ein relativ erheblicher Entscheidungsspielraum eingeräumt wurde. Diese Autonomie ist vorliegend auch verletzt, weil der Sinn der Autonomie gerade darin besteht, dass die Gemeinden etwas unterschiedliches regeln können. Der Regierungsrat kann die Vorgehensweise einer Gemeinde somit einer anderen nicht vorschreiben, dies widerspricht im Grundsatz dem Prinzip der Autonomie.

Beispiel **BGE 128 I 136 ff.**: Dabei ging es um die Bewilligung für das Aufstellen eines Riesenrades am Herbstmarktes in St. Gallen. Die Gemeinde St. Gallen erteilte regelmässig der Y AG die Bewilligung, weil sie das grösste Riesenrad stellte. Die X AG wehrte sich dagegen, weil sie für ihr kleineres Riesenrad nie eine Bewilligung erhalten hat und sich dabei in ihrer Wirtschaftsfreiheit verletzt sah. Dabei hat sie in ihrer Argumentation vor den kantonalen Instanzen Recht bekommen. Die Gemeinde St. Gallen hat sich vor Bundesgericht dagegen gewehrt. Das Bundesgericht hat die kantonale Auffassung umgestürzt und eine Verletzung der Gemeindeautonomie bejaht.

---

<sup>21</sup> Die Gemeindeautonomie eignet sich laut Referenten hervorragend für Prüfungsfragen.

Die **wichtigsten Bereiche** der Gemeindeautonomie in der Schweiz sind in der Regel:

- Gemeindorganisation
- kommunales Polizeirecht
- Teile des kommunalen Baurechts
- kommunales öffentliches Bauwesen
- kommunale Versorgungsbetriebe
- Verwaltung des Gemeindevermögens, der öffentlichen Finanzen und des öffentlichen Grundes
- Verleihung des Gemeindebürgerrechtes

#### IV. Organisation der Gemeinde

In allen schweizerischen Gemeinden bestehen zwei Hauptorgane: das **gesetzgebende Organ** (Gesamtheit der Stimmberechtigten; Gemeindeversammlung) und die **ausführende Behörde**. In grösseren Gemeinden existiert daneben oft ein drittes Organ, das rechtssetzende und exekutive Befugnisse hat: **Das Gemeindeparlament**.

#### V. Die Aufsicht über die Gemeinden

Dem Kanton kommt das Recht und die Pflicht zu, zu überprüfen, ob die Gemeindetätigkeit mit dem kantonalen Recht, aber auch mit dem Recht des Bundes und dem Gemeinderecht übereinstimmt. Er muss sich ferner davon überzeugen, dass die Gemeinden den ihnen vom kantonalen oder vom Bundesrecht übertragenen Aufgaben nachkommt. Die **Aufsichtsmittel**, die dabei in Frage kommen, sind:

- **Informatorische Aufsichtsmittel**;
- **Genehmigungspflicht**;
- **Weisungen**;
- **Aufhebung von Gemeindakten**;
- **Ersatzvornahme**;
- **Gemeindebevormundung**.

#### VI. Gemeindeverbände

**Der Gemeindeverband ist ein öffentlich-rechtlicher Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zur gemeinschaftlichen Erfüllung bestimmter kommunaler Aufgaben.**

Die Grundlage öffentlich-rechtlicher Zweckverbände findet sich im kantonalen Recht, nämlich in der Kantonsverfassung, im Gemeindegesetz oder in einem Spezialgesetz.

Die kommunalen Zweckverbände sind **öffentlich-rechtliche Körperschaften**. Als solche weisen sie eine mitgliedschaftliche Struktur auf. Mitglieder sind die einzelnen Gemeinden, nicht die Einwohner der Gemeinden.

## § 22 Privatrechtliche Verwaltungsträger

### I. Öffentliche Unternehmungen im Privatrechtsform

Hier wird die Erfüllung öffentlicher Aufgaben mittels einer **privatrechtliche Organisationsform** (in den meisten Fällen in der Form der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft) wahrgenommen. Diese juristischen Personen sind entweder ganz oder mehrheitlich im Besitz der Gemeinwesen. (Beispiel Rüstungsbetriebe des Bundes, Ruag Suisse SA; Nordostschweizerische Kraftwerke AG, NOK). Nur die Rechtsform und Organisation ist privatrechtlich, der Staat ist weiterhin verantwortlich für die Erbringung der Leistungen.

Die Schaffung eines öffentlichen Unternehmens in Privatrechtsform erfordert - neben den privatrechtlichen Errichtungsakten - eine **Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn**. Da Art. 27 und Art. 94 BV wirtschaftliche Tätigkeiten des Staates nur unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, hat der Staat überdies ein **ausreichendes öffentliches Interesse** auszuweisen, das die Tätigkeit im Bereich der Privatwirtschaft rechtfertigt.

Die **Grundrechte** müssen - trotz privatrechtlicher Regelung - grundsätzlich auch dann gewahrt werden, wenn öffentliche Unternehmungen in Privatrechtsform handeln. Eine privatautonome Handlungsfreiheit steht diesen Organisationen nicht zu. Je mehr die Privaten auf die Benützung der vom öffentlichen Unternehmen betriebenen Einrichtung angewiesen sind, desto höhere Anforderungen sind an die sachliche Begründung von Zulassungsschranken zu stellen.

## II. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften

Weil der Bund kompetent auf dem Gebiet des Zivilrechtes ist, kann er auch **spezialgesetzliche Aktiengesellschaften mit abweichenden Regeln zum OR** errichten (z.B. SBB und Swisscom). Auch die Kantone können gestützt auf Art. 763 OR spezialgesetzliche Aktiengesellschaften schaffen. Somit werden sie unmittelbar durch Gesetzesakt geschaffen. Ihre Organisation richtet sich nach dem betreffenden Spezialgesetz, den Statuten und allenfalls - ergänzend - den aktienrechtlichen Vorschriften des OR

## III. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind **an der Unternehmungsleitung Private und das Gemeinwesen gemeinsam beteiligt**. Im Verwaltungsrat resp. in der Führung sitzen die Vertreter der Privatwirtschaft und des Gemeinwesens. Die Vertreter des Gemeinwesens haben für die Erfüllung der öffentlichen Interessen zu sorgen und die privaten Vertreter für die Interessen der Aktionäre. Nicht Voraussetzung für gemischtwirtschaftliche Unternehmungen ist, dass das Gemeinwesen als Eigentümer (Aktionär) beteiligt ist. (z.B. Swiss, Mustermesse Basel).

Üblich ist die Rechtsform der privatrechtlichen - allenfalls der spezialgesetzlichen - Aktiengesellschaft, weit weniger häufig diejenige der privat- oder öffentlich-rechtlichen Genossenschaft.

## IV. Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private

Das Gemeinwesen kann die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch auf Private oder private Institutionen übertragen. Eine solche **Delegation** von Verwaltungsbefugnissen ist nach Lehre und Rechtsprechung **zulässig, sofern**

- sie auf einer **gesetzlichen Grundlage** beruht, welche die Art der Aufgabenerfüllung durch die Privaten in den **Grundzügen** regelt, um sicherzustellen, dass dabei die öffentlichen Interessen ausreichend gewahrt werden.
- die Privaten der **Aufsicht des Staates** (z.B. Vertretung im Verwaltungsrat) unterstehen und
- gewährleistet ist, dass die Privaten bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten an die **Verfassung**, insbesondere an die Grundrechte, **gebunden** sind. (Im Grundsatz unbestritten, doch bei den Modalitäten bestehen noch viele Unklarheiten).

Dabei gibt es **zwei Arten von privaten Rechtsträger** zu unterscheiden:

- **Monopolkonzession:**  
Wo der Staat ein unmittelbar rechtliches Monopol besitzt, kann er durch eine Monopolkonzession Privaten das - wohlerworbene - Recht einräumen, die an sich ausschliesslich dem Staat vorbehaltene wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben.
- **Mit Verwaltungsaufgaben beliehene Private:**  
In Lehre und Rechtsprechung werden Private, denen das Gemeinwesen die Erledigung einer bestimmten staatlichen Aufgabe in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag überträgt, als „Beliehene“ bezeichnet. Die Übertragung solcher Aufgaben dient vor allem der Entlastung der Verwaltung.

Die privaten Rechtsträger werden nach privatem Recht gegründet und organisiert. In ihrem Verhältnis zu andern Privaten sind sie, soweit sie öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, zum Teil dem Privatrecht und zum Teil dem öffentlichen Recht unterstellt. Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind grundsätzlich an die Verfassung vor allem an die Grundrechte gebunden. Dies auch dann, wenn sie in privatrechtlicher Form handeln. Privatautonomie kommt ihnen in dieser Funktion nicht zu, ihr Handeln muss am öffentlichen Interesse orientiert und verfassungsbezogen sein.

---

5. Juli 2006

Welches sind die Motive für die Übertragung von öffentliche Aufgaben an Private?

- Entlastung des Staates;
- Höhere Effizienz;
- Nutzung von Sachverstandes (Know-How);
- Nutzung von Synergien (z.B. Nutzung vorhandener technischer Einrichtungen);
- Die Kapitalbeschaffung am Markt ist einfacher;
- Die öffentliche Aufgabe wird entpolitisiert

## V. Privatisierung

Die Privatisierung bezweckt die Entstaatlichung gesellschaftlicher Aufgaben. Es wird unterschieden zwischen **unechter** und **echter** Privatisierung:

- **unechte Privatisierung (Organisationsprivatisierung):** Öffentliche Unternehmen, welche bisher öffentlich-rechtlich organisiert waren, werden in private Rechtsformen übergeführt. Der Staat ist nach wie vor für die Erfüllung der Aufgabe beauftragt und dafür verantwortlich. Die staatliche Aufgabenträgerschaft wird also nicht berührt. Angestrebt wird vielmehr eine Flexibilisierung und Entpolitisierung der Aufgabe.
- **echte Privatisierung (Aufgabenprivatisierung):** Dabei verzichtet der Staat auf die Erfüllung einer bisherigen Aufgabe. Der Staat erachtet die Erbringung einer bisher von ihm wahrgenommenen Tätigkeit nicht mehr als notwendig und überlässt diese in Zukunft den Privaten.

## § 23 Das Personal des öffentlichen Dienstes

### 1. Begriff und Rechtsnatur des Dienstverhältnisses

Es werden verschiedene Begriffe der “Beamtin” oder des “Beamten” unterschieden:

- **der allgemeine Beamtenbegriff im weiteren Sinne:** Dabei sind alle Personen gemeint, die öffentliche Aufgaben erfüllen. Unabhängig davon, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt sind.
- **der allgemeine Beamtenbegriff im engeren Sinne:** Dabei sind alle Personen gemeint, die Aufgaben des Staates erfüllen und zusätzlich in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen. Es kommt also auch auf die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses an.
- **im Sinne des Personalgesetzes:** Dabei sind alle diejenigen Personen gemeint, die einem bestimmten Personalgesetz (z.B. des Bundes oder eines Kantones) unterstehen.
- **im Sinne des Strafgesetzbuches:** Das Strafgesetzbuch enthält eine Legaldefinition in Art. 110 Ziff. 4 StGB für Beamtinnen und Beamten. Der Beamtenbegriff des Strafgesetzbuches geht sehr weit und umfasst auch Personen, die nur provisorisch ein Amt bekleiden oder nur vorübergehend amtliche Funktionen ausüben. Entscheidend ist die Ausübung von öffentlichen Funktionen für das Gemeinwesen.

Diese begriffliche Unterscheidung hat einen Sinn: An die verschiedenen Beamtenbegriffen knüpfen sich unterschiedliche Rechtsfolgen. Das Verantwortlichkeitsrecht stützt sich z.B. auf den allgemeinen Beamtenbegriff im weiteren Sinne ab. Der Rechtsschutz kommt dagegen nur für Beamten im engeren Sinne in Frage.

Das Dienstverhältnis (oder neue Terminologie “Arbeitsverhältnis”) zum Staat begründet ein **Sonderstatutsverhältnis**. Als wesentliche Merkmale des Sonderstatusverhältnisses von Beamten gelten:

- die besondere **Treuepflicht** gegenüber dem Gemeinwesen (Art. 20 BPG);
- die **Schweigepflicht** (in der Regel über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus);
- die zusätzlichen **Einschränkungen in Freiheitsrechten** (weniger hohe Anforderungen an die Dichte und den Rang der gesetzlichen Grundlage und an die Verhältnismässigkeitsprüfung).

## II. Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses

Das Dienstverhältnis wird entweder durch verwaltungsrechtlichen **Vertrag** oder durch **Verfügung**, d.h. durch einen einseitigen Hoheitsakt des Gemeinwesens, **begründet**. Ausnahmsweise werden die Beamtinnen und Beamten auf eine bestimmte Amtsdauer **gewählt**. Dies ist unter anderem oft dann der Fall, wenn der Beamte vom Anstellungsorgan unabhängig sein muss.

Den Bewerberinnen und Bewerbern steht im Bund **kein Rechtsmittel zur Anfechtung der Ablehnung ihrer Bewerbung** zur Verfügung (Art. 83g BGG). Die Tatsache, dass aufgrund der Beschwerde das fehlerhafte Arbeitsverhältnis aufgehoben wird, stellt kein unmittelbares rechtliches Interesse des Anfechtenden dar, weil dies nicht heissen muss, dass man danach tatsächlich angestellt wird (Es könnten auch andere Bewerber an Stelle des Anfechtenden eingestellt werden).<sup>22</sup>

Die **Beendigung** des Dienstverhältnisses ist durch eine ganzen Reihe von Möglichkeiten denkbar:

- durch **objektive Tatsachen** (Erreichen des Pensionierungsalter, Tod)
- im **gegenseitigen Einvernehmen**.
- auf **Veranlassung der Verwaltungsbehörden** (Kündigung, Nichtwiederwahl, disziplinarische Entlassung)
- auf **Begehren des Beamten / der Beamtin** (Verzicht auf Wiederwahl, Begehren um Entlassung, Kündigung)

Die Kündigung, Nichtwiederwahl oder disziplinarische Entlassung muss gemäss BPG (Art. 14) aufgrund eines sachlichen Grundes geschehen. Bei ungerechtfertigter Kündigung besteht ein **Anspruch auf Weiterbeschäftigung**. Auf Bundesbene ersetzt die Kündigung die disziplinarische Entlassung.

## V. Rechtsschutz im Personalrecht

Der Rechtsschutz wird nach neuem Recht anders als im Buch dargestellt aussehen (Art. 35 und 36 BPG neue Fassung VGG). Es sieht so aus, dass Entscheidungen von Bundesämtern in Personalangelegenheiten in erster Linie mit verwaltungsinterner Beschwerde an ein Departement weitergezogen werden können. Danach ist ein Weiterzug an das neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht möglich. Das Bundesverwaltungsgericht ist letzte Instanz mit Ausnahme von vermögensrechtlichen Angelegenheiten (Weiterzug an das Bundesgericht möglich).

## III. Pflichten und Rechte der Beamtinnen und Beamten

Die Pflichten der Beamtinnen und Beamten lassen sich grob einteilen wie folgt:

- **Besorgung der Amtsgeschäfte**: Die **Hauptpflicht** der Beamtinnen und Beamten besteht darin, die ihnen übertragenen amtlichen Geschäfte zu besorgen.
- **Gehorsamspflicht**: Sie sind dabei - als Konsequenz der Verwaltungshierarchie - an die Weisungen der ihnen übergeordneten Instanzen gebunden.
- **Amtsverschwiegenheit**: Die Beamtinnen und Beamten sind - als Ausfluss des Sonderstatusverhältnisses - zudem zur Verschwiegenheit in den dienstlichen Angelegenheiten verpflichtet (**Schweigepflicht**). Die Schweigepflicht dauert in der Regel über die Auflösung des Dienstverhältnisses hinaus fort. Die Tragweite des Amtsgeheimnisses wird eingeschränkt durch die Einführung des **Öffentlichkeitsprinzips**. Das Öffentlichkeitsprinzip bedeutet, dass grundsätzlich alle Personen Einsicht in amtliche Akten nehmen können, soweit nicht überweiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.<sup>23</sup>
- **Verbot der Annahme von Geschenken**: Daneben dürfen die Beamtinnen und Beamten keine Geschenke annehmen oder anderweitige Vorteile beanspruchen, die ihnen im Hinblick auf ihre amtliche Stellung angeboten werden.
- **Treuepflicht**: Als Ausfluss des Sonderstatusverhältnis wird die Treuepflicht begründet; die Beamtinnen und Beamten treten mit ihrer Ernennung in eine besonderes Loyalitätsverhältnis zum Staat. Aufgrund dieses Verhältnisses sind sie nicht nur zur gewissenhaften Erfüllung ihrer dienstlichen Aufgaben verpflichtet, sondern sie übernehmen zudem einen allgemeine, sich auf das ausserdienstliche Verhalten erstreckende Treuepflicht gegenüber dem Staat.  
Die Treuepflicht bedeutet, dass die Beamtinnen und Beamten die Autorität und Integrität des Staates nicht beeinträchtigen dürfen, sondern dessen Interessen wahren müssen. Sie sind sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Dienstes gehalten, sich ihres Amtes als würdig zu erweisen.

<sup>22</sup> Der Referent vertritt eine Gegenauffassung: Das unmittelbare schutzwürdige Interesse bestehe darin, dass der Anfechtende nochmals eine Chance bekomme, für die Beamtenstellung berücksichtigt zu werden. Deswegen vertritt er die Meinung, dass in diesem Falle ein Rechtsmittel bestehen solle.

<sup>23</sup> Damit wird das bezüglich Auskünften das Grundsatz- und Ausnahmeverhältnis umgekehrt.

- **Beschränkung der Freiheitsrechte:** Grundsätzlich sind die Beamtinnen und Beamten wie alle Privaten Träger der verfassungsmässigen Rechte. Bei der Ausübung ihrer Freiheitsrechte müssen sie aber Einschränkungen hinnehmen, die sich aus ihrer Treuepflicht, allenfalls aus ihren Dienstpflichten ergeben. Dabei müssen die in Art. 36 BV umschriebenen Voraussetzungen für die Einschränkung von Freiheitsrechten erfüllt sein, doch sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bezüglich Normstufe und Normdichte allenfalls geringer.

Beispiele **Häfelin/Haller Randziffern Nr. 1582/83:** In diesen beiden Beispielen hat das Bundesgericht die Meinungsfreiheit unterschiedlich gewichtet. In beiden Fällen ging es um die Bewertung eines ausserdienstlichen Verhaltens eines hohen Beamten, welches in seinem Verhältnis zur Treuepflicht bewertet werden musste. Im ersten Fall hat ein hoher Beamter (Richter) die Behörden konkret kritisiert, während beim zweiten Fall sich die Kritik abstrakt gegen eine Lehrmeinung richtete (die jedoch von der Behörde vertreten wurde). Im ersten Fall wurde die Meinungsfreiheit des Beamten nicht geschützt, er hatte also seine Treuepflicht verletzt, weil er mit seinem Vorgehen das Ansehen der Gerichte beeinträchtigt hat. Im zweiten Fall fand das Bundesgericht keinen Verstoß gegen die Treuepflicht, weil die Meinungsfreiheit vom Bundesgericht gestützt wurde. Laut BGer handelte es sich dabei um eine fachliche Diskussion, bei der das Ansehen der Verwaltung - im Vergleich zum ersten Fall - nicht leide. Der Referent ist der Meinung, dass diese Argumentation des BGer nicht wirklich überzeugend ist.

---