

# Begleitübungen Verwaltungsrecht II

lic. iur. Martin Wirthlin, Verwaltungsrichter

Übungsnotizen von Jonas Achermann

basierend auf dem Skript „Begleitübungen Verwaltungsrecht II“ (WS 06/07)

---

8. November 2006

## Fall 1

Nach kantonalem Luzerner Verwaltungsrecht ist eine Dienststelle eine Abteilung eines Departementes, auf Bundesebene vergleichbar mit einem Bundesamt. I.c. hat die betreffende Dienststelle ihre öffentlichen Vollzugsaufgaben in einer Vereinbarung (öffentlich-rechtlicher Vertrag) einer privaten Organisation (LMV) übertragen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von sog. **Beleihung**. Der Private wird als Beliehener bezeichnet. Dieser Vorgang ist in der Praxis üblich, er unterliegt jedoch besonderen **Voraussetzungen**:

- Für die Übertragung der öffentlichen Aufgaben ist eine gesetzliche Grundlage vorausgesetzt (vergleiche für den Bereich der Bundes Art. 178 Abs. 3 BV).
- Für die Übertragung muss ein öffentliches Interesse vorliegen
- Im Rahmen der Verhältnismässigkeit, muss diese Aufgabenauslagerung auch geeignet sein.

Fraglich ist, wie genau bestimmt die entsprechende Gesetzesdelegation sein muss. Dafür ist der Umfang und die Wichtigkeit der von den Privaten ausgeübten öffentlichen Tätigkeiten heranzuziehen. Bei klassischen Vollzugsaufgaben, werden die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzliche Grundlage geringer sein, als bei wichtigen umfangreichen öffentlichen Aufgaben (wo es bereits der Adressat der Beleihung im Gesetz bezeichnet sein sollte)

a) Wir schauen, ob im vorliegenden Sachverhalt eine gesetzliche Grundlage vorliegt, welche die Dienststelle ermächtigt ihre öffentlichen Aufgaben an Private auszulagern: I.c. liegen kommen sogleich vier Bestimmungen in Frage (Diese Vielspurigkeit entstand aufgrund parallelen Kompetenzen von Bund und Kantonen im Bereich des Umwelt- und Gewässerschutzes). In allen Gesetzesdelegationen ist nur von Kontroll- und Überwachungskompetenzen (Vollzugskompetenzen) die Rede. Der Adressat der Gesetzdelegation ist nicht festgelegt, dies scheint allerdings vertretbar, solange es sich um blosse Vollzugskompetenzen handelt.

Es ist fraglich, woher der LMV weiss, welche Aufgaben er hat; Er wurde ja im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages mit diesen Aufgaben beauftragt. Die Aufgaben werden also in diesem Vertrag niedergeschrieben sein. Aufgrund dieses Vertrages geht man davon aus, dass der private Verband LMV nun ermächtigt ist, öffentlich-rechtliche Verfügungen auszusprechen. Trotz der Beleihung an den privaten Verband, bleibt die Aufgabe öffentlich. Dies hat folgende Konsequenzen:

- Kompetenz zum Verfügungserlass im Rahmen der Sachzuständigkeit;
- Bindung an das Legalitätsprinzip;
- Bindung an die verfassungsmässigen Rechte und Verfahrensgarantien (z.B. rechtliches Gehör);
- Forbestehende staatliche Aufsicht (Weisungsbefugnis; i.c. durch die Dienststelle);
- Haftung nach öffentlichem Recht.

Die Dienststelle ist aufgrund der genügend bestimmten gesetzlichen Ermächtigungen berechtigt, die Kontrollaufgaben an den LMV zu delegieren.

b) Drt LMV stellt der Wandweiss AG eine Kontrollgebühr auf dem Verfügungsweg aus. Eine Gebühr muss in der Regel gesetzlich legitimiert sein. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für diese Gebühr findet sich im konkreten Fall allerdings nicht. Andererseits besteht ein sachlicher Konnex zwischen der legitimen Kontrollaufgabe des LMV und der Gebühr. Hier gilt es also abzuwägen, ob die Gebührverfügung rechtmässig ist, aufgrund der fehlenden Gesetzesbestimmung scheint dies fraglich.

c) Es handelt sich bei der Anweisung der Dienststelle verwaltungsrechtlich gesehen um die Vornahme einer Weisung. Die Dienststelle nimmt dabei ihre Weisungsbefugnis wahr. Im Verwaltungsrecht spricht man in diesem Zusammenhang von einem sog. **Dienstbefehl** (es handelt sich dabei nicht um eine Verfügung): der Dienstbefehl ergeht im Einzelfall (in Abgrenzung zur generalisierenden Verwaltungsverordnung), hat aber im Vergleich zur Verfügung nur verwaltungsinterne Wirkung. Die Dienststelle war also zur Anweisung der LMV berechtigt.

Eine allfällige Weisungsunabhängigkeit der LMV müsste ganz klar in einem formellen Gesetz geregelt sein.

d) Die Wandweiss AG kann sich grundsätzlich nicht gegen diesen Dienstbefehl zur Wehr setzen, weil es sich um einen verwaltungsinternen Akt handelt. Eine Verwaltungsverordnung kann nur angefochten werden, wenn er mittelbare Auswirkungen auf Private zeitigt.

Allerdings könnte die Intervention der Dienststelle als Realakt qualifiziert werden. Realakte können im neuen VwVG gemäss Art. 25a in einer Verfügung als unrechtmässig festgestellt werden.

## Fall 2

Die Bewilligung, die im konkreten Sachverhalt in Frage steht, ist eine sog. Polizeibewilligung. Die Bewilligungen wurden in allen vier Fällen verneint, deswegen handelt es sich um sog. Negativverfügungen (ablehnende Verfügungen). Gegen diese Negativverfügungen haben die Gesuchsteller keine Rechtsmittel eingelegt, somit sind diese Verfügungen formell rechtskräftig geworden. Es stellt sich jetzt die grundlegende Frage, ob trotz dieser Rechtskraft, auf diese Verfügungen zurückgekommen werden kann.

Im Zivilrecht sind Urteile, die formell rechtskräftig sind im Grundsatz unabänderlich. Es sei denn, es liege ein klassischer Revisionsgrund vor. Im öffentlichen Recht ist die formelle Rechtskraft aufgrund des Legalitätsprinzips viel weniger streng ausgestaltet. Weil man immer versucht rechtmässig zu handeln, muss es möglich sein, Verfügungen unter gewissen Umständen abändern zu können. Deswegen spricht man im öffentlichen Recht auch nicht so gerne von "Rechtskraft", sondern viel lieber von "Bestandeskraft" der Verfügung.

Häufig findet sich im anwendbaren Verwaltungsverfahrenrecht eine positive Regelung, unter welchen Voraussetzungen eine Verfügung wiedererwägt werden muss (vergleiche Art. 116 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, VRG Luzern). Wo dies nicht der Fall ist, so ist die bundesgerichtliche Praxis anwendbar: Eine Behörde muss eine Verfügung wiedererwägen, wenn erhebliche tatsächliche oder rechtliche Veränderungen seit Verfügungserlass aufgetreten sind und wenn sie die zum Zeitpunkt des Verfügungserlass nicht entdeckt wurden oder nicht eingebracht werden konnten. Analog zu den Voraussetzungen sind zwei Konstellationen denkbar:

- Es erging eine ursprünglich fehlerfreie Verfügung. Die Sachverhalts- oder Rechtslage hat sich aber grundlegend geändert.
- Es erging eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung. In der Regel, weil die Sachverhaltslage nicht richtig erkannt wurde.

a) AA stellt mit ihrem Vorgehen ein klassisches Wiederwägungsgesuch. Dies kann man jederzeit tun, man darf jedoch nicht davon ausgehen, dass die Verwaltung tatsächlich nochmals über die Bücher geht (§ 116 Abs 3 VRG). Anna macht hier veraltete Regeln geltend (die schon zur Zeit der Verfügung nicht mehr galten), somit scheint es logisch, dass die Verwaltung auf dieses Wiederwägungsgesuch nicht eintreten wird.

b) Hier sind nachträglich wesentliche Veränderungen des Sachverhaltes nach dem Verfügungsentscheid eingetreten, indem BB zwischenzeitlich Stunden nachgeholt hat. Eine Wiederwägung der Negativverfügung muss die Behörde vornehmen, weil ein neuer Sachverhalt vorhanden ist und dieser beim ersten Verfügungserlass nicht angebracht werden konnte. Es kann sogar argumentiert werden, es handle sich hier um ein neues Gesuch in einer neuen Sache, dem nicht die Rechtskraft einer alten Verfügung entgegengehalten werden darf.

c) CC beruft sich auf einen zwischenzeitlich eingeholten Bericht eines externen Gutachters. Somit macht sie eigentlich eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung geltend. Dieses Beweismittel müsste die Verwaltung sich vielleicht schon einmal anschauen und würdigen (Mindestens wenn Dr. Heilbronn als absolut ausgewiesener Experte auf diesem Gebiet gilt).

Dieses Gutachten von Dr. Heilbronn enthält allerdings keine "harten Fakten" (keinen neuen Sachverhalt oder neue rechtliche Grundlagen) eines an sich unbestrittenen Sachverhaltes, sondern es enthält nur eine Wertung des bekannten Sachverhaltes. Dadurch können die fehlenden Stunden, welche der CC gemäss den Voraussetzungen zur Bewilligung fehlen, nicht wettgemacht werden.

CC wird also eine Wiederwägung der Negativverfügung nicht erreichen. Ob die Verwaltung auf ihr Wiederwägungsgesuch formell eintritt ist fraglich, wenn ja, dann wird sie ihr Gesuch spätestens bei der materiellen Beurteilung abweisen.

d) Man kann davon ausgehen, dass mit diesen zusätzlich beurkundeten Stunden die Voraussetzungen zur Zulassung erreicht sind. Problematisch ist allerdings, dass diese Tatsache bereits schon beim ersten Bewilligungsentscheid bekannt gewesen ist. Somit macht DD geltend, dass eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung vorliegt, weil sie auf einer falschen Sachverhalt beruht. Hier wird also im Unterschied zum Fall der CC ein Beweismittel mit "harten Fakten" eingebracht. Fraglich ist allerdings, ob gemäss § 175 II VRG DD nicht vorher schon in der Lage gewesen wäre (z.B. Im Rahmen der Rechtsmittelergreifung) dieses Beweismittel einzubringen und ob sie daher nicht zu spät handelt. Die Möglichkeit auf Wiedererwägung soll förmliche Rechtsmittel nicht ersetzen.

---

22. November 2006

### Fall 3

Dürr hat für den Bau des Traktor-Unterstandes keine Baubewilligung eingeholt. Es fragt sich, ob überhaupt eine Baubewilligung eingeholt werden musste.

Eine Baubewilligung ist eine Polizeibewilligung. Die Behörden prüfen dabei, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Baute erfüllt sind. Sind die Voraussetzungen einer Baute tatsächlich erfüllt, so besteht in der Regel ein Anspruch auf Bewilligung (Anspruchsbewilligung). Einer Bewilligung geht in der Regel ein Gesuch voraus (Bewilligung als mitwirkungsbedürftige Verfügung). Ein Baugesuch wird öffentlich bekannt gemacht, damit potentielle Drittbeeinflusste sich in das Verfahren einbringen können (dies stellt auch ein Hauptzweck des Baubewilligungsverfahrens dar). Mit dieser Veröffentlichung wird also die Möglichkeit der Einsprache (dabei handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um eine formalisierte Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs; Einsprache mit Entscheidungshilfefunktion) gewahrt.

Wenn im vorliegenden Fall nun gefragt ist, ob überhaupt eine Baubewilligung für den Traktorunterstand eingeholt werden musste, so ist letztlich das **Kontrollbedürfnis der Öffentlichkeit** entscheidend. Besteht ein Bedürfnis der Öffentlichkeit, gegen diesen Bau Einwände anzubringen? Im vorliegenden Fall kann ein solches Kontrollbedürfnis bejaht werden, insbesondere weil es sich um eine Bautätigkeit in der Landwirtschaftszone handelt. Herr Dürr hätte also eine Baubewilligung gebraucht, hat aber nie um eine ersucht, sondern den Bau einfach so errichtet.

Der Gemeinderat hat daraufhin eine Verfügung zum Abbruch des Unterstandes erlassen. Es handelt sich dabei um eine Sachverfügung. Es ist aber als unverhältnismässig einzustufen, dass der Gemeinderat den sofortigen Abbruch der Baute verlangt. Insbesondere könnte die Baute im Rahmen eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens noch bewilligt werden. Verhältnismässiger wäre also eine Verfügung gewesen, welche den Dürr aufgefordert hätte, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen mit der Androhung des Abbruches.

Allerdings hat Dürr diese unverhältnismässige Verfügung. Es wären ihm mehrere Möglichkeiten offengestanden: Er hätte einerseits eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht (Kt. Luzern<sup>1</sup>) richten können oder den Gemeinderat mit einem Wiedererwägungsgesuch auffordern können, die Verfügung nochmals zu überprüfen.

Herr Dürr hat jedoch keine weiteren Massnahmen ergriffen, somit ist die Rechtsmittelfrist abgelaufen. Die Abbruchverfügung (als Sachverfügung) ist damit **formell rechtskräftig** geworden. Der Mangel an der Verhältnismässigkeit spielt somit keine Rolle mehr, mit der Rechtskraft ist die Verfügung **vollstreckbar**.

Es erfolgt in der Folge die Anordnung der Ersatzvornahme (als **Vollstreckungsverfügung**). Fraglich ist, ob sich Dürr in diesem Zeitpunkt gegen die Vollstreckung noch wehren kann.

Offen steht gemäss Art. 218 VRG im Rahmen der Anfechtung von Vollstreckungsverfügungen nur **Aufsichtsbeschwerde** an den Regierungsstatthalter (als Aufsichtsperson über die Gemeinden). Dürr könnte geltend machen, dass die Vollstreckungsverfügung nichtig sei, weil gemäss Art. 212 VRG nicht der Gemeinderat sondern der Regierungsstatthalter zur Verordnung der Ersatzvornahme berechtigt ist. Ob Dürr damit durchkommen würde, erscheint fraglich, weil der Regierungsstatthalter als zuständige Behörde den Zuständigkeitskonflikt heilen könnte.

Fraglich ist, ob im Rahmen der Anfechtung der Vollstreckungsverordnung auch noch **Mängel der Sachverfügung** (z.B. die bereits festgestellte Unverhältnismässigkeit) geltend gemacht werden können. Dies ist in der Regel nicht der Fall! Im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens kann die Sachverfügung nicht mehr überprüft werden.<sup>2</sup> Ein Ausweg gibt es allerdings dahingehend, das Dürr geltend machen könnte, dass die Sachverfügung **nichtig** sei.

Es ist also zu prüfen, ob **Nichtigkeitsgründe** gegen die Gültigkeit der ergangenen Sachverfügung sprechen. Auf Nichtigkeit einer Verfügung wird nur bei eklatanten Fehlern (wie z.B. die fehlende sachliche Zuständigkeit einer Behörde) erkannt. Vor

---

<sup>1</sup> der Kanton Luzern sieht als Beschwerdeinstanz direkt das Verwaltungsgericht vor. Andere Kantone haben oft noch verwaltungsinterne Beschwerdeinstanzen vorgeschaltet.

<sup>2</sup> Denn dafür stehen die Rechtsmittel gegen die Sachverfügung bereit. Wer die Rechtsmittelfrist ablaufen lässt, erklärt indirekt die Zustimmung zu dieser Verfügung.

dem Nichtigkeitsentscheid ist zudem auch immer eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an Rechtssicherheit und den entgegenstehenden privaten Interessen vorzunehmen.

- Das keine Möglichkeit des nachträglichen Bewilligungsgrundes gewährt wurde, wird nicht als Nichtigkeitsgrund durchkommen.
- Vor der Sachverfügung wurde dem Herr Dürr kein rechtliches Gehör eingeräumt. In der Regel gilt die Missachtung des rechtlichen Gehörs aber auch nicht zu den Nichtigkeitsgründen.
- Ein Nichtigkeitsgrund könnte sich in einem Zuständigkeitsproblem finden: Für Bauten ausserhalb der Bauzone ist gemäss Art. 25 III RPG die Bewilligung einer kantonalen Behörde notwendig. Es hätte beim Sachentscheid also auch noch eine kantonale Dienststelle eingeschaltet werden müssen. Fehlt ein Entscheid dieser kantonalen Behörde, so ist nach Art. 182 II des kantonalen Planungs- und Baugesetz, die ergangene Baubewilligung nichtig.<sup>3</sup>

Summa summarum liegen sehr viele Gründe vor, die für eine Nichtigkeit der ergangenen Sachverfügung sprechen. Eine Annahme der Nichtigkeit der ergangenen Abbruchverfügung erscheint als gerechtfertigt. Dem Dürr müsste ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren eingeräumt werden.<sup>4</sup>

#### Fall 4

a) Mit der strafrechtlichen Ausweisung von Yung Son ist gemäss Artikel 9 III lit. a ANAG die Niederlassungsbewilligung dahingefallen. Für die Ausweisung ist zur Vollstreckung die Ausschaffungshaft nach Art. 13a ANAG vorgesehen. Als Haftgründe kommen im vorliegenden Fall Art. 13b I lit. b i.V.m. Art. 13a lit. e ANAG in Frage. Die Ausschaffungshaft ist aber nur dann sinnvoll, wenn zum vornherein klar ist, dass der potentielle Häftling ausgeschafft werden kann. Wenn aber voraussichtlich ist, dass der Ausschaffung Probleme bevorstehen, so wäre es unverhältnismässig, eine Ausschaffungshaft vorzunehmen.

Zudem ist es für den Häftling, wegen der (bisherigen) kurzen Maximaldauern von 3 Monaten der Ausschaffungshaft, lukrativ auf Zeit zu spielen. Aus diesem Grund wurde die Maximaldauer der Ausschaffungshaft in der letzten Volksabstimmung auf 18 Monate erhöht.

i.c. sind die Voraussetzungen der Ausschaffungshaft - wie bereits dargelegt - vorhanden. Allerdings sind Probleme mit der Ausschaffung bereits vor dem Zeitpunkt der Inhaftnahme erkennbar.

b) Gemäss Art. 25 III BV darf niemand in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm eine grausame Behandlung droht. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in diesem Zusammenhang die Ausschaffung von Todesstrafkandidaten verweigert, weil er in der langen Wartezeit auf die Todesstrafe eine grausame Behandlung erblickt. Das Bundesgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

In der Regel kann mit der Vollstreckung eine Sachverfügung nicht mehr angefochten werden. Die Vollstreckung ist zudem nur beschränkt anfechtbar. Weil es im Ausländerrecht aber um grundlegende Menschenrechte gehen kann (wie im vorliegenden Fall) sieht das Bundesgesetz in Art. 14a ANAG Ausnahmen von diesen allgemeinen Grundsätzen vor.

Ein abgewiesener Ausländer kann sich auch gegen eine Vollstreckung wehren, wenn bestimmte Gründe vorliegen. Insbesondere dann, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in seinen Herkunftstaat entgegenstehen. Es solche völkerrechtliche Verpflichtung ist nun eben in Art. 3 EMRK zu sehen. Im Rahmen der Überprüfung des Vollzuges muss - entgegen den allgemeinen Regeln - auch eine Überprüfung der Sachverfügung (steht der Ausweisung Art. 10 Abs. 2 ANAG entgegen?) offenstehen

Im vorliegenden Fall hat Yung Song also grosse Chancen, sich gegen den Vollzug der Ausschaffung zu wehren.

Das ANAG sieht in Art. 14a Abs. 6 vor, dass die Ausweisung trotz entgegenstehenden Gründen durchgeführt werden kann, wenn der weg- oder ausgewiesene Ausländer die öffentliche Sicherheit verletzt hat oder in schwerwiegender Weise gefährdet. Diese Bestimmung unterläuft eigentlich das Non-Refoulement Verbot von Art. 3 EMRK. Sie kollidiert also mit dem internationalen Recht.

---

29. November 2006

#### Fall 5

Im vorliegenden Sachverhalt erging ein Gesuch der Sunrise AG auf Errichtung einer Antenne (Baubewilligungsgesuch). Die zuständige kommunale Baubehörde leitete daraufhin ein vereinfachtes Baubewilligungsverfahren ein (§ 198 Planungs- und Bau-

---

<sup>3</sup> Es bleibt also fraglich, ob das auch für eben nicht ergangene Baubewilligungen gilt.

<sup>4</sup> wobei das Baugesuch auch in diesem nachträglichen Baubewilligungsverfahren noch abgewiesen werden kann.

gesetz Kanton Luzern). Im Verlaufe dieses Baubewilligungsverfahren reichte Frau Moser eine Einsprache ein, die abgewiesen wurde. Der Bau der Antenne wurde von der kommunalen Baubehörde bewilligt.

Die Sunrise AG muss für den Bau der Antenne ein Baugesuch stellen, da der Bau einer Antenne gemäss Art. 22 RPG eine **Baubewilligung** voraussetzt. Der Zweck des Baubewilligungsverfahrens besteht darin, dass geprüft werden kann, ob die rechtlichen Vorfragen der geplanten Antenne eingehalten worden sind. Zudem sollten möglichst viele Betroffene der Baute die Möglichkeit erhalten, sich zum geplanten Bau zu äussern. Beim Bau einer Antenne kommt zudem zum Schutz der Umgebung und der Öffentlichkeit vor nicht-ionisierenden Strahlen noch die berühmte Verordnung NISV zur Anwendung.

Das Baubewilligungsverfahren wird auf **Gesuch** der Sunrise AG eröffnet, somit handelt es sich hierbei um eine mitwirkungsbedürftige Verfügung.

Interessant ist die Frage, wer im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens als **Partei** in Frage kommt:

Sicherlich Partei des Verfahrens ist die Gesuchstellerin, die Sunrise AG. Fraglich und zu überprüfen ist, ob Frau Moser oder Herr Berner Parteistellung innehaben können. Wir beginnen mit der Prüfung der Parteistellung von Frau Moser:

Das Legitimationserfordernis ist ein Mittel um den Einbezug von Dritten zu kanalisieren. Eine Popularbeschwerde soll damit verhindert werden.

Um **Parteistellung** in einem Verfahren zu erlangen, wird vom Bundesverfahrensrecht eine Berührung mit der angefochtenen Verfügung und ein schützenswertes Interesse (Art. 48 lit. a VwVG) verlangt. § 17 des VRPG definiert, dass als Partei gilt, wer einen Entscheid angeht oder durch einen Entscheid betroffen werden soll. Art. 33 RPG schreibt den Kantonen vor, dass der Umfang der Legitimation mindestens so ausgestaltet werden muss, wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vorgesehen. Art. 89 I BGG sieht für die neue Einheitsbeschwerde vor, dass zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch den (...) Entscheid besonders berührt ist und an deren Anfechtung ein schutzwürdiges Interesse hat<sup>5</sup>

Vorausgesetzt ist also ein **besonderes Betroffensein und ein schutzwürdiges Interesse** des Beteiligten um Parteistellung zu erlangen. Insbesondere ist zu erwähnen, dass kein rechtlich geschütztes Interesse<sup>6</sup> vorhanden sein muss, sondern lediglich ein faktisches Interesse.

Frau Moser ist Eigentümerin einer benachbarten Liegenschaft. Da es gerade Sinn und Zweck des Baubewilligungsverfahrens ist, die Rechte der umliegenden betroffenen Parteien zu prüfen, muss eine Legitimation von Frau Moser klarerweise bejaht werden. Frau Moser macht geltend, dass durch den Bau der Antenne der Jugendstil ihres Hauses gestört wird. Sollte dies tatsächlich der Fall sein, so wäre die Liegenschaft von Frau Moser weniger wert. Somit ist Frau Moser klarerweise von der Baubewilligung berührt und hat ein faktisches Interesse an ihrer Aufhebung. Frau Moser hat im vorliegenden Verfahren Parteistellung inne.

Die Einsprache (im Baubewilligungsverfahren) ist kein Rechtsmittel. Sie ergeht vor Erlass der Verfügung. Es geht bei ihr darum, das rechtliche Gehör von Frau Moser zu wahren. Man spricht in diesem Sinne auch von der Einsprache mit Entscheidungshilfefunktion, die sich von der Einsprache mit Rechtsmittelfunktion unterscheidet.

I.c. ist das vereinfachte Baubewilligungsverfahren eingeleitet worden (vgl. § 198 Luzerner Baurecht). Dabei handelt es sich um ein nur sehr rudimentäres Verfahren, wo viele Massnahmen des ordentlichen Verfahrens wegfallen. So erfolgt beim vereinfachten Verfahren keine öffentliche Ausschreibung des Bauvorhabens. Es ist zu fragen, ob dieses vereinfachte Baubewilligungsverfahren zurecht eingeleitet wurde.

Das vereinfachte Baubewilligungsverfahren wird in § 198 des Planungs- und Baugesetzes (Kt. Luzern) vorgesehen. Gemäss § 60 der kantonalen Planungs- und Bauverordnung kann auf dieses vereinfachte Verfahren zurückgegriffen werden, wenn dem keine wesentlichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Beim Bau einer Antenne kann aber sehr wohl gesagt werden, dass wesentliche Interessen gegen ein vereinfachtes Verfahren sprechen. Die Durchführung des vereinfachten Baubewilligungsverfahrens kann also zentraler Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens qualifiziert werden.

Für Frau Moser hat dieser erkannte Mangel allerdings keine Konsequenzen zeitigt. Sie wurde zum vereinfachten Baubewilligungsverfahren explizit beigelegt (§ 20 VRPG). Herr Berner allerdings, wurde dem Baubewilligungsverfahren nicht beigelegt und nicht darin einbezogen. Wenn das ordentliche Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden wäre, hätte er durch die öffentliche Ausschreibung die Möglichkeit gehabt, sich am Verfahren zu beteiligen. Denn ein faktisches Interesse hätte auch bei ihm durchaus bestanden (Belastung durch Strahlung und Lärm).

---

<sup>5</sup> i.c. ist die kantonale Legitimationsordnung in § 129 inhaltlich ähnlich ausgestaltet.

<sup>6</sup> wie das früher bei der Staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht der Fall war.

Bei elektrischen Immissionen ist immer fraglich, wie weit der Kreis der von einer Antenne Betroffenen zu ziehen ist. Im Rahmen des NISV wurde eine Formel entwickelt, die den Kreis der Betroffenen dort festlegen soll, wo die Leute noch mit 10% des Anlagegrenzwertes der Antenne betroffen sind. Im vorliegenden Fall ist das für Herrn Berner der Fall. Berner ist eine Parteistellung zuzusprechen.

Eine Legitimation von Berner wäre aufgrund der Strahlungsimmission als gegeben gewesen. Er war aber über die Einsprachemöglichkeit gar nicht informiert. Die Verfahrensrechte von Berner wurden durch den Entscheid für das vereinfachte Verfahren also unterlaufen.

Es werden im Folgenden die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten von Herrn B abgehandelt:

Ein Wiedererwägungsgesuch an die kommunale Baubehörde wird kaum Erfolg zeitigen. Dieser Schluss lässt sich aus der schon erfolgten Information der Baubehörde an Berner ziehen.

Gemäss § 206 hat Berner die Möglichkeit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht. Im vorliegenden Sachverhalt ist jedoch das Problem, dass die Baubewilligung bereits rechtskräftig geworden ist. Gemäss § 35 VRPG ist die Erstreckung von gesetzlichen Fristen nur in einem absoluten Ausnahmefall möglich. Jedoch ist gemäss § 36 VRPG die Wiederherstellung möglich, wenn eine Partei geltend macht, sie sei unverschuldet abgehalten worden, rechtzeitig zu handeln.

Durch das vereinfachte Baubewilligungsverfahren wurden die Verfahrensrechte von Herrn B unterlaufen, er ist also unverschuldet davon abgehalten worden, Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzureichen.

Vor Verwaltungsgericht (als Rechtsmittelinstanz, vgl. § 206 Planungs- und Baugesetz) wird diese Verwaltungsgerichtsbeschwerde materiell eine klare Sache darstellen. Die Baubewilligung müsste an die Baubehörde zur korrekten Durchführung zurückgewiesen werden (Kassationsentscheid).

Frau Moser hat wie gesagt ein faktisches Interesse an der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Ihre Gründe der Einsprache wurden aufgrund eines durchgeführten Augenscheins als unbegründet erachtet. Ihre Partizipationsrechte am Einspracheverfahren wurden sehr ungenügend wahrgenommen, so wurde sie z.B. nicht zum besagten Augenschein eingeladen. Grundsätzlich sind bei einem Augenschein die betroffenen Parteien beizuziehen. Somit hat Frau B einen Trumpf in der Hand und könnte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wegen formeller Mängel der vorherigen Instanz gewinnen.

Fraglich ist allerdings, ob sie die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht versäumt hat: Auch sie könnte ein Wiederherstellungsgesuch gemäss § 36 VRPG stellen. Allerdings kann nicht gesagt werden, dass sie unverschuldet daran ist, dass sie nicht rechtzeitig handeln konnte. Sie hätte die Behörden mindestens davon wissen lassen müssen, dass sie längere Zeit verreist ist.

Die Behörde hat die Verfügung mit B-Post versendet. Somit ist nicht ganz klar, wann sie überhaupt tatsächlich zugegangen ist und ob die Beschwerdefrist überhaupt schon abgelaufen ist. Es besteht ein Beweisproblem, für das die Baubehörde einstehen muss.

Zudem hat die Behörde die Verfügung nicht mit einer Rechtsmittelfrist versehen, worauf Frau Moser gemäss §. 110 I lit. e VRPG Anrecht hat.

Schlussendlich wird also auch Frau M die Möglichkeit haben, Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu führen.

Fraglich ist auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die Baubehörde. Somit wurde die Vollstreckbarkeit der Baubewilligung nicht ausgesetzt, wie dies normalerweise gemäss Art. 131 I VRPG der Fall ist. In der Regel wird die aufschiebende Wirkung nur entzogen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen. Solche sind aber i.c. nicht ersichtlich. Frau M oder Herr B müssten also ein Gesuch gemäss Art. 131 III VRPG beim Verwaltungsgericht stellen, um einen Bau der Antenne evt. noch verhindern oder stoppen zu können.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Frau M und Herr B berechtigt sind, beim Verwaltungsgericht gegen die Baubewilligung Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu führen. Wegen zahlreicher sachlicher und formeller Mängel haben diese Verwaltungsgerichtsbeschwerden auch grossen Aussicht auf Erfolg.

Moser fragt zudem auch noch den Heimatschutzverband an. Fraglich ist, ob dieser gegen die Baubewilligung etwas ausrichten kann (Legitimation). Im vorliegenden Sachverhalt ist dies aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung möglich (Art. 201 lit. d des Planungs- und Baugesetz). Der Heimatschutzverband ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert. Es handelt sich dabei um so das Institut der sog. ideellen Verbandsbeschwerde.

Schlussendlich ist noch die Frage offen, ob vor Verwaltungsgericht eine öffentliche Verhandlung stattfinden wird. Dies ist eher nicht zu erwarten, da § 26 VRPG (nicht abgedruckt) vor Verwaltungsgericht ein ausschliesslich schriftliches Verfahren vorsieht. § 38 VRPG fällt also zum vornherein ausser Betracht.

Sollte den Beschwerdeführern vor dem kantonalen Verwaltungsgericht wider Erwarten nicht Recht gegeben werden, so steht der Weiterzug ans Bundesgericht mit der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (Art. 82 i.V.m. Art. 86 I lit. d BGG. Keine Ausnahme in Art. 83 BGG ersichtlich).

---

## Fall 7

Bei einem Monopol behält sich der Staat (Bund, Kanton, Gemeinde) das ausschliessliche Recht vor, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit, die als solche unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht, zu entfalten (oder an Dritte im Rahmen einer Konzession zu verleihen).

I.c. ist fraglich, ob es sich um ein rechtliches oder faktisches Monopol handelt. Ein rechtliches Monopol wird durch einen Rechtssatz legitimiert. Bei den faktischen Monopolen hat der Staat aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten, besonders aufgrund von Sachherrschaft über Strassen und Plätze, ein faktisches Monopol.

Wenn die Gemeinde X. das exklusive Recht zum Plakatieren an einen Privaten vergibt, so wird dies im Rahmen einer (Monopol-)Konzession erfolgen (wie dies bei der P AG geschehen ist). Die Rechtsnatur (ob eher verfügender oder vertraglicher Charakter) einer Konzession ist umstritten. Mit der Konzession ist im Vergleich zur Polizeibewilligung ein wohl erworbenes Recht verliehen. Mit der Polizeibewilligung wird lediglich festgestellt, dass ein (bereits gesetzlich formuliertes) Recht des Bewilligungsadressaten besteht.

Es besteht kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession. Die Verleihung einer Konzession liegt somit im Ermessen der Konzessionsbehörde.

Durch das vorliegende Monopol wird somit die Wirtschaftsfreiheit der R AG sowie die Eigentumsfreiheit der Privatgrundbesitzer eingeschränkt. Es wird somit eine Prüfung nach Art. 36 BV erforderlich, um die Legitimität des Monopols zu prüfen.

Das vorliegende Monopol ist differenziert zu prüfen:

Geht es um das **Plakatmonopol auf öffentlichen Grund**, handelt es sich um ein faktisches Monopol, weil der Staat die faktische Herrschaft über den öffentlichen Grund schon vor der Begründung des Monopols innehat. Voraussetzungen für die legitime Einrichtung von solchen faktischen Monopolen sind:

- das öffentliche Interesse (jedoch nicht ein rein fiskalisches)
- und Verhältnismässigkeit (weniger streng).
- Eine Gesetzesgrundlage ist aufgrund der faktischen Herrschaft nicht notwendig<sup>7</sup>

Nicht zulässige öffentliche Interesse sind rein fiskalische Gründe des Staates. Damit würde der in Art. 94 BV verankerte Grundsatz des freien Wettbewerbs ausgehebelt. Der Staat darf Monopole nicht deswegen einführen, um dabei private Konkurrenten auszuschliessen und Geld zu verdienen.

Als zulässiges öffentliches Interesse wird der Landschafts- und Ortsbildschutz angeführt, welcher gestört wird, wenn ein Wildwuchs an Plakaten entsteht.

Es ist fraglich, ob das Monopol verhältnismässig ist. Gerade in Bezug auf die Prüfung des rechtlichen Monopols wird es sich zeigen, dass man eine gegenteilige Position vertreten kann.

Wenn es um das **Plakatmonopol auf privatem Grund** geht, handelt es sich um ein rechtliches Monopol, weil der Staat über die privaten Grundstücke kein Eigentum und somit auch kein Herrschaftsrecht darüber hat. Für ein rechtliches Monopol sind vorausgesetzt:

- Gesetz im formellen Sinn (auch Gemeinderlass)
- Öffentliches Interesse
- Verhältnismässigkeit (strenger)
  - Eignung
  - Erforderlichkeit
  - Zweck-Mittel-Relation

---

<sup>7</sup> aber wünschbar.

Die gesetzliche Grundlage ist i.c. vorhanden; es kann davon ausgegangen werden, dass es sich um eine formellgesetzliche Grundlage handelt (anders sähe es aus, wenn der Gemeinderat diese Bestimmung auf Verordnungsstufe erlassen hätte).

Das öffentliche Interesse besteht erneut im Landschafts- und Ortsbildschutz.

Die Verhältnismässigkeitsprüfung gliedert sich Prüfung der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Das Monopol ist geeignet, um den Plakatwildwuchs zu verhindern. Das Bundesgericht hat jedoch die Erforderlichkeit nicht gestützt. Eigentlich würde ein blosses Bewilligungsverfahren genügen, um das öffentliche Interesse zu wahren. Dafür braucht es nicht das Mittel eines Monopols mit der zugehörigen Konzessionserteilung.

Gerade in Bezug auf das Monopol auferd Plakatierung auf Privatboden ist der Gemeinderat also nicht im Recht.

## Fall 8

Die Absichten Hans Hubers sind entsprechend der Fragestellung in zwei Phasen einzuteilen. In der ersten Phase erbittet er um Genehmigung für den Garagenbau mit Wasseranschluss und in der zweiten um Kauf eines Stück Landwirtschaftslandes mit Bau einer Anschlussstrasse darauf.

### Phase 1: Garagenbau

Für den Bau einer Baute wird eine Baubewilligung erfordert. Es handelt sich dabei um eine Anspruchsbewilligung; wenn der Gesuchsteller alle gesetzlichen Erfordernisse einhält, so muss er auch die Bewilligung erhalten

Voraussetzung einer Baubewilligung ist jedoch gemäss Art. 22 RPG die Zonenkonformität und die Erschliessung des Landes. Da für Hubers Vorhaben weder die Zonenkonformität noch die Erschliessung vorhanden sind, kann die Baubewilligung für die Garage nicht erteilt werden. Eine ordentliche Baubewilligung wäre hier also zu verweigern.

Art. 24 RPG sieht subsidiär die Möglichkeit einer Ausnahmbewilligung (als Ermessensbewilligung; es gibt also keinen Anspruch auf Ausnahmbewilligung)<sup>8</sup> vor.

Erfüllt Hubers Vorhaben die Voraussetzungen von Art. 24 RPG? Ist die Standortgebundenheit gemäss Art. 24 lit. a RPG gegeben? Diese Frage ist zu verneinen; erstens ist es fraglich, wieso Huber eine Garage für ein solch kleines Haus benötigt, zweitens muss die Garage nicht unbedingt gerade neben dem Haus stehen. Es könnte dem Huber auch zugemutet werden, die Garage in der nahen Bauzone zu errichten. Die Voraussetzungen von Art. 24 RPG sind vorliegend also nicht vorhanden. Eine Ausnahmbewilligung kann dem Huber nicht zugestanden werden.

In Art. 24c RPG wird vorgesehen, dass zonenwidrig gewordene Bauten (die ursprünglich einmal rechtmässig gewesen sind), massvoll erweitert werden können. Dies könnte ein letzter Ausweg für Herr Huber darstellen. Es wird die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten. Somit ist wieder eine Interessenabwägung vorausgesetzt. Gelegentlich kommt, dass das Recht zur massvollen Erweiterung in Art. 42 der Raumplanverordnung detaillierter festgelegt wird: Es ist einerseits ist zu beurteilen, ob der Ausbau die ursprüngliche Identität wahrt. In allen Fällen kann einer Erweiterung nicht zugestimmt werden, wenn sie über 30 % der ursprünglichen Grösse hinausgeht, was hier der Fall ist.

Herr Huber wird also in keinem Fall eine rechtliche Möglichkeit erhalten, die Garage zu bauen.

I.c. wird unabhängig von der Raumplanungsbehörde eine Gewässerschutzbehörde prüfen müssen, ob Hubers Absichten, in der Garage einen Wasseranschluss zu bauen, rechtmässig sind. Auch für diese Absicht bräuchte es eine Bewilligung. Für Hubers Vorhaben des Garagenbaus wären also zwei Bewilligungen notwendig

Mit der Koordination der Bewilligungen soll erreicht werden, dass ein widerspruchsfreies Resultat erfolgt, wenn die Errichtung oder die Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden erfordert. In diesem Fällen muss gemäss Art. 25a RPG eine Leitbehörde bezeichnet werden.

Die Leitbehörde wird in der Regel die Bewilligungsentscheide der unterschiedlichen Behörden sammeln und gemeinsam eröffnen. Diese gemeinsam zu eröffnenden Entscheide sind bei einer einzigen Rechtsmittelinstanz anzufechten (Art. 33 Abs. 4 RPG).

I.c. müsste der Entscheid der Gewässerschutzbehörde mit dem ablehnenden Entscheid der Raumplanungsbehörde abgestimmt werden. Die Gewässerschutzbehörde muss dann eigentlich nicht mehr über die Anschlussbewilligung brüten, wenn schon zum vornherein feststeht, dass keine Baubewilligung erteilt werden kann.

### Phase 2: Kauf des landwirtschaftlichen Grundstückes zum Zwecke der Erstellung einer Zufahrt.

---

<sup>8</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes: „können“

Der geplante Kauf widerspricht Art. 58 des Bundesgesetzes über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB), weil von landwirtschaftlichen Gewerben nicht einzelne Grundstücke abgetrennt werden dürfen (Realteilungsverbot) und damit das Zerstückelungsverbot verletzt wird.

Art. 60 BGBB sieht allerdings Ausnahmegewilligungen vom Zerstückelungsverbot als Anspruchsbewilligung (Gesetzeswortlaut „Die kantonale Bewilligungsbehörde bewilligt...“) vor. So muss gemäss lit. d eine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn der abzutrennende Teil der einmaligen Arrondierung eines nichtlandwirtschaftlichen Grundstücks ausserhalb der Bauzone dient. Der Arrondierungsbegriff in lit. d der Bestimmung ist relativ grosszügig auslegen.

Somit müsste dem Huber also eigentlich eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 60 lit. d BGBB erteilt werden. Doch auch hier ist die Koordination zwischen mehreren Bewilligungen entscheidender Sachverhalt:

Gibt es hier noch etwas zu koordinieren? Ja, denn der Landkauf ist nur notwendig, solange Huber das damit verbundene Ziel erreichen kann; nämlich die Erschliessung seines Gebäudes mit einer Strasse. Die zuständige Bewilligungsbehörde für die Fragen des BGBB muss mit der Raumplanungsbehörde Kontakt aufnehmen (Art. 4a VBB) und sich erkundigen, ob Huber die Anschlussstrasse überhaupt bauen kann. Wahrscheinlich wird Huber auch die Strasse nicht in die Landwirtschaftszone hineinbauen können. Somit müsste die Ausnahmegewilligung nach Art. 60 lit. d BGBB ebenfalls verneint werden, weil gar keine Arrondierung realisiert werden könnte. Auch hier wird mit der Koordination ein widersprüchliches Ergebnis verhindert.

---

17. Januar 2007

### Fall 9/1

a) Wir befinden uns im Bereich der Kausalabgabe, weil mit dieser „Beleuchtungsgebühr“ eine Leistung des Gemeinwesens – die Beleuchtung – abgegolten werden soll. Die Kausalabgaben können ferner unterteilt werden in Gebühren und Vorzuglasten. Es ist i.c. von einer **Vorzuglast** zu sprechen, weil die i.c. vorliegende „Gebühr“ (Achtung irreführender Ausdruck in der Fragestellung) unabhängig davon geschuldet wird, ob der kostenpflichtige Vorzug (der vom Gemeinwesen zur Verfügung gestellt wird) tatsächlich von den Abgabepflichtigen „genossen“ wird oder nicht.

b+c) Zuerst ist zu prüfen, ob eine gesetzliche Grundlage für die Gebühr besteht.

Die gesetzliche Grundlage ist im Reglement über die Erhebung einer Beleuchtungsgebühr zu erblicken, an ihr gibt es eigentlich nichts zu rütteln.

Es ist jedoch zu fragen, ob die Eheleute Lauener gegenüber dem benachbarten Mieter – welcher ja nichts zahlen muss – ungewöhnlich benachteiligt sind. Das Bundesgericht hatte einen solchen Fall zu beurteilen und führte aus; der Zweck der Beleuchtung ist offensichtlich die Verkehrssicherheit. Die Beleuchtung welchen Nachbarn aus einer solchen Verkehrsbeleuchtung zukommt, ist eher ein zufälliger Nebeneffekt; keinesfalls Hauptzweck dieser Beleuchtung. Die Verkehrssicherheit kommt allen Leuten gleich zugute, welche die Strassen nutzen, unabhängig davon, ob Nachbarn dieser Beleuchtung nun zufällig einen Nutzen aus dieser Beleuchtungsanlage ziehen oder nicht. Somit entspricht die Erhebung einer Vorzuglast nach den Kriterien des Abstandes zur Beleuchtung nicht dem Hauptzweck der Beleuchtung und ist nach den Kriterien der **Rechtsgleichheit** nicht haltbar. Das Bundesgericht hat also im Rahmen der konkreten Normenkontrolle die Rechtsgrundlage als rechtswidrig erachtet.

### Fall 9/2

a) Es handelt sich um eine **Verwaltungsgebühr**, weil eine bestimmte Behörde in Anspruch genommen wird. Für die Gebühr des Registerauszuges (40.- Franken) liesse sich auch noch die Auffassung vertreten, dass es sich dabei um eine **Kanzleigegebühr** handelt.

b) Art. 127 Abs. 1 BV beschreibt die **Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage** für öffentliche Abgaben. Öffentlich-rechtliche Abgaben bedürfen der Grundlage in

- **Gesetz im formellen Sinn**, das
- Kreis der Abgabepflichtigen (**Abgabesubjekt**)
- Gegenstand der Abgabe (**Abgabeobjekt**)
- Höhe der Abgabe (**Bemessungsgrundsätze**)
- Allfällige **Ausnahmen** von der Abgabepflicht

umschreibt. Dabei sind folgende **Relativierungen** von Art. 127 Abs. 1 BV zu beachten

- Das Legalitätsprinzip wird bei den **Kanzleigebühen** relativiert in Bezug auf die Normstufe; hinsichtlich der tiefen Kosten genügt eine Verordnung.
- Bei **Kausalabgaben** können das **Kosten- und das Äquivalenzprinzip** die Normdichte bezüglich der Bemessungsgrundsätze ergänzen (d.h. die gesetzliche Grundlage für Kausalabgaben muss die Bemessungsgrundsätze nicht so genau umschreiben

wie bei einer Steuer, die Prinzipien des Kosten- und Äquivalenzprinzips können eine vage Festsetzung der Bemessungsgrundsätze ergänzen).

Die gesetzliche Grundlage der vorliegenden Kausalabgabe ist in Art. 929 OR (als Delegationsnorm) zu erblicken. Dem Bundesgesetz kann man immerhin entnehmen, dass eine Gebühr für einen Registereintrag verlangt werden kann. Aber der Kreis der Abgabepflichtigen, wie auch das Abgabeobjekt sind im Bundesgesetz nicht genügend geregelt, da die gesetzliche Grundlage sehr rudimentär ist. Nur über die Bemessungsgrundlage findet sich in Abs. 2 eine sehr vage Umschreibung. Man kann vertreten, dass das Abgabesubjekt eigentlich indirekt in Art. 641 Ziff. 2 umschrieben ist; da dort festgesetzt wird, wer einen Handelsregistereintrag machen muss. Es ist fraglich, ob dies als genügende Umschreibung des Abgabesubjekts gelten kann.

Bezüglich der gesetzlichen Grundlage ist allerdings das **Anwendungsgebot der Bundesgesetze** zu beachten (neu in Art. 190 BV). Das Bundesgericht kann zwar ein Bundesgesetz als ungenügend kritisieren, muss es aber trotzdem anwenden

Die genaue Festschreibung der Gebühren über eine Verordnung genügt eigentlich dem Legalitätsprinzip nicht (Voraussetzung des formellen Gesetzes)

Es besteht also eine rudimentäre Bundesgesetzgebung, die nicht auf Verfassungsmässigkeit (Legalitätsprinzip) kontrolliert werden kann. Es bleibt dem Bundesgericht nichts anderes übrig, als zu prüfen, ob sich die Verordnung im Rahmen dieser (eigentlich zu) extensiven Delegation hält. Den – eigentlich zu weiten – Delegationsrahmen kann das Bundesgericht nicht einschränken.

Es ist bei der Gebühr von 300.- Franken für den Registereintrag nach Kosten- und Äquivalenzprinzip zu entscheiden, ob sie angemessen ist. Eine Abwägung findet sich in den beigelegten Urteilen.

### Fall 9/3

a) I.c. wurde für eine Sondernutzung des öffentlichen Bo eine Konzession erteilt (Sondernutzungskonzession). Es handelt sich hier um eine sog. **Konzessionsgebühr**.

b) Eine gesetzliche Grundlage für die Gebühr liegt i.c. vor; die Höhe der ausgesprochenen Gebühr wirft aber Fragen auf.

Auf den ersten Blick erscheint die Gebühr relativ hoch. Doch der Umstand der Lage (an zentraler Stelle) der Sondernutzung und des Zwecks des Konzessionärs (Erwirtschaftung von Gewinn) können aus Sicht des Gemeinwesens die Gebühr rechtfertigen.

Für die Ermittlung der Gebühr kann das Kostendeckungsprinzip nicht hinzugezogen werden, weil dem Gemeinwesen eigentlich keine Kosten entstehen. Auf der Seite der CS Boston Group könnte man anhand des Äquivalenzprinzips (wo das Mass der Leistung und der Gegenleistung gegenübergestellt wird) argumentieren, dass die Gebühr zu hoch sei.

Das Bundesgericht hat die Höhe der Gebühr als rechtmässig gestützt.

### Fall 10

a) Der Marktplatz ist eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch. Der schlichte Gemeingebrauch daran ist jedermann zulässig. Sobald der Marktplatz nicht mehr bestimmungsgemäss gebraucht wird, spricht man von einem gesteigerten Gemeingebrauch (z.B. Aufstellen eines Standes, Demonstration). Das Aufstellen einer Rutschbahn muss klar als **gesteigertes Gemeingebrauch** qualifiziert werden kann. Dafür kann das Gemeinwesen eine **Bewilligung** vorsehen, um den verschiedenen Interessen und Benutzungsmöglichkeiten Rechnung zu tragen sowie zwischen ihnen zu koordinieren. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung braucht es dafür keine gesetzliche Grundlage, in der Lehre wird diese Praxis aber kritisiert. Ein **bedingter Anspruch** auf eine Bewilligung besteht, sofern die der Bewerber Grundrechte (z.B. Meinungsäusserungsfreiheit oder Wirtschaftsfreiheit) ausüben möchte.

Gibt es einen Anspruch auf eine Bewilligung einer Nutzung eines Marktplatzes für die Fun AG? Der Platz auf dem Marktplatz ist beschränkt, die Gemeinde ist gezwungen eine Auswahl zwischen den verschiedenen Bewerber zu treffen. Es besteht also ein **grosser Beurteilungs- und Ermessenspielraum für das Gemeinwesen**. Der Gemeinde muss es deshalb möglich bleiben **sachliche Argumente** gegen die Bewilligung des Angebotes der Fun AG anzubringen; dies genügt dem Gleichbehandlungsgebot unter Konkurrenten. Zulässiges Argument wäre z.B., dass dem bisherigen Charakter des Jahrmarktes und den Bedürfnissen der Bevölkerung Rechnung getragen werden soll und die Fun AG diesen Anforderungen nicht entspricht. Keine sachliche Begründung wäre z.B., dass man aus Gewohnheit bei den bisherigen Bewerbern bleiben will.

b) Die städtische Turnhalle liegt im **Verwaltungsvermögen** des Gemeinwesens, weil sie einer bestimmten Nutzung gewidmet ist (Sportunterricht und -ausbildung). Diese Nutzung kann das Gemeinwesen im Rahmen einer Verwaltungsverordnung regeln. Die Fun AG hat keinen Anspruch darauf, dass ihr die Garderoben zur Verfügung gestellt werden.

c) Die Lagerhalle ist sachenrechtlich gesehen **Finanzvermögen** des Gemeinwesens, weil sie nicht einer bestimmten Nutzung gewidmet ist. Die Gemeinde verwaltet diese Lagerhalle als Privatrechtssubjekt nach privatrechtlichen Regeln. Das Gemeinwesen ist bezüglich dieser privatrechtlichen Tätigkeit trotzdem an die Grundrechte (z.B. Rechtsgleichheit) gebunden. Dies steht im Spannungsfeld zur Privatautonomie, welche dem Gemeinwesen im Privatrecht zustehen sollte. Ob die Fun AG deswegen einen Anspruch auf Vermietung der Lagerhalle hat, ist also fraglich und im Rahmen einer Abwägung zwischen den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und der Privatautonomie zu entscheiden.

---

24. Januar 2007

### Fall 11

Die Auszahlung der Pensionskassenversicherung, welche an Herrn Moser erfolgt war, war rechtswidrig. Deswegen musste die Pensionskasse, den der Frau Moser zustehenden, Ausgleichsanspruch nochmals zahlen. Insofern ist der Pensionskasse ein Schaden von 130 200.- Franken entstanden. Dieser Sachverhalt ist gesetzt und soll nicht weiter hinterfragt werden.

Zu prüfen bleibt, ob die Versicherung diesen Schaden von 130 200.- Franken womöglich von jemanden zurückfordern kann.

Als potentielle Haftungssubjekte kommen in Betracht Herr Moser (der die Unterschrift seiner Frau gefälscht hat und damit eine Beglaubigung erschlich), Karl Bühlmann als Urkundsperson und schlussendlich die Gemeinde.

Gegen Moser könnte die Versicherung aufgrund öffentlichem Recht vorgehen (versicherungsrechtlicher Anspruch ausserhalb des Übungstoffes) oder mit einer zivilrechtlichen Klage gemäss Art. 41 OR.<sup>9</sup>

Aus dem Sachverhalt geht allerdings hervor, dass Moser nicht wirklich geschäftlichen Erfolg hat. Deswegen wird er von der Versicherung wohl vorerst nicht ins Recht gefasst werden, obwohl er eigentlich am meisten Unrecht verwirklicht hat.

Kann die Pensionsversicherung gegen den Beurkunder Karl Bühlmann vorgehen und den Schaden von ihm herausverlangen?

§ 1 Abs. 3 des Haftungsgesetzes des Kantons Luzern sieht vor, dass besondere Haftungsbestimmungen den allgemeinen Bestimmungen des Haftungsgesetzes vorgehen. In § 55 des Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen (Beurkundungsgesetz) findet sich tatsächlich eine besondere Haftungsbestimmung für die Haftung von Beurkundungspersonen. Diese Bestimmung gäbe die Möglichkeit des direkten Vorgehens gegen den Bühlmann nach den Regeln des OR.<sup>10</sup> Doch Herr Bühlmann ist (noch) nicht Substitut des Gemeindeschreibers und somit (noch) keine Urkundsperson im Sinne des Beurkundungsgesetzes. Somit kann gegen ihn nicht gestützt auf das Beurkundungsgesetz vorgegangen werden. Die Haftungsbestimmung § 55 Beurkundungsgesetz fällt ausser Betracht.

Es bleibt (subsidiär) nur noch die Rechtsgrundlage des kantonalen Haftungsgesetzes. Nach diesem ist Herr Bühlmann zwar Haftungssubjekt (§ 1 Abs. 2 lit. a), doch gemäss § 4 Abs. 4 des Haftungsgesetzes hat die Pensionkasse gegen Bühlmann keinen direkten Anspruch (mag er noch so fehlbar oder absichtlich gehandelt haben), sondern nur gegen das Gemeinwesen (Prinzip der ausschliesslichen Staatshaftung).

Schlussendlich ist zu prüfen, ob die Pensionskasse gegen Bühlmann einen zivilrechtlichen Anspruch aus Art. 41 OR hat. Gemäss Art. 61 Abs. 2 OR können die Kantone die Haftungspflicht von Beamten vom OR abweichend regeln. Dass ist i.c. mit dem Haftungsgesetz geschehen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung können für Haftung gewerblicher Verrichtungen der Beamten die Bestimmungen des Obligationenrecht allerdings nicht abgeändert werden. Mit „gewerblichen Verrichtung“ ist das Handeln nach Privatrecht gemeint und nicht etwa die Beglaubigung von Unterschriften. Die Ausnahme von Abs. 2 kommt also nicht zur Anwendung. Der Kanton hat die Haftungsvoraussetzungen im Haftungsgesetz anders vorgesehen als im Obligationenrecht (also von der Kompetenz in Abs. 1 Art. 61 OR Gebrauch gemacht). Somit fällt der zivilrechtliche Weg gegen Bühlmann weg.

Herr Bühlmann kann von der Pensionkasse also nicht direkt belangt werden.

Es liegt nun auf der Hand, dass die Versicherung einen Anspruch gegen die Gemeinde prüfen sollte. Gemäss § 4 des kantonalen Haftungsgesetzes haftet die Gemeinwesen für den vollen Schaden, den ein Angestellter einem Dritten in Ausübung amtlicher Verrichtungen widerrechtlich zufügt, sofern es nicht nachweist, dass dem Angestellten kein Verschulden zur Last fällt. Dieser Paragraph umschreibt die **Voraussetzungen für eine Staatshaftung** des Gemeinwesens:

---

<sup>9</sup> bei welcher von der Pensionskasse allerdings mehr Voraussetzungen zu beweisen sind, als beim Anspruch aus dem Versicherungsrecht.

<sup>10</sup> Die Regeln des OR gelangen als öffentlich-rechtliches Recht zur Anwendung. Es handelt sich dabei um einen Verweis des öffentlichen Rechts auf das Bundeszivilrecht. Dies bedeutet nicht etwa, dass das Zivilverfahren zur Anwendung käme; bei einer Klage müsste der öffentlich-rechtliche Prozessweg eingeschlagen werden.

- **Beamter:** Bühlmann gilt im Sinne des Haftungsgesetzes (§ 1 Abs. 2 lit. c) als Beamter.
- **Schaden:** Der Schaden beträgt i.c. 130 200.- Franken.
- **Ausübung in amtlicher Verrichtung:** Bühlmann bewirkte den Schaden in amtlicher Verrichtung. Die Beurkundung einer Unterschrift ist als amtliche Verrichtung anzusehen.
- **Widerrechtlichkeit:** Die Widerrechtlichkeit einer Vermögensverletzung wird damit begründet, dass mit der vermögensschädigenden Handlung zugleich eine Schutznorm verletzt wurde. Die Schutznorm muss zwecklich dem Schutz des Vermögens dienen. I.c. wurde von Bühlmann eine Norm des Beurkundungsgesetz verletzt (§ 42), welche den ordentlichen Rechtsverkehr und schlussendlich auch das Vermögen schützt. Zudem begeht Bühlmann gemäss StGB eine Amtsanmassung. Eine Widerrechtlichkeit ist also im Sinne eines Handlungsunrechtes zu bejahen, weil mit der vermögensschädigenden Handlung eine Schutznorm verletzt wurde.
- **Adäquater Kausalzusammenhang:** Die Beglaubigung der Unterschrift hat dazu geführt, dass die rechtswidrige Auszahlung getätigt wurde und somit der Schaden der Pensionskasse entstanden ist.
- **Exkulpationsbeweis** der Gemeinde: Die Gemeinde hat gemäss der vorliegenden Haftungsnorm die Möglichkeit, die Haftung auszuschliessen: Sie muss geltend machen können, dass der Beamte ohne Verschulden gehandelt hat. Das Verschulden wird also vermutet (umgekehrte Beweislast). Das Verhalten von Bühlmann muss aber mindestens als fahrlässig eingestuft werden. Der Exkulpationsbeweis wird der Gemeinde nicht gelingen.

Somit hat die Pensionskassenversicherung einen Anspruch gegen die Gemeinde auf Ersatz ihres Schadens im Umfange von 130 200.- Franken.

Wenn die Pensionkasse diesen Anspruch geltend machen möchte, muss sie gemäss § 7 Haftungsgesetz überraschenderweise ein **Zivilgericht** anrufen. Dies hat historischen Ursprung. Weil früher der Verwaltungsrechtsweg oft nicht verwaltungsunabhängig (kein unabhängiges Gericht) war, hatte man Staatshaftungsangelegenheiten auf die unabhängigen Zivilgerichte verwiesen. Ferner zu beachten ist, dass für das Bundesgericht eine Streitwertgrenze von 30 000.- Franken gilt (Art. 85 I lit a BGG).

Die Gemeinde hat gemäss Art. § 10 ff. des Haftungsgesetzes eine **Regressmöglichkeit** gegen den widerrechtlich und verschuldet handelnden Beamten („inneres Verhältnis“). Die Gemeinde steht es also offen, gegen Bühlmann einen Rückforderungsanspruch geltend zu machen, sofern die Voraussetzungen der Regression erfüllt sind. Wenn es hier zum Prozess käme, wäre er gemäss § 15 II des Haftungsgesetzes nicht vor dem Zivilgericht zu beurteilen, sondern im Klageweg ans Verwaltungsgericht einzuleiten.

## Fall 12

Von der neu gebauten Strasse - die auf dem Grundstück des Staates steht - geht eine Immission (Lärm) auf die nachbarlichen Grundstücke über. Als Abwehranspruch gegen den Strassenlärm steht den benachbarten Grundeigentümern (und obligatorisch Berechtigten) in erster Linie der zivilrechtliche Behelf des Nachbarrechts (Art. 679 ZGB) zur Verfügung.

Wenn allerdings die Immissionen **untrennbar mit dem öffentlichen Werk zusammenhängen und deren Beseitigung nicht möglich oder unverhältnismässig ist**, dann **fällt der zivilrechtliche Anspruch auf Beseitigung der Immissionen weg**. Wären die Immissionen nicht untrennbar mit dem öffentlichen Werk verbunden, so könnten die Nachbarn deren Beseitigung (zivilrechtlich) verlangen. Da der Strassenlärm allerdings untrennbar mit dem Betrieb der Kantonsstrasse verknüpft ist, können die Nachbarn ihren zivilrechtlichen Nachbaranspruch nicht geltend machen.

Das Nachbarrecht muss in diesem Fall aber vom Staat enteignet (materielle Enteignung) oder das Eigentumsrecht entschädigungslos öffentlich-rechtlich beschränkt werden (vgl. Art. 5 EntG und § 6 lit. c des kantonalen Enteignungsgesetzes). Die **materielle Enteignung** hat eine **Entschädigungsfolge**. Wird eine Einschränkung des Nachbarrechtes lediglich als **öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung** qualifiziert, so hat der Beschränkte keinen Anspruch auf Entschädigung.

Da die Eigentumsbeschränkung für einen Zweck von kantonalem Interesse (kantonale Umfahrungsstrasse) stattfindet, ist kantonales Enteignungsrecht anwendbar.

Die **Voraussetzungen** für eine Annahme einer **materiellen Enteignung** (mit Entschädigungsfolge) im Zusammenhang mit dem Entzug von Nachbarrechten sind:

- **Unvorhersehbarkeit** der Immissionen im Zeitpunkt des Grundstückerwerbs oder Abschluss des Mietvertrages.
- Besondere **Intensität** der Einwirkung.  
Bei Lärmfragen betrachtet man die Intensität dann gegeben, wenn Immissionsgrenzwerte von Art. 13 USG verletzt sind.
- Schlussendlich muss die Beeinträchtigung auch eine gewisse **Schwere** haben.  
Hier knüpft man an die Beeinträchtigung des Verkehrswerts der betroffenen Liegenschaften an.

Sind diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt, so wird dem Beschränkten eine Entschädigung geschuldet.

Bei **Anna** sind die Immissionsgrenzen eingehalten, aber nicht die Planungswerte. Bei der Errichtung einer neuen Anlage sollten die Planungswerte (die Rücksicht auf den Menschen und sein Wohlbefinden nehmen) der Immissionen eingehalten werden. Die Immissionsgrenzwerte (sind höher als die Planungswerte) legen fest, ab wann eine Einwirkung als schädlich erachtet wird. Bei der Voraussetzung der Intensität der materiellen Enteignung knüpft man in der Praxis an die Immissionsgrenzwerte an. Somit erfüllt die Beschränkung der Nachbarrechte von Anna die Voraussetzung der besonderen Intensität nicht. Sie hat keinen Anspruch auf Entschädigung.

Bei **Berta** sind die Immissionsgrenzwerte hingegen verletzt. Die Voraussetzung der Intensität ist gegeben. Zudem hat das Haus sich jahrzentlang an einer ruhigen Lage befunden; der Verkehrswert der Liegenschaft wird sich mit dem Bau der Strasse wohl erheblich vermindert haben. Es liegt also auch eine Beeinträchtigung mit einer gewissen Schwere vor. Zudem war für sie die Immission nicht vorhersehbar. Die Voraussetzungen einer materiellen Enteignung sind gegeben. Das Gemeinwesen schuldet ihr eine Entschädigung für die Beschränkung ihres Eigentumsrechtes.

Die **Karla** hat das von Berta Haus gemietet. Die Abwehransprüche gemäss Art. 679 ZGB stehen in der Praxis auch den relativ Berechtigten an einem Grundstück zu. Diese Tatsache, dass Mieter ebenfalls Anspruch auf Entschädigung haben, ist positivrechtlich auch in Art. 5 EntG formuliert. Der Mieter hat aber nur Anspruch auf Entschädigung für die Zeitspanne, bis der vorliegende Mietvertrag ordentlich gekündigt werden könnte.

**Diana** erfüllt alle Voraussetzungen der materiellen Enteignung. Weil sie eine Pension für ruhebedürftige ältere Personen betrieben hat, besteht eine erheblich erhöhte Interessenlage. Sie kann, zusätzlich zum üblichen Entschädigungsanspruch, die Inkonvenienzen dafür geltend machen, dass der Betrieb ihrer Pension nun unmöglich geworden ist (vgl. § 18 lit. c Enteignungsgesetz des Kantons). Sie wird eine höhere Entschädigung erhalten, als restlichen anderen Entschädigungsberechtigten.

**Frieda** hat das Haus gekauft nach dem kantonalen Entscheid eine Umfahrungsstrasse zu bauen. Somit waren die Immissionen für sie vorhersehbar. Frieda hat also kein Anspruch auf Entschädigung.

Das Verfahren wird folgendermassen ablaufen: Vorerst legt eine Schätzungskommission (§ 38 des kantonalen Enteignungsgesetzes) die Art und Höhe der Entschädigung fest. Sind die Berechtigten damit nicht einverstanden, steht ihnen die Beschwerde gegen diesen Entscheid ans kantonale Verwaltungsgericht offen. Von dort aus besteht die Möglichkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht.

---