



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

# GRUNDLAGEN UND SCHRANKEN DES VERWALTUNGSHANDELNS

Die hauptsächlichen Rechtsquellen des VerwR:

- Gesetz
- Erlasse autonomer Verwaltungsträger und Verwaltungseinheiten
- Gewohnheitsrecht, Richterrecht, allgemeine Rechtsregeln.

Gesetz bildet die wichtigste Quelle.

**Begriff des Rechtssatzes:** alle generell-abstrakten Normen, welche natürlichen und juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen, die Organisation und die Zuständigkeit der Behörden regeln oder das Verfahren ordnen.

## Verordnung

Erlasse, die in der Normenhierarchie unterhalb von Verfassung und Gesetz stehen. Zweitwichtigste Quelle. Es gibt:

**Parlaments-, Gerichts- und Regierungsverordnungen.** Kriterium: Verordnungsgeber.

→ **Parlamentsverordnung:** generell-abstrakte Erlasse des Parlaments, die nicht das Verfahren der formellen Gesetzgebung durchlaufen. Vorausgesetzt ist stets eine besondere Delegation durch Verfassung oder Gesetz.

→ **Gerichtsverordnung:** generell-abstrakte Erlasse von Gerichtsbehörden. Gewöhnlich regeln sie organisatorische Belange und die Gerichtsgebühren, häufig als „**Reglemente**“ bezeichnet. Brauchen Ermächtigung im einschlägigen Gesetz.

→ **Regierungsverordnung:** generell-abstrakte Erlasse der Exekutivbehörden. Gehen gewöhnlich von der Regierung als Verwaltungsspitze aus. Machen den überwiegenden Teil des Verordnungsrechts aus.

## Arten von Regierungsverordnungen

### Verwaltungsverordnung und Rechtsverordnung

Kriterium: Adressatenkreis.

- **Verwaltungsverordnung:** richten sich an Behörden. Nur im verwaltungshierarchischen Verhältnis zwischen übergeordneter und untergeordneter Verwaltungseinheit, „Innenrecht“. Geltungsgrund in Hierarchie. Nicht in amtlicher Rechtssammlung.
- **Rechtsverordnung:** richten sich an die Allgemeinheit. Verhältnis zwischen Behörden und Privaten, „aussengerichtet“. Geltungsgrund im übergeordneten Recht, „echte“ Rechtssätze.

### Selbständige und unselbständige Verordnungen

Kriterium: Rechtsgrundlage.

- **Selbständige Verordnung:** ergehen unmittelbar gestützt auf die Verfassung, die Zwischenstufe des formellen Gesetzes entfällt.
- **Unselbständige Verordnung:** stützen sich auf das Gesetz, dem sie zugeordnet sind. Vom Bestand dieses Gesetzes abhängig. Verordnungen sind i.d.R. unselbständig.

### Vollziehungsverordnung und gesetzesvertretende Verordnung

Kriterium: Verhältnis zum Gesetz.

- **Vollziehungsverordnung:** verdeutlichen den Inhalt des Gesetzes, haben keine Gesetzesfunktion. Sichere und gleichmässige Anwendung des Gesetzes gewährleisten. Z.B. Raumplanungsverordnung, Verkehrsregelverordnung.
- **Gesetzesvertretende Verordnung:** ergänzt die gesetzliche Regelung, soweit das Gesetz selbst dazu ermächtigt. Gesetzesfunktion. Bleibt vom Bestand des übergeordneten Gesetzes abhängig. Typische Situationen:
  - Gesetzgeber hat bestimmte Frage bewusst nicht geregelt, überlässt Vervollständigung der Exekutive
  - Gesetzgeber hat zwar vollständige Regelung erlassen, will aber Exekutive die Möglichkeit einräumen, Teile dieser Regelung u.U. zu durchbrechen.
 Es setzt in jedem Fall eine entsprechende Delegationsnorm im Gesetz voraus.

### **Gewohnheitsrecht**

Generell-abstrakte Regeln, die aufgrund langjähriger Anwendung in der Rechtsgemeinschaft allgemein anerkannt sind. Gewohnheitsrecht hat selbst Gesetzescharakter. Praxisänderungen, welche dem einmal erkannten Gewohnheitsrecht widersprechen sind darum unzulässig.

### **Richterrecht**

Generell-abstrakte Regeln, die aus einer längeren gefestigten Justizpraxis heraus entstanden sind. Die Bedeutung beschränkt sich auf zwei Bereiche:

- Richterliche Konkretisierung von Verfassungsnormen
- Richterliche Systematisierung und Typisierung von Verwaltungsrechtsverhältnissen

Richterrecht darf Gesetz nur **ergänzen und konkretisieren**, nicht aber von ihm abweichen.

### **Allgemeine Rechtsregeln**

Rechtsnormen für Konfliktsituationen, die in den verschiedenen Rechtsgebieten in ähnlicher Weise auftreten, Rang von Gesetzesrecht. Sie müssen erst noch gebildet werden, zuständig dafür sind die Gerichte.

### **Intertemporales Recht**

Geeignete Übergangsbestimmungen

Die Rechtssicherheit verbietet zeitliche Willkür in der Rechtssetzung.

Dringlich, wenn:

- Wenn der Lenkungszweck des Gesetzes dies gebietet
- Wenn längeres Zuwarten zur Gefährdung von Polizeigütern führen würde

= unverzügliche und ungeteilte Inkraftsetzung neuerer Erlasse bilden den Normalfall.

Härtefall, wenn:

- Das neue Recht von den Adressaten technische Umstellungen verlangt
- Das neue Recht Dispositionen entwertet, die im Vertrauen auf den Weiterbestand des alten Rechts getätigt wurden

Es kommen Übergangsbestimmungen in Kraft, das neue Recht tritt gestaffelt in Kraft oder erst nach Ablauf einer bestimmten Frist.

Dabei stehen sich zwei Interessen gegenüber: die *Kontinuitätsinteressen* der Privaten und die *Geltungsinteressen* des Gemeinwesens.

- Tritt die Rechtsänderung **während des erstinstanzlichen Verfahrens** ein, so ist stets das neue Recht anzuwenden.
- Tritt die Rechtsänderung erst **während des Beschwerdeverfahrens** ein, so kommt regelmässig noch das alte Recht zum Zug.

Das *neuere strengere Recht* ist auch auf hängige Beschwerdesachen sofort anwendbar, wenn die Vorschriften „um der öffentlichen Ordnung willen oder zur Durchsetzung erheblicher öffentlicher Interessen“ erlassen wurden.

Das *neuere mildere Recht* darf nicht auf Kosten der Rechtsschutzinteressen Dritter gehen.

## **Rückwirkung**

Anwendung neuen Rechts auf Sachverhalte, die sich noch unter altem Recht zugetragen haben.

### **Echte Rückwirkung**

Anwendung neuen Rechts auf einen SV, der sich unter altem Recht *abschliessend verwirklicht* hat.

z.B. wenn bestimmte Bauten, die unter altem Recht erstellt wurden, neu unter ein Bauverbot fallen und abgebrochen werden müssen.

Echte Rückwirkung ist zulässig wenn (5 Punkte):

- Sie in einem Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (= gesetzliche Grundlage)
- Sie ist durch triftige Gründe geboten (= öffentliches Interesse)
- Sie bleibt in zeitlicher Hinsicht mässig (=Verhältnismässigkeit)
- Sie schafft keine stossenden Rechtsungleichheiten (Art. 8 BV)
- Sie greift in keine wohlerworbenen Rechte ein.

### **Unechte Rückwirkung**

Anwendung neuen Rechts auf einen *zeitlich offenen* Sachverhalt.

Vorgang, der unter altem Recht eingesetzt hat, aber beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch fort dauert.

## **Vorwirkung**

Berücksichtigung künftigen Rechts bei der Beurteilung gegenwärtiger Sachverhalte. Einem Erlassentwurf eignet niemals von sich aus Vorwirkung; vielmehr muss sie sich aus dem noch geltenden Recht ergeben.

Führt zu Nichtanwendung des geltenden Rechts. Berührt das Legalitätsprinzip.

### **Negative Vorwirkung**

Liegt vor, wenn die Anwendung des geltenden Rechts bei der Beurteilung gegenwärtiger Sachverhalte mit Blick auf das Inkrafttreten neuen Rechts ausgesetzt wird.

Zulässig, sofern sie

- Vom geltenden Recht selber vorgesehen ist
- Sich durch überwiegende öff. Interessen rechtfertigen lässt
- Zeitlich mässig bleibt.

### **Positive Vorwirkung**

Wenn bei der Beurteilung gegenwärtiger Sachverhalte die Anwendung des geltenden Rechts ausgesetzt und zusätzlich das neue Recht angewendet wird, obwohl es noch nicht in Kraft steht. Muss ihre Grundlage im geltenden Recht finden.

Grundsätzlich unzulässig, zur Vermeidung unsinniger Ergebnisse ausnahmsweise zulässig.

Begünstigende pos. Vorwirkung ist u.U. zulässig, z.B. kommunal beschlossen, kantonal aber noch nicht genehmigt.

## **Bedeutung der Grundrechte**

Grundsätze des Rechtsstaatlichen Handelns (Art. 8 und 9 BV)

Verfahrensgarantien (Art. 29 und 30 BV)

! Freiheitsrechte sollen nicht zu früh beansprucht werden. In der reinen Anwendungskontrolle werden sie nicht berücksichtigt.

Wer im konkreten Fall ein abstrakt gesehen grundrechtskonformes Gesetz grundrechtswidrig handhabt, verletzt das Gesetz und nicht die Verfassung.

## **Verfassungsrechtliche Grundsätze**

Legalitätsprinzip: Art. 5, 1 BV, verlangt:

- Erfordernis des Rechtssatzes (Gesetz im materiellen Sinn)
- Genügende Normstufe
- Genügende Normdichte
- Formelle Rechtmässigkeit (im richtigen Verfahren erlassen)
- Materielle Rechtmässigkeit (hält sich an übergeordnetes Recht)

Das Wesentliche muss mit ausreichender Bestimmtheit im formellen Gesetz Ausdruck gefunden haben. Wesentlich? Indikatoren:

- Grosser Adressatenkreis od. grosse Zahl von Lebenssachverhalten
- Starker Eingriff in bisherige Rechtsstellung der Adressaten
- Erhebliche finanzielle Folgen
- Für die politische Willensbildung, die Behördenorganisation od. das Verfahren von bestimmter Bedeutung
- Besonders umstrittene Fragen zum Gegenstand haben

### **Demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips**

Nur Gesetze im formellen Sinn sind unmittelbar durch den Gesetzgeber legitimiert. Augenmerk liegt auf **Normstufe** → Sicherstellen, dass die Verwaltung auf der Grundlage einer Regelung handelt, welche einem offenen politischen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess entspringt.

### **Rechtsstaatliche Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips**

Nur der sachhaltige und präzise Rechtssatz befriedigt das Bedürfnis der Bürger nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit. → genügende **Normdichte** Verhindern, dass Behörden von Fall zu Fall nach Belieben entscheiden.

### **Erfordernis des Rechtssatzes**

Bindung an den Rechtssatz ist Grundvoraussetzung einer rechtssicheren, rechtsgleichen und willkürfreien Verwaltungspraxis.

### **Erfordernis der genügenden Normstufe**

Die Gesetzesform befriedigt das Bedürfnis nach demokratischer Grundlegung, die Verordnungsform das Bedürfnis nach rascher Revidierbarkeit. **Gesetzesvertretende Verordnungen** namentlich bei

- Hohe Technizität der zu regelnden Verhältnisse
- Rasche Veränderlichkeit der zu regelnden Verhältnisse

Der ordentliche Gesetzgeber ist in casu nicht das geeignete Regelungsorgan. Deswegen Delegationsgrundsätze.

**Rechtsstaatliches Minimum der Normdichte:** Normen gleich welcher Stufe müssen so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten bzw. die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.

### **Geltungsbereich**

Die Struktur der **Zentralverwaltung** ist zumindest in den groben Zügen durch formelles Gesetz zu regeln.

Bei der **dezentralen Verwaltung** bedarf es in jedem Fall einer Grundlegung durch formelles Gesetz.

### **Eingriffsverwaltung**

Der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes muss seine Tragweite dort behalten, wo es um die Schaffung öffentlichrechtlicher Pflichten der Bürger, insbesondere um die Erhebung von Abgaben geht. → das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt unbestritten

### **Leistungsverwaltung**

Da sie grundsätzlich begünstigt, sind die Anforderungen an Normstufe und -dichte weniger streng. Gleiche Strenge wie Eingriffsverwaltung wenn:

- Die staatliche Leistung mit einer Verpflichtung an die Bürger gekoppelt wird
- Die staatliche Leistung die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung verfassungsmässiger Rechte schafft
- Die staatliche Leistung Interessen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit berührt, namentlich bei Sozialversicherungsleistungen und Subventionen

## **Bedarfsverwaltung**

Gesetzmassigkeitsprinzip nur dort, wo die entsprechende Tätigkeit dem öff. Recht untersteht. Im übrigen gilt Zivilrecht. Die prinzipielle Ermächtigung folgt aus Sachgesetzen.

## **Wirtschaftende Verwaltung**

Zivilrecht.

## **Überprüfung von Bundesratsverordnungen**

Können immer auf Gesetzmässigkeit, jedoch nicht vorbehaltlos auf Verfassungsmässigkeit überprüft werden (Art. 190 BV!) akzessorische Überprüfung von unselbständigen Bundesratsverordnungen (Prüfschritte):

- **Rechtsanwendung:** Wurde die Verordnung auf den Einzelfall richtig angewendet? Wenn nein: die übrige Überprüfung ergibt sich.
- **Gewaltenteilung:** Hält sich die Verordnung an das Gesetz, namentlich an die gesetzliche Delegationsnorm? Wenn nein: ebenfalls Anwendung auf Einzelfall versagt
- **Verfassungsmässigkeit:** Hält sich die Verordnung an die Verfassung, insb. an die Grundrechte?
- **Ermächtigung:** ist die Verfassungswidrigkeit der Verordnung im Gesetz selbst angelegt?

## **Beschränkung von Grundrechten**

Faustregel: *Je gewichtiger der Grundrechtseingriff, desto höher die Anforderungen an Normstufe und Normdichte.*

Verordnungen insbesondere genügen als Grundlage selbst schwerer Eingriffe wenn

- Bei gesetzesvertretenden Verordnungen die Delegationsgrundsätze gewahrt bleiben
- Bei verfassungsunmittelbaren Verordnungen die von der Verfassung für solche Verordnungen aufgestellten besonderen Voraussetzungen erfüllt sind

## **Gerichtliche Durchsetzung der Gesetzmässigkeit**

Kein selbständiges verfassungsmässiges Recht, lediglich leitender Grundsatz. Die Verletzung kantonaler Gesetze und Verordnungen bildet keinen zulässigen Rügegrund. Der Beschwerdeführer muss sich weiterhin darauf beschränken, Bundesrechtsverletzungen zu beanstanden. Art. 95 lit. a BGG.

- **Beschwerde wegen Verletzung spezifischer Freiheitsrechte**, indem gerügt wird, die gesetzliche Grundlage des Eingriffs sei unzureichend
- **Gewaltenteilungsbeschwerde**, indem gerügt wird, die gesetzliche Delegationsnorm missachte die Delegationsgrundsätze
- **Abgaberecht:** *das Gesetzmässigkeitsprinzip mutiert NUR hier zum selbständigen verfassungsmässigen Recht.*

**Willkürverbot:** nur ganz grobe Verletzungen des Legalitätsprinzip können so gerügt werden.

## **Öffentliches Interesse**

**Polizeigüter:** öffentliche Ordnung und Sicherheit, öffentliche Gesundheit, öffentliche Ruhe, öffentliche Sittlichkeit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Sind mittlerweile in zahlreichen Polizeigesetzen normiert.

Das öffentliche Interesse ist wohl ein Verfassungsprinzip (Art. 5, 2 BV) jedoch kein selbständiges verfassungsmässiges Recht. Die Missachtung öffentlicher Interessen kann im Verfahren des öffentlichrechtlichen Beschwerde als Verletzung des anwendbaren Bundesrechts gerügt werden, vorausgesetzt, die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid gestützt auf öffentliches Recht des Bundes (Art. 82 lit a und 95 lit. a BGG)

## Verhältnismässigkeit

**Eignung:** ungeeignet ist eine Anordnung, wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel keine nennenswerte Wirkung zeigt, erschwert oder sogar verunmöglicht.

**Erforderlichkeit:** Staatliche Anordnungen müssen unterbleiben, sofern sie für die Erreichung des angestrebten, im öffentlichen Interesse stehenden Ziels nicht erforderlich sind. („nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen“)

Entscheidend ist der **Eignungsnachweis der Massnahmenalternative:** mildere Massnahme fällt als ungeeignet ausser Betracht, wenn sie eine geringere Zwecktauglichkeit als die ursprüngliche Vorkehrung aufweist. Gleiches gilt, wenn unverhältnismässiger Mehraufwand.

- *Sachlich:* gleichermassen geeignete, aber weniger einschneidende Anordnung das gleiche erreichen würde
- *Räumlich:* wenn Anordnung örtlich weiter ausgreift als nötig
- *Zeitlich:* wenn Anordnung länger dauert als zur Zielerreichung notwendig
- *Persönlich:* wenn Anordnung auch die Falschen trifft. Wenn gegen unbestimmte Anzahl Menschen, dann unverhältnismässig falls mit Ziel schon durch individualisierte Verbote erreicht werden kann

**Störerprinzip:** kommen mehrere Personen als Adressat einer Verwaltungsmassnahme in Betracht, so muss Behörde diejenigen ins Recht fassen, die zur Störung Anlass gegeben haben

## Gerichtliche Durchsetzung der Verhältnismässigkeit

Öffentlichrechtliche Beschwerde, vorausgesetzt, die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid gestützt auf öff. Recht des Bundes.

Kant. Entscheide und Erlasse können nur mittelbar vorgebracht werden, nämlich:

Mit Beschwerde wegen Verletzung spezifischer Freiheitsrechte

Im Abgaberecht wegen Missachtung des Äquivalenzprinzips

Subsidiär auch mit Willkürbeschwerde

Gleiches gilt im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

## Treu und Glauben



## Vertrauensschutz

Private dürfen sich auf behördliche Handlungen, welche berechtigterweise bestimmte verhaltenswirksame Erwartungen wecken, auch dann verlassen, wenn diese Handlungen unrichtig waren → Bürger sollen in ihrem Glauben an die Verlässlichkeit des Staats nicht betrogen werden.

**Vertrauensgrundlage:** ausreichend individualisiert, Bürger hatte von der Vertrauensgrundlage Kenntnis, Bürger durfte annehmen, sie sei frei von Rechtsmängeln.

**Vertrauensbetätigung:** Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden können, die Vertrauensgrundlage für die Disposition war kausal.

**Interessenabwägung:** Vertrauen des Bürgers wird nicht geschützt, wenn überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Staat kann aber entschädigungspflichtig werden.

## **Zusicherung**

= Sollensaussagen, die Behörde gibt ein Versprechen ab. Die Voraussetzung der unveränderten Rechts- und Sachlage kann nicht uneingeschränkte Beachtung verlangen; hatte es der Bürger mit einer Behörde zu tun, die zugleich für die spätere Rechtsänderung zuständig war, so muss eine früher gegebene Zusicherung grds. auch unter neuem Recht honoriert werden, und sei es bloss durch Ausrichtung einer Entschädigung.

## Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Behörde: ein und dieselbe Behörde darf von einem Standpunkt, den sie einem bestimmten Bürger in einem konkreten Verfahren verbindlich eingenommen hat, nicht ohne sachlichen Grund abweichen. *Praxisänderungen* berühren das Verbot widersprüchlichen Verhaltens nicht. Dort ist der Prüfungsstab die *Rechtsgleichheit*.

## Gerichtliche Durchsetzung von Treu und Glauben

Öffentlichrechtliche Beschwerde oder subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 95 lit. a und Art. 116 BGG)

## **Rechtsgleichheit**

Ist ein **relatives Prinzip**, da sich die Rechtserheblichkeit einer tatsächlichen Gleichheit/Ungleichheit im Einklang mit den herrschenden Prinzipien der Rechtsordnung beurteilt.

Verlangt keine absolute Gleichbehandlung, sondern ist als **Gebot sachgerechter Differenzierung** aufzufassen. → Grundfrage: wann sind tatsächliche Gleichheiten/Ungleichheiten *rechtserheblich*?

## In der Rechtssetzung

Eine rechtsetzende Behörde verletzt die Rechtsgleichheit, wenn sie

- Rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist
- Rechtliche Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der zu regelnden tatsächlichen Verhältnisse aufdrängen

**Bereiche mit erhöhten Anforderungen:** Grundrechtsbedeutsame Regelungsbereiche, z.B. Diskriminierungsverbot, Gleichberechtigung von Mann und Frau, Gleichbehandlung der Gewerbsgenossen (Art. 27 BV)

**Bereiche mit herabgesetzten Anforderungen:** wenn sich die schematischen oder typisierenden Regeln aufgrund technischen oder praktischen Gründen aufdrängen und nicht zu unbilligen Ergebnissen führen. Z.B. Verschiedene Nutzungszonen in der Raumplanung.

### In der Rechtsanwendung

Probleme nur dort, wo das Gesetz mit offenen Normen operiert. Verbot, zwei tatsächlich gleiche Situationen ohne sachlichen Grund rechtlich unterschiedlich zu behandeln. (Übereinstimmung nur bei den tatsächlich relevanten Sachverhaltselementen)

! Das Gebot ist nur verletzt, wenn von der *gleichen Behörde!*

Die Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung kann namentlich durch die *Änderung einer gefestigten Behördenpraxis* oder durch die *Verweigerung einer vom Gesetz abweichenden Gleichbehandlung* verletzt werden.

**Praxisänderung** muss stets unter dem Zwang besserer Einsicht erfolgen und vom Willen zur dauernden Neuausrichtung der Rechtsanwendung getragen sein.

### **Willkürverbot**

Von Willkür sprechen wir erst, wenn der Hoheitsakt elementare Gerechtigkeitserwartungen verletzt, sodass er sich jeder vernünftigen Begründung entzieht. → **grobe, qualifizierende, augenfällige Unrichtigkeit.**

Bezieht sich auf den **Inhalt** des Rechtsakts, nicht auf die genannten Motive. Willkür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist.

Ein *Erlass* ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist.

Ein *Rechtsanwendungsakt* ist willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, wenn er in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Nur qualifizierte Rechtsfehler, unrichtige Rechtsanwendung allein genügt nicht.

Gerichtliche Durchsetzung: Art. 8 und 9 BV sind beides selbständige verfassungsmässige Rechte. Sowohl mit öffentlichrechtlicher Beschwerde als auch mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde Anfechtung möglich. (Art. 95 lit. a und Art. 116 BGG)

## ANWENDUNG VON VERWALTUNGSRECHT

Wegen des Legalitätsprinzips hat die Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht eine höhere Stellung als im Zivilrecht.

Die Rechtsanwendung gliedert sich in mehrere Etappenschritte:

- 1) Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts
- 2) Ermittlung der sachverhaltserheblichen Rechtssätze
- 3) Ermittlung des Rechtssinns dieser Rechtssätze
- 4) Beurteilung des Sachverhalts
- 5) Bestimmung der Rechtsfolge

## Auslegung

Ziel: Rechtssinn der Vorschrift zu ermitteln. Soll zu vernünftigen, praktikablen und befriedigendem Ergebnis führen.

→ Auslegung gehört zur Rechtsanwendung, nicht zur Rechtsetzung

### Besonderheiten bei der Auslegung von Verwaltungsrecht

Die **teleologische Auslegung** ist besonders bedeutsam, weil es stets um die Erfüllung von Staatsaufgaben geht, die ihren je besonderen Zweck haben. i.d.R. wird die teleologische Auslegung mit einer geltungszeitlichen Auslegung kombiniert. (d.h. man fragt nach Sinn&Zweck einer Norm im Lichte der aktuellen Gegebenheiten und Wertvorstellungen). *Historische Auslegung* gelegentlich, v.a. wenn es um die Anwendung einer jüngeren Norm geht.

Auch die *Interessenabwägung* spielt eine wichtige Rolle.

## Lückenfüllung

Eine Lücke liegt vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- 1) Die gesetzliche Regelung erweist sich als unvollständig oder unrichtig
- 2) Die Unvollständigkeit stellt kein qualifiziertes Schweigen dar
- 3) Die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit lässt sich nicht mit den Mitteln der Auslegung überbrücken

→ Der Gesetzgeber muss die Rechtsfrage *übersehen* oder *verkannt* haben

**Echte Lücken:** Beruhen auf einer Unvollständigkeit des Gesetzes, der Gesetzgeber hat die Frage nicht beantwortet. Das Rechtsverweigerungsverbot verlangt von den Behörden, echte Lücken zu schliessen. Aber nur zulässig, wenn damit keine Normkorrektur verbunden ist!

→ Der Rechtsanwender hat die Lücke nach jener Regel zu schliessen, die ein konsequenter Gesetzgeber aufgestellt hätte.

**Unechte Lücken:** inhaltliche Unrichtigkeit oder Ungerechtigkeit des Gesetzes, der Gesetzgeber hat eine Frage zwar beantwortet, die Antwort führt aber zu einem sachlich unbefriedigendem Ergebnis. Rechtspolitische Lücken, Wertungslücken. Müssen vom Rechtsanwender grundsätzlich hingenommen werden.

Unechte Lücken soll der Richter beheben, wenn blindes Beharren auf der fraglichen Norm einem *amtlichen Rechtsmissbrauch gleichkäme*.

Unterschied zur „**planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes**“: darf vom Richter korrigiert werden, solange die Wertungen respektiert bleiben. Entscheidend sind die funktionellen Grenzen des richterlichen Kompetenzbereichs. Rechtsprechung, auch Lückenfüllung, versteht sich als *normgebundene* Tätigkeit.

## **Ermessen**

Ermessen verschafft der Verwaltung die Möglichkeit, sich in Anbetracht mehrerer rechtlich zulässiger Handlungsoptionen für jene zu entscheiden, die dem Einzelfall bestmöglich gerecht wird. Typische Formulierungen:

- Die ausdrückliche Ermächtigung zum Handeln „*nach Ermessen*“
- „*Kann-Vorschriften*“
- Die Aufzählung *unterschiedlicher Rechtsfolgen*, die an die Erfüllung eines TB geknüpft werden dürfen
- Formulierungen wie „*nach Möglichkeit*“ oder „*soweit zumutbar*“, wenn sie sich auf die Anordnung einer Rechtsfolge beziehen.

### **Grundsätze der Ermessensausübung**

Gesetzlich eingeräumte Kompetenz. Muss immer **pflichtgemäss**, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform ausgeübt werden. „Freies“ Ermessen gibt es nicht.

### **Fehler der Ermessensausübung**

Blosse Unangemessenheit od. Rechtswidrigkeit

**Unangemessenheit:** Behörde bleibt innerhalb des rechtlich eingeräumten Ermessensspielraums, übt Ermessen aber in einer Weise aus, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird, **inopportune Wahl**. Fehlerhaft, aber *nicht rechtswidrig*.

**Rechtsfehler der Ermessensausübung:** Behörde **verkennt** Vorliegen oder Bedeutung eines Ermessensspielraums. *Ermessensüberschreitung*, *-unterschreitung* oder *-missbrauch*.

Missbrauch: sachfremde, unverhältnismässige, auch willkürliche Handhabung.

### **Richterliche Überprüfung bei Unangemessenheit:**

- Verwaltungsbeschwerde (49a lit. b. VwVG)
- Nicht aber im Verfahren der Beschwerde in öff.rechtl. Angelegenheiten (95 BGG) und erst recht nicht im Verfahren der subs. Verfassungsbeschwerde (116 BGG)

Grundsätzlich freie Überprüfung.

### **Rechtsfehler der Ermessensausübung:**

- Verwaltungsbeschwerde (49a lit. a VwVG)
- Beschwerde in öff.rechtl. Angelegenheiten (95 lit. a BGG)

Wenn kantonalrechtlicher Entscheid: kann nur geltend gemacht werden, wenn darin gleichzeitig die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts liegt. (95 lit.a&c BGG)

## Interessenabwägung

Namentlich im *Planungs- und Umweltrecht* besonders weite Handlungsspielräume. In solchen Fällen versagen die üblichen Hilfsgrößen.

Grundsatz: Interessenabwägung als Technik der argumentativ kontrollierten Konkretisierung offener Normen → **von offener Norm zur fallbezogenen Entscheidung** führen.

Begründung sehr wichtig; die materielle Richtigkeit des Entscheidungsinhalt lässt sich zu wesentlichen Teilen nur mehr an der prozeduralen Richtigkeit des Argumentationsvorgangs überprüfen.

### 4 Rechtsfehler der Interessenabwägung:

- Unterbliebene oder unvollständige Abwägung (**Abwägungsausfall**)
- Fehlerhafte Ermittlung der berührten Interessen (**Ermittlungsdefizit, Ermittlungsüberschuss**(wenn auch unerhebliche Sachen berücksichtigt werden))
- Unzutreffende Beurteilung der Interessen (**Fehlbeurteilung**)
- Unzureichende Optimierung der Interessen (**Abwägungsverhältnis**)

## INSTRUMENTE DES VERWALTUNGSHANDELNS

Schematische Übersicht siehe S. 221.

Jede **Handlungsform** ist für die Rechtspraxis bedeutsam:

- Die Zuordnung einer Verwaltungshandlung zur zutreffenden Handlungsform löst jeweils bestimmte Rechtsfolgen aus → *Handlungsformen bewirken erhebliche Standardisierung des Verwaltungshandelns*
- Seine Aufgabenverpflichtung stellt den Verwaltungsträger vor immer neue Herausforderungen. Die erzielbaren Wirkungen wiederum sind von Handlungsform zu Handlungsform verschieden. → *Handlungsformen führen zur Disziplinierung des Verwaltungshandelns*

Die Handlungsformen der Verwaltung werden mittels 4 Kriterien geordnet:

- 1) **Erfolg**  
Verwaltungshandlungen, die primär einen Taterfolg bezwecken → Realakt  
Primär Erzielung Rechtserfolg → Rechtsakt
- 2) **Rechtsgrundlage**  
Handelt ein Verwaltungsträger durch obligationsrechtlichen Vertrag, dann auf Grundlage des Privatrechts  
i.d.R. stützen sich Rechtsakte eines Verwaltungsträgers auf öffentliches Recht
- 3) **Adressaten**  
Wirken die Rechtsbindungen allein im Verhältnis zwischen dem Verwaltungsträger einerseits und Organen und Funktionären des Gemeinwesens andererseits → innenwirksamer Rechtsakt  
Sind neben dem handelnden Verwaltungsträger auch Bürger oder allenfalls weitere Verwaltungsträger gebunden → ausenwirksamer Rechtsakt
- 4) **Handlungsweise**  
Kommt ein Rechtsakt erst durch übereinstimmende Willenserklärung des Verwaltungsträgers *und* des Privaten zustande → konsensualer Rechtsakt  
Wenn es auf das Einverständnis des Privaten nicht ankommt → hoheitlicher Rechtsakt

## Verfügung

### Funktionen

- **Verwaltungsökonomische Funktion**  
Verschafft dem Verwaltungsträger das Privileg, Rechtsverhältnisse einseitig festzulegen. V.a. in der Massenverwaltung (z.B. Steuerrecht)
- **Materiellrechtliche Funktion**  
Verfügungen bestimmen Verbindlich, welche gesetzlichen Rechte und Pflichten dem einzelnen Bürger in einer konkreten Situation zufallen (Verfügung als Institut des materiellen Verwaltungsrechts)

- **Verfahrensrechtliche Funktion**

Damit Verfügungen gültig zustande kommen. Verfügung bildet den Endpunkt des formalisierten Verwaltungsverfahrens. Ist weiterhin der Ausgangspunkt des Beschwerdeverfahrens, die Verfügung bildet das Anfechtungsobjekt. Und sie ist die Voraussetzung für die zwangsweise Durchsetzung (Vollstreckungstitel)

- **Demokratische Funktion**

Verfügung gibt einem demokratisch legitimierten und kontrollierten Handeln Ausdruck. Gemeinwohlorientierung, dem öff. Interesse verpflichtet.

- **Rechtsstaatliche Funktion**

Individuelle Rechtssicherheit, die formell rechtskräftige Verfügung gibt einen urteilsähnlichen Vollstreckungstitel ab, während beim privatrechtlichen Vertrag auf Erfüllung geklagt werden muss. Verfügung garantiert Rechtmässigkeit, Willkürfreiheit, Rechtsgleichheit, Grundrechtskonformität. Verfügung öffnet Tor zur Verwaltungsrechtspflege.

## **Behörde**

Jeder Akteur, der unmittelbar Verwaltungsaufgaben des Bundes erfüllt. Die Verwaltungsbefugnis schliesst die Verfügungsbefugnis ein.

Trotz gegebener Verwaltungsbefugnis entfällt die Verfügungsbefugnis:

- Wenn auf gleichgestellten Verwaltungsträger stösst
- Wenn Gesetz andere verwR-Formen vorschreibt
- Wenn Gesetz auf Klageweg verweist
- Wenn Rechtsverhältnis unter Zivilrecht fällt.

Der Erlass einer Verfügung kann entbehrlich sein, wenn sich die Rechte&Pflichten im Einzelfall unmittelbar aus Rechtssatz ergeben oder bei unmittelbarem Vollzug des Verwaltungsrechts im Einzelfall.

## **Keine Verfügung: Realakte, Dienstbefehle.**

(nicht auf Rechtserfolg gerichtet/ nicht zw. Staat und Privaten)

*Ankündigung einer Verwaltungspraxis* kann u.U. Verfügung sein.

## **Einseitigkeit**

Ohne Einverständnis des Adressaten wirksam. Charakter geht nicht dadurch verloren, wenn eine V antrags- oder mitwirkungspflichtig ist, oder z.T. Verhandlungsmomente enthalten oder Anspruch auf rechtl. Gehör gewährleisten.

## **Verbindlichkeit**

Bedeutet, dass die V zweiseitig Rechtswirksamkeit entfaltet und dass V ohne weitere Präzisierung in der Sache zwangsweise vollstreckt werden kann. Weil Rechtsverhältnis geregelt wird.

## **Abstützung im öff. Recht des Bundes**

Nur wenn V Verwaltungsrechtssätze des Bundes *unmittelbar* zur Anwendung bringt; *Öff. Rechtlicher Charakter + Norm als Verfügungsgrundlage.*

Norm ist Verfügungsgrundlage, wenn die Norm die verfügbaren Rechte&Pflichten als Rechtsfolge vorgesehen hat. Normstufe und Erscheinungsform sind unerheblich.

## **Feststellungsverfügung**

Das schutzwürdige Interesse fehlt, wenn:

- Die Rechtsfrage unmittelbar durch positive oder negative Verfügung geklärt werden könnte
- es nur um die Beantwortung theoretischer Rechtsfragen geht
- lediglich tatsächliche Verhältnisse geklärt werden sollen

## **Nebenbestimmungen zur Verfügung**

Modalitäten einer Verfügung. Praktische bedeutsam v.a. bei Bewilligungen, Konzessionen, Subventionen.

- **Befristung**
- **Bedingung**  
Macht die Rechtswirksamkeit der Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig. Kann sich auf den Beginn oder auf das Ende der Rechtswirksamkeit beziehen. Begrenzt die zeitliche Rechtswirksamkeit einer Verfügung; können, müssen aber nicht eintreten. *Bedingungen erkennt man i.d.R. daran, dass sie mindestens mittelbar mit Kalenderdaten operieren, während Bedingungen den massgeblichen Zeitpunkt in Gestalt eines Vorfalls umschreiben.*
- **Auflage**  
Belastet den Adressaten mit einer zusätzlichen Verpflichtung zu einem Tun, dulden oder unterlassen. Hauptregelung und Auflage bilden zwei eigenständige Anordnungen. Die Auflage wirkt sich auf die Rechtswirksamkeit der Hauptregelung nicht aus.

Zulässigkeit von Nebenbestimmungen: Häufig im Sachgesetz. Aber sind auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage zulässig, sofern sie in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Zwecken stehen und verhältnismässig bleiben.

## **Geltungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes**

### **Formell (Erledigung durch Verfügung)**

VwVG kommt *nicht* zur Anwendung:

- Beim Erlass von Rechtssätzen oder von Raumplänen mit Erlasscharakter
- Beim Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen
- Im Zusammenhang mit Realakten

### **Sachlich (Abstützung der Verfügung auf öff. Recht des Bundes)**

Art. 1, 1 i.V.m. Art. 5 VwVG. Einschränkungen:

- Das VwVG behält sich ausdrücklich bestimmte spezialgesetzliche Verfahren vor (z.B. Art. 2, Steuerverfahren)
- Den Behörden wird ein besonders weiter Ermessensspielraum gewährt bei der Begründung und Gestaltung eines Rechtsverhältnisses
- Die Notwendigkeit der sofortigen Erledigung steht der Durchführung eines förmlichen Verfahrens entgegen

### **Persönlich (Bundesverwaltungsbehörde als verfügende Behörde)**

Die Bundesverwaltungsbehörden sind im Gesetz abschliessend aufgezählt: Art. 1, Abs. 2 lit. a-e VwVG. Es ist ein funktionaler Behördenbegriff.



## Wichtige Verfahrensmaximen

### **Schriftlichkeit – Mündlichkeit**

Form der Prozesshandlung. Im Verwaltungsverfahren gilt grds. Schriftlichkeit. Mündliche Anhörung wenn notwendig.

### **Öffentlichkeit**

Frage, welcher Personenkreis Zugang zum Verfahren hat.

Publikumsöffentlichkeit

Presseöffentlichkeit

Parteiöffentlichkeit.

Im Verwaltungsverfahren Parteiöffentlichkeit (logische Folge der Schriftlichkeit)

### **Offizialmaxime – Dispositionsmaxime**

Handeln von der Befugnis, ein Verfahren auszulösen, über den Streitgegenstand zu verfügen und das Verfahren zu beenden.

Im Verwaltungsverfahren: beide Maximen stehen *nebeneinander*. Entscheidend ist die materiellrechtliche Interessenlage.

O'maxime: von der Behörde bestimmt

D'maxime: in der Verfügungsmacht der Parteien.

O'maxime gilt, wenn Verfahren von Amtes wegen eingeleitet wird.

### **Untersuchungsmaxime – Verhandlungsmaxime**

U'maxime: Behörde ist für Beschaffenheit des Faktenmaterials verantwortlich. gesucht wird nach der *materiellen Wahrheit*.

V'maxime: die Parteien sind für die Darstellung und den Beweis des Sachverhalts zuständig. Die Behörden sind an unbestrittene Vorbringen gebunden. Es reicht die *formelle Wahrheit*.

Im Verwaltungsverfahren: Untersuchungsgrundsatz. Entbindet Parteien aber nicht von Mitwirkungspflicht.

### **Rechtsanwendung von Amtes wegen**

Die Behörde ist nicht an die Rechtsauffassungen der Parteien und der Vorinstanz gebunden. Im VerwVerfahren gilt dieser Grundsatz **ohne Ausnahme**. Auch bei der Prüfung des materiellen Rechts. Steht nicht ausdrücklich im VwVG, ist aber wegen der zwingenden Natur des Verwaltungsrechts unausweichlich.

## Übersicht über das Verfahren

### 1) **Einleitungsphase**

Einleitung von Amtes wegen oder auf Gesuch hin

Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen

- Prüfung der Zuständigkeit (Art. 7-9 VwVG)
- Prüfung von Ausstandsgründen (Art. 10 VwVG)
- Prüfung der Partei- und Prozessfähigkeit der Beteiligten (Art. 6 i.V.m. Art. 48)

### 2) **Ermittlungsphase**

Ermittlung des Sachverhalts

Ermittlung und Würdigung der Parteistandpunkte

Ermittlung des massgeblichen Rechts

### 3) **Entscheidungsphase**

Erlass der Verfügung und Eröffnung (Art. 34-38 VwVG)

### 4) **Durchsetzungsphase**

Vollstreckung der Verfügung (Art. 39-43 VwVG)

## **Einsprache**

Das Spezialgesetz bestimmt mitunter, dass vor oder nach dem Erlass einer Verfügung Einsprache zu erheben ist.

### **Einsprache ohne Rechtsmittelfunktion (Einwendung)**

Vor dem Erlass einer Verfügung. Siehe auch Art. 30a VwVG. Hauptsächlich bei Grossprojekten. Dienen der formalisierten Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. Sie sind bei jener Behörde zu erheben, welche die Verfügung zu treffen hat. Wer auf eine Einwendung verzichtet, ist grds. vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

### **Einsprache mit Rechtsmittelfunktion**

Einspracheverfahren schliesst an den Erlass einer Verfügung an (vgl. Art. 30, 2 lit. b VwVG). Gilt als förmliches Rechtsmittel. Bezweckt, die Verfügung durch einen Einspracheentscheid derselben Behörde zu ersetzen. V.a. im Massenverfahren, stellt nachträglich das rechtliche Gehör sicher. Ist bei jener Behörde zu erheben welche die Verfügung getroffen hat.

## **Allgemeinverfügung**

Wird den Verfügungen zugerechnet. Generell-konkret.

Bezüglich des *rechtlichen Gehörs* ist die Allg.verf. grds. wie ein Rechtssatz zu behandeln: ein Recht auf vorgängige Anhörung besteht i.d.R. nicht. Anderes gilt im Verhältnis zu Spezialadressaten; sie müssen individuell angehört werden.

*Eröffnung*: gleich wie Rechtssätze, sind lediglich zu publizieren und müssen nicht eröffnet werden. Ausser wenn geschlossener Adressatenkreis, es stellt sich da aber die Frage der Zumutbarkeit. Soweit allerdings Spezialadressaten vorhanden sind, sollte auch die Allg.verf. individuell eröffnet und begründet werden.

*Anfechtbarkeit*: umstritten. Danach entscheiden, ob der Partei die sofortige Anfechtung zugemutet werden durfte. Ist der Adressatenkreis offen, ist es von vornherein ausgeschlossen, dass jeder Adressat unmittelbar nach dem Erlass anfechten kann.

## **Warnungen und Empfehlungen**

Sind staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltensweisen.

**Warnungen** weisen auf besondere Gefährlichkeit hin

**Empfehlungen** heben Vorzüge hervor. Drücken amtliche Handlungspräferenzen aus. Z.B. Stop-Aids Kampagnen.

Mit W & E bezweckt die Behörde Verhaltenslenkung durch faktisches Einwirken.

Bedürfen einer ausdrücklichen *formellgesetzlichen Grundlage*, *öff. Interesse und Verhältnismässigkeit* (verh. v.a. für Hersteller von gesundheitsgefährdendem Produkt).

**Informelle Absprachen:** formlose Verständigung zw. Behörde&Bürger. Dienen der Verhaltensbindung ohne Rechtsbindung. Erlauben, hoheitliches Handeln durch konsensuales Arrangement abzuwenden.