



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.

Verwaltungsrecht I

1. Teil Grundlagen

1. Kapitel Die Verwaltung

§ 1 Begriff und Arten der Verwaltung

I. Funktioneller und organisatorischer Begriff der Verwaltung

Der Begriff der Verwaltung ist *zweideutig*:

Funktioneller Begriff der Verwaltung: Die Verwaltungstätigkeit

Unter der Verwaltung im funktionellen Sinn wird die Tätigkeit (Funktion) verstanden. Eine Definition ist aber schwierig:

- *Negative Umschreibung*
Staatstätigkeit, die nicht in Rechtsetzung und nicht im Entscheid über Rechtsstreitigkeiten oder Strafen besteht. Es ist die Rechtsanwendung, die nicht Rechtsprechung ist. Diese Umschreibung betont aber zu stark den *Vollzugscharakter* und vernachlässigt die *Entscheidungsmacht*.
- *Positive Umschreibung*
Es werden inhaltliche Bestimmungen gegeben wie:
 - Erfüllung von öffentlichen Aufgaben
 - Verwirklichung des objektiven Rechts von Amtes wegen
 - hoheitliches Handeln als Mittel der Verwaltung

Dies mag aber keine klare begriffliche Abgrenzung der Verwaltungstätigkeit zu geben. Schlussendlich sind alle positiven Umschreibungen nur Beschreibungen *einzelner* Merkmale, aber keine Definition. Die negative Definition bleibt die beste Möglichkeit.

Organisatorischer Begriff der Verwaltung: Die Verwaltungsbehörden

Der organisatorische und der funktionelle Begriff der Verwaltung deckt sich nicht. So üben Verwaltungsbehörden neben der Verwaltungstätigkeit noch andere staatliche Funktionen aus wie z.B. den Erlass von Verordnungen durch den Bundesrat. Andererseits nehmen auch Parlamente und Gerichte Verwaltungsfunktionen wahr. Z.B. die Justizverwaltung des BGer.

II. Arten der Verwaltungstätigkeit

Hoheitliche und nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeit

Meistens tritt der Staat hoheitlich auf, aber nicht immer. Es gibt verschiedene Unterscheidungskriterien. Zum Teil wird da staatliche Handeln dann als hoheitlich bezeichnet, wenn eine *öffentlich-rechtliche Regelung* zur Anwendung gelangt. Nach anderer Ansicht ist für die Unterscheidung das Vorliegen eines *Subordinationsverhältnisses* massgebend. Also einseitige Anordnungs- und Zwangsbefugnisse gegenüber Privaten, wie z.B. bei polizeilichen Massnahmen.

Beispiele *nicht hoheitlicher Verwaltungstätigkeit* ist die Tätigkeit der Kantonalbanken und z.T. der Betrieb staatlicher Eisenbahnen und der Post. Nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeit erfolgt vielfach durch *informelles Verwaltungshandeln* oder *Realakte*.

Eingriffs- und Leistungsverwaltung

- *Eingriffsverwaltung*
Hier geschieht Eingriff in die Rechte und Freiheiten der Privaten. Diese müssen von den Privaten *geduldet* werden. Beispiele sind Enteignung und Einziehung von gesundheitsgefährdenden Stoffen.
- *Leistungsverwaltung*
Hier werden Leistungen wirtschaftlicher oder sozialer Natur vermittelt. Zum Teil hoheitlicher, zum Teil nicht hoheitlicher Natur. Beispiele hier sind Sozialversicherungen wie AHV und IV oder das Stipendienwesen.

Diese beiden Bereiche sind teilweise miteinander verbunden und werden von den Betroffenen manchmal als Eingriff oder Leistung empfunden. Stichwort Preisfestsetzung in Landwirtschaft.

Für beide Bereiche gelten die gleichen Grundsätze, sprich das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen.

§ 2 Das Verhältnis der Verwaltungsbehörden zu anderen Staatsorganen

I. Verwaltungsbehörden und Parlament

Kompetenzverteilung

- *Verhältnis von Parlament und Verwaltungsbehörden*

Das Prinzip der *Gewaltenteilung* stellt das Parlament als Gesetzgebungsorgan über die Verwaltung als Vollzugsorgan. Dazu kommt *politisch* die demokratische Legitimation des Parlaments. *Faktisch* aber ist in der Zusammenarbeit ein Übergewicht der Verwaltungsbehörden zu beobachten:

- besondere Fachkenntnisse;
- ständige Beschäftigung mit staatlichen Aufgaben (im Gegensatz zum Milizparlament);
- Bedeutung der Planung

Durch die genannte Zusammenarbeit wird die klassische Gewaltentrennung einerseits relativiert, auf der anderen Seite eben durch die *Zusammenarbeit* Macht gehemmt.

- *Kompetenz des Parlaments*

- Rechtsetzung
- Verwaltungsfunktionen von besonderer politischen Wichtigkeit wie z.B. Bewilligungen von Ausgaben.

- *Kompetenzen der Verwaltungsbehörden [einschliesslich der Regierung]*

- Vollzug der Verwaltungsgesetze
- Planung
- Erlass von Verordnungen
- Vorarbeiten für die Rechtsetzung, insbesondere Gesetzesinitiativen gegenüber dem Parlament

Parlamentarische Aufsicht gegenüber den Verwaltungsbehörden

Grund der parlamentarischen Aufsicht ist die demokratisch legitimierte Kontrolle von Regierung und Verwaltungsbehörde. Träger ist das Parlament, parlamentarische Kommissionen und die einzelnen Mitglieder des Parlaments.

Als Mittel steht das Auskunftsrecht zur Verfügung, es können Untersuchungen angeordnet werden und Kritik angebracht werden.

Dies alles ist aber rein politischer Natur. Das Parlament kann den Verwaltungsbehörden *keine verbindlichen Weisungen* erteilen.

II. Verwaltungsbehörden und Justizbehörden

Kompetenzverteilung

Die *Justizbehörden* haben beschränkte Verordnungskompetenzen und Kompetenzen betreffend die Justizverwaltung. Sie besorgen Rechtsstreitigkeiten. Die *Verwaltungsbehörden* besorgen den nicht-streitigen Vollzug von verwaltungsrechtlichen Normen.

Entscheid über Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungs- und Justizbehörden

Letzte Instanz ist das Parlament.

Gegenseitige Unabhängigkeit und Anerkennung

- *Gegenseitige Unabhängigkeit*

Als Grundsatz gilt, dass Justiz- und Verwaltungsbehörden einander keine Weisungen erteilen können. Ausnahmen bestehen z.B. wenn eine besondere gesetzliche Regelung dies vorsieht.

- *Gegenseitige Anerkennung der Entscheidungen*

Grundsatz, dass die Justiz- und Verwaltungsbehörden gegenseitig die Entscheidungen der anderen Gewalt anerkennen. Dabei besteht nur eine Bindung an das Dispositiv, nicht an die Begründung eines Entscheides. Ausnahmen gibt es v.a. in zwei Fällen: Nichtig Verfügungen entfallen wegen ihrer qualifizierten Fehlerhaftigkeit keine Rechtswirksamkeit und binden deshalb Gerichte nicht. Und Verwaltungsgerichte sind nicht an Entscheide einer Verwaltungsbehörde gebunden.

Entscheid über Vorfragen

Frage, ob die zum Entscheid über die Hauptfrage kompetente Behörde auch die grundsätzlich nicht in ihre Kompetenz fallende Vorfrage beurteilen darf.

- *Über die Vorfrage hat die sachkompetente Behörde noch nicht entschieden*
In der Schweiz gilt der Aspekt der *Verfahrensökonomie*. Er gebietet, dass die für die Hauptfrage zuständige Behörde auch über die Vorfrage entscheidet und nicht den Entscheid der eigentlich zuständigen Behörde abwartet.
 - *Grundsatz: Vorfrageweise Prüfung zulässig*
Siehe Art. 31 BGG.
 - *Bindung an klare Praxis der sachkompetenten Behörde*
 - *Möglichkeit des Zuwartens*
Es darf aber zugewartet werden und ist nur bei sehr komplexen Fragen geboten.
 - *Sachkompetente Behörde nicht gebunden*
Denn im Entscheid dieser anderen Instanz erscheint ja die Entscheidung über die Vorfrage nicht im Dispositiv.
- *Über die Vorfrage hat die sachkompetente Behörde schon entschieden*
 - *Bindung an den Entscheid der sachkompetenten Behörde als Regel*
Bsp.: Für die Steuerbehörde, die über die Besteuerung eines Grundstückes entscheidet, ist das Zivilgerichtsurteil über das gültige Zustandekommen eines Grundstückkaufs verbindlich.
 - *Nur beschränkte Bindung des Strafrichters an Verfügungen, insbesondere bei der Anwendung von Art. 292 StGB*
Siehe H/M/U¹, Rz. 77 ff.

III. Exkurs: Ombudsstellen (Ombudsmann)

Begriff, Aufgaben und Stellung

Es handelt sich um eine unabhängige Volksvertretung zwecks Verstärkung der Rechtmässigkeit der Rechtsanwendung, des Rechtsschutzes der Bürger und der parlamentarischen Kontrolle als mahnende Instanz eine Aufsicht über gewisse Beamten und Behörden.

Er kann bei den Behörden Auskünfte und Akteneinsicht verlangen und ein bestimmtes Verhalten *empfehlen*. Er kann dem Parlament Bericht erstatten.

Übersicht über den Stand der Einführung

Auf Bundesebene gibt es noch keine Ombudsstelle. Ähnliche Aufgaben haben der Datenschutzbeauftragte und der Preisüberwacher, aber mit weiterführenden Kompetenzen. In manchen Kantonen oder Gemeinden sind schon Ombudsstellen eingeführt worden.

2. Kapitel Das Verwaltungsrecht

§ 3 Die Quellen des Verwaltungsrecht

I. Begriff und Bedeutung des Verwaltungsrechts

Verwaltungsrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche die Verwaltungstätigkeit sowie die Organisation und das Verfahren der Verwaltungsbehörden regeln. Es ist v.a. die *Verwaltungstätigkeit* gemeint und zwar unabhängig davon, welche staatlichen Organe diese Tätigkeit ausüben.

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

Es gelten *Besonderheiten des Rechtsschutzes*. Sie sind auf Bundesebene im VGG und BGG geregelt.

II. Die Verfassung

Die Verfassung spielt als Garant der rechtsstaatlichen und demokratischen Ausgestaltung des Verwaltungsrechts eine sehr bedeutsame Rolle.

Verfassungsgrundsätze

- Gesetzmässigkeit der Verwaltung (vgl. § 7);
- Grundsatz der Rechtsgleichheit und Willkürverbot (vgl. § 8);

1 HÄFELIN ULRICH/ MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006.

- öffentliches Interesse (vgl. § 9);
- Verhältnismässigkeit (vgl. § 10);
- Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben, insbesondere des Vertrauensschutzes (vgl. § 11)

Grundrechte

Die Grundrechte der Privaten setzen der Verwaltungstätigkeit Schranken. Zu den Grundrechten gehören auch die *allgemeinen Verfahrensgarantien* (Art. 29 BV) und jene für das gerichtliche Verfahren (Art. 30 BV).

Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung

Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen und zwischen Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht.

Materielles Verwaltungsrecht in der Verfassung

Es gibt zahlreiche Bestimmungen der BV, die materiell Verwaltungsrecht darstellen. Solche Normen sind also zugleich Verfassungsrecht und materielles Verwaltungsrecht. Bsp.: Art. 78 Abs. 5 BV: Schutz der Moore und Moorlandschaften.

III. Gesetze

Begriff

Gesetze sind generell-abstrakte Normen, die im besonderen Verfahren der Gesetzgebung erlassen worden sind.

Im Folgenden wird auf die Unterscheidung Gesetze im formellen und materiellen Sinn unterlassen und von Gesetzen gesprochen, wenn sie im Verfahren der Gesetzgebung erlassen wurden und von Verordnungen, wenn die Erlasse auf einer Stufe unterhalb des Gesetzes stehen.

Auf Bundesebene werden Gesetze von der Bundesversammlung unter Mitwirkung des Volkes (fakultatives Referendum) erlassen (Art. 141 Abs. 1 lit. a und b BV).

Bedeutung der Gesetze für das Verwaltungsrecht

Gesetze sind die *wichtigsten Quellen des Verwaltungsrechts*. Dies gilt sowohl für die Eingriffs- als auch für die Leistungsverwaltung. Bsp.: EntG; AHVG. Das Verwaltungsrecht ist *nicht kodifiziert*. Dies und die Tatsache der häufigen Änderung der Erlasse beeinträchtigen die Rechtssicherheit.

IV. Verordnungen

Begriff

Verordnungen sind generell-abstrakte Rechtsnormen, die in einer anderen Form als derjenigen der Verfassung oder des Gesetzes ergangen sind, d.h. auf einer Stufe unterhalb des Gesetzes stehen, und keine autonomen Satzungen darstellen. Für den Begriff der Vo ist die erlassende Behörde (ob Exekutive, Judikative oder Legislative) nicht massgeblich.

Die Terminologie reicht von Verordnung über Dekret, Reglement, Weisung, Richtlinie, Ordnung oder Benützungsort.

Arten von Verordnungen für das Verwaltungsrecht

- *Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen*
Hauptkriterium für die Unterscheidung von Rechts- und Verwaltungsverordnungen ist der *Adressatenkreis*.
 - *Rechtsverordnungen*
Rechtsverordnungen enthalten Rechtsnormen, die sich an die *Allgemeinheit* richten, also dem Einzelnen Rechte einräumt oder Pflichten auferlegt oder die Organisation und das Verfahren der Behörden regelt.
 - *Verwaltungsverordnungen*
Verwaltungsverordnungen sind *generelle Dienstanweisungen* einer Behörde an ihre untergeordnete Behörden. Die Hauptfunktion der Verwaltungsverordnung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen.
Verwaltungsverordnungen sind nach herrschender Ansicht keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, da sie keine Rechtsnormen enthalten, insbesondere keine Pflichten oder Rechte der Privaten statuieren. Bsp.: Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen zur Resultatmittlung mit technischen Geräten bei eidgenössischen Volksabstimmungen.

- *Konsequenzen aus der Rechtsnatur der Verwaltungsverordnungen*
Dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur Rechtsverordnungen, nicht aber Verwaltungsverordnungen, Rechtsquellen des Verwaltungsrechts darstellen, hat folgende Konsequenzen:
 - Die Privaten können die Verletzung von Verwaltungsverordnungen nicht mit Rechtsmitteln geltend machen.
 - Verwaltungsgerichte sind in der Regel nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden.
 - Verwaltungsverordnungen können in der Regel selber nicht unmittelbar angefochten werden.*Ausnahmsweise* können Private eine Verwaltungsverordnung wie eine Rechtsverordnung abstrakt anfechten. Nämlich dann, wenn sie *mittelbar (indirekt) Aussenwirkungen* entfalten.
- *Kritische Würdigung*
Die Kritik der Lehre an dieser Praxis richtet sich dagegen, dass sich im Ergebnis alle Verwaltungsanweisungen (ob Innen- oder Aussenwirkung) für den Bürger gleich auswirken.
- *Gesetzesvertretende Verordnungen und Vollziehungsverordnungen*
Das Kriterium der Unterscheidung von gesetzesvertretenden Verordnungen und Vollziehungsverordnungen liegt im *Inhalt* bzw. im *Ausmass*, in welchem die Verordnung *durch das Gesetz inhaltlich vorausbestimmt* ist.
 - *Gesetzesvertretende Verordnungen*
Gesetzesvertretende Verordnungen beruhen auf einer Ermächtigung durch ein Gesetz, das noch keine vollständige materielle Regelung enthält; solche Verordnungen fügen der weitmaschigen, sich auf das Grundsätzliche beschränkenden Regelung im Gesetz neue Normen hinzu.
Voraussetzung für solche Verordnungen ist also eine *Rechtssetzungsdelegation durch ein Gesetz* (oder Verfassung).
 - *Vollziehungsverordnungen*
Vollziehungsverordnungen führen die durch das Gesetz bereits begründeten Verpflichtungen und Berechtigungen näher aus, passen das schon im Gesetz Bestimmte den konkreten praktischen Gegebenheiten an. Sie dürfen das Gesetz insbesondere nicht mit neuen Rechten und Pflichten ergänzen.
Für Verordnungen des Bundesrates gilt Art. 182 Abs. 2 BV.
 - *Bedeutung des Unterschieds von gesetzesvertretenden Verordnungen und Vollziehungsverordnungen*
Die Übergänge zwischen gesetzesvertretenden und Vollzugsverordnungen sind fließend. Die Unterscheidung ist aber von Bedeutung für die Rechtsgrundlage der Kompetenz der verordnenden Behörde: Vollziehungsverordnungen kann die Exekutive in eigener Kompetenz erlassen, gesetzesvertretende Verordnungen nur gestützt auf eine Delegationsnorm.
- *Selbständige und unselbständige Verordnungen*
Das Kriterium der Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen Verordnungen liegt darin, ob sich die *Rechtsgrundlage der Verordnung* in der Verfassung oder in einem Gesetz findet.
 - *Selbständige Verordnungen*
Selbständige Verordnungen beruhen direkt auf der Verfassung. Die Verfassung ermächtigt das Parlament, die Regierung, eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht unmittelbar zur Rechtsetzung. Selbständige Verordnungen sind in der Schweiz selten. Bsp.: Polizeinotverordnung (Art. 182 Abs. 3 BV).
 - *Unselbständige Verordnungen*
Unselbständige Verordnungen beruhen auf einer *Ermächtigung* zur Rechtsetzung *in einem Gesetz*.

Bedeutung der Verordnungen für das Verwaltungsrecht

Es gibt sehr viele Verordnungen im Verwaltungsrecht. Sie haben eine grosse Bedeutung, da sie ausführliche Detailregelungen ermöglichen, die rasch an veränderte Verhältnisse angepasst werden können.

Exkurs: Verordnungen und Richtlinien nach dem Recht der EU

Siehe ev. H/M/U, Rz. 152 ff.

V. Autonome Satzungen, insbesondere kommunales Recht

Autonome Satzungen sind generell-abstrakte Normen, die von Organisationen des öffentlichen Rechts gestützt auf ihre Kompetenz, ihre eigenen Angelegenheiten selbständig zu ordnen, erlassen werden. Bsp.: Gemeinden, Universitäten, Post. Die Rechtsgrundlage zum Erlass autonomer Satzungen bilden entsprechende Ermächtigungen in den Verfassungen oder Gesetzen des Bundes und der Kantone.

VI. Staatsverträge und innerstaatliche Vereinbarungen

Staatsverträge

• Begriff

Staatsverträge sind völkerrechtliche Verträge zwischen zwei oder mehreren Staaten (bilateral oder multilateral). Rechtsquellen des Verwaltungsrechts sind nur *rechtssetzende Staatsverträge*, soweit sie unmittelbar anwendbar sind.

Unmittelbare Anwendbarkeit setzt eine inhaltlich hinreichend bestimmte Norm voraus, die Rechte und Pflichten der Privaten begründet und als Grundlage für einen Entscheid im Einzelfall dienen kann. Reine Programmnormen reichen nicht aus. Es bedarf zusätzlich der *Publikation*.

Viele Staatsverträge sind *nicht* Quellen des Verwaltungsrechts.

• Verhältnis zum staatlichen Recht

Staatsverträge stehen grundsätzlich im gleichen Rang wie Bundesgesetze. Neuere Staatsverträge gehen älteren Bundesgesetzen vor. Das Verhältnis von älteren Staatsverträgen gegenüber neueren Bundesgesetzen ist umstritten; heute wird aber allgemein ein *Vorrang des Völkerrechts* gegenüber dem Landesrecht angenommen.

Darstellung der wichtigsten *Entscheide des Bundesgerichts*:

- Es wird eine völkerrechtskonforme Auslegung angewandt. Grundsätzlich kommt dem internationalen Recht ein Vorrang vor staatlichem Recht zu. Bewusstes Abweichen des Gesetzgebers vom Staatsvertrag ist innerstaatlich massgebend und für das Bundesgericht wegen Art. 919 BV verbindlich.
- Die EMRK (bzw. deren self-executing-Normen), als ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag ist für die rechtsanwendenden Behörden nicht weniger verbindlich als die Bundesgesetze (Art. 191 BV).
- Völkerrechtliche Überlegungen spielten offenbar bei der Aufnahme der Staatsverträge in Art. 113 Abs. 3 aBV keine Rolle. Es spricht daher auch nichts dagegen, dass der Richter die Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Konvention überprüft und sie im Einzelfall nicht anwendet, wenn sie sich als völkerrechtswidrig erweisen.
- Nach Wiener Übereinkommen kann sich die Schweiz insbesondere nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen.
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 13 Abs. 3 aBV gilt auch unter der Herrschaft der neuen Bundesverfassung.

Innerstaatliche Vereinbarungen

Innerstaatliche Vereinbarungen sind Verträge zwischen zwei oder mehreren Gemeinwesen, öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten. Rechtsquellen des Verwaltungsrechts können sie nur sein, soweit die *unmittelbar anwendbare Rechtssätze* enthalten. Bloss rechtsgeschäftliche Vereinbarungen sind keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts.

• Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen

Art. 48 Abs. 2 BV erlaubt dem Bund, sich im Rahmen seiner Kompetenzen an Verträgen zwischen Kantonen zu beteiligen. Bsp.: Vereinbarung zwischen dem Bund und den Universitätskantonen über die Zusammenarbeit im universitären Hochschulbereich.

• Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Kantonen

Art. 48 Abs. 1 BV ermächtigt die Kantone, untereinander Verträge über einen in den kantonalen Kompetenzbereich fallenden Gegenstand abzuschliessen. Die Mehrzahl solcher Verträge ist rechtsgeschäftlicher Natur. Sie kommen deshalb als Quellen des Verwaltungsrechts nicht in Frage.

• *Unmittelbar Rechts setzende interkantonale Vereinbarungen*

Hier werden nicht nur Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Kantonen begründet, sondern es werden auch Normen mit der Publikation für Private unmittelbar rechtsverbindlich. Bsp.: Interkantonale Universitätsvereinbarung.

• *Mittelbar Recht setzende interkantonale Vereinbarungen*

Dies, wenn sich mehrere Kantone über eine einheitliche Regelung für ein bestimmtes Sachgebiet geeinigt und sich verpflichtet haben, ihr kantonales Recht der vereinbarten Vereinheitlichung an-

zupassen. Für Private ergeben sich aus der Vereinbarung keine Rechte und Pflichten. Es liegt hier deshalb keine Rechtsquelle des Verwaltungsrechts vor.

- *Allgemein verbindliche interkantonale Vereinbarungen*
- *Vereinbarungen zwischen anderen Selbstverwaltungskörpern*
Auch zwischen anderen öffentlichen-rechtlichen Körperschaften, sowie öffentlichen-rechtlichen Anstalten können Vereinbarungen abgeschlossen werden. Zu den Rechtsquellen des Verwaltungsrechts gehören diese aber nur in den recht seltenen Fällen, in welchen sie unmittelbar Rechte und Pflichten der Privaten begründen.

VII. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Begriff

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Rechtsnormen, die wegen ihrer allgemeinen Tragweite in allen Rechtsgebieten, im öffentlichen Recht wie im Privatrecht, Geltung haben. Sie sind *im öffentlichen Recht oft ungeschriebenes Recht*. Früher wurden sie gestützt auf das Legalitätsprinzip nicht zugelassen.

Die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* sind von den *Verfassungsgrundsätzen* zu unterscheiden! Die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* stehen auf der Stufe des Gesetzes. Sie können daher abgeändert oder aufgehoben werden. Sie dienen der Ausfüllung von Lücken des geschriebenen Rechts. Die *Verfassungsgrundsätze* der Gesetzmässigkeit, der Bindung an das öffentliche Interesse, der Verhältnismässigkeit sowie des Vertrauensschutzes leiten sich dagegen aus der Verfassung ab und können vom Gesetzgeber nicht eingeschränkt werden.

Wichtige Anwendungsfälle

- *Rückforderung einer grundlos erbrachten Leistung*
Zuwendungen, die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund erfolgten, können zurückgefordert werden.
- *Verjährung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen*
Die Regel findet (v.a.) bei *Geldforderungen* und anderen Forderungen Anwendung.
- *Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen*
Öffentlich-rechtliche Geldforderungen – sowohl der Gemeinwesen wie der Privaten – sind mit Beginn des Verzuges grundsätzlich zu verzinsen.
- *Verrechnung von Geldforderungen*
- *Wahrung von Fristen für Eingaben an Behörden*
Fristen gelten auch dann als gewahrt, wenn sie rechtzeitig bei einer unzuständigen Behörde eingereicht werden.

VIII. Gewohnheitsrecht

Begriff

Rechtsnormen, die infolge einer langjährigen Anwendung durch die Behörden und ihre Anerkennung durch die Behörden und die privaten Betroffenen als ungeschriebenes Recht Geltung haben.

Im Gegensatz zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gelten die Normen des Gewohnheitsrechts nicht wegen der allgemeinen Tragweite ihres Inhalts, sondern nur beim Vorliegen der im Folgenden aufgezählten Voraussetzungen. Die Zulassung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht ist wegen der Gesetzesbindung der Verwaltungstätigkeit problematisch.

Voraussetzungen der Zulassung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht

- *Langjährige, ununterbrochene und einheitliche Praxis der Behörden*
Ein- oder zweimalige Rechtsanwendungsakte reichen nicht aus.
- *Rechtsüberzeugung der Behörden und der Privaten, die von der Regelung betroffen sind*
Eine Behördenpraxis allein genügt nicht.
- *Das Gesetz muss Raum für ergänzende Regelung durch Gewohnheitsrecht lassen*
Es bedarf einer *echten Lücke*. Derogatorisches, also Gesetzesbestimmungen widersprechendes Gewohnheitsrecht gibt es nicht.

IX. Richterliches Recht

Begriff

Generell-abstrakte Regeln, die sich in einer längeren, gefestigten Gerichts- oder Behördenpraxis herausgebildet haben.

Bedeutung des richterlichen Rechts im Verwaltungsrecht

Es fragt sich, ob die Anerkennung des richterlichen Rechts als Rechtsquelle des Verwaltungsrechts nicht dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspricht. Und, ob die Gerichte durch die eigene Entscheidungen gebunden sein können.

Trotz dieser Bedenken wird heute von Lehre und Praxis das Richterrecht (wenn auch nur zurückhaltend) als Rechtsquelle anerkannt. Die Selbstbindung der Gerichte folgt aus dem Rechtsgleichheitsgebot.

Manches Versäumnis des Gesetzgebers wird durch das Richterrecht ausgeglichen. Dadurch wird den Privaten ein besserer Rechtsschutz gewährt.

Beispiele von richterlichem Recht im Verwaltungsrecht

§ 4 Die Auslegung des Verwaltungsrechts

I. Aufgabe und Bedeutung der Auslegung im Verwaltungsrecht

Auch im Verwaltungsrecht hat die Gesetzesauslegung zum Ziel, den rechtsverbindlichen Sinn eines Rechtssatzes, über dessen Tragweite Unklarheiten bestehen, zu ermitteln. Dies ist im Verwaltungsrecht oft der Fall, da viele offene Formulierungen und zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden.

Der Auslegung kommt im Verwaltungsrecht auch deshalb eine grosse Bedeutung zu, weil Kodifikationen fehlen und der Auslegung die Funktion der Harmonisierung zukommt. Es soll dafür gesorgt werden, dass mittels Auslegung bei den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen die massgeblichen Verfassungsprinzipien und verfassungsmässigen Rechte beachtet werden.

II. Anwendung der allgemeinen Auslegungsmethoden im Verwaltungsrecht

Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung (grammatikalisches, historisches, zeitgemässes, systematisches und teleologisches Element), wobei ein *Methodenpluralismus* gilt. Eine wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang (ergänzend zu genannten Methoden) die *Interessenabwägung* zwischen privaten und öffentlichen Interessen.

III. Die Bedeutung von formalen Auslegungsregeln

In Lehre und Praxis werden auch Auslegungsregeln befolgt, die auf formalen Elementen abstellen und somit die wertende Abwägung gewisser Auslegungsmethoden überflüssig machen. Sie sind aber nur beschränkt tauglich und sogar teilweise verfehlt.

Vorrang der lex specialis und der lex posterior

Im Allgemeinen zu Recht zur Anwendung finden die beiden Kollisionsregeln, wonach das spezielle Gesetz dem allgemeinen Gesetz und das spätere dem früheren Gesetz vorgeht. Bei Ersterem ist zu beachten, dass nur, wenn es aus dem *Sinnzusammenhang* heraus die eine Norm als Sondernorm zur anderen erscheint, als solche zu behandeln ist.

Umkehr- und Analogieschluss

Es handelt sich dabei um zwei einander entgegenstehende Auslegungsregeln. Der *Umkehrschluss* (*argumentum e contrario*) verlangt, dass eine gesetzliche Regelung keine Geltung habe für Tatbestände, die in ihr nicht ausdrücklich erwähnt sind. Es handelt sich dabei ausschliesslich um Fälle klaren Wortlautes bzw. qualifizierten Schweigens. Im Gegensatz dazu besagt der Analogieschluss (*argumentum per analogiam*), dass eine gesetzliche Regelung auf einen Sachverhalt anwendbar ist, der zwar nicht unter den Wortlaut der Vorschrift subsumiert werden kann, auf den jedoch deren Grundgedanke und Sinn zutrefte.

Welchem dieser beiden Auslegungsregeln der Vorzug zu geben ist, bedarf einer Wertung.

Verbot extensiver Auslegung von Polizei- und Ausnahmenvorschriften ("in dubio pro libertate")

Die Bundesgerichtspraxis ist in dieser Frage uneinheitlich. Früher wurde eine restriktive Auslegung befürwortet, heute geht die Tendenz zur extensiven Auslegung solcher Vorschriften.

Das Verbot der extensiven Auslegung ist aus methodischen Gründen abzulehnen. Dies führte nämlich zu einer generellen Bevorzugung eines bestimmten Auslegungsergebnisses ohne wertende Abwägung zwischen den verschiedenen Lösungen.

IV. Verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung von Verwaltungsrecht

Der Sinn einer Vorschrift wird im Blick auf die Verfassung ermittelt. Es ist dann jenes Ergebnis zu wählen, welches der Verfassung am besten entspricht.

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

V. Lückenfüllung im Verwaltungsrecht

Die ältere Lehre und Praxis waren der Meinung, im Verwaltungsrecht gebe es keine Lücken. Wo eine Vorschrift zur Beschränkung der individuellen Freiheit fehle, bestehe Freiheit. Diese Auffassung ist abzulehnen; das Verwaltungsrecht kann – wie alle rechtliche Regelungen – lückenhaft sein.

Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d.h. ein qualifiziertes Schweigen vorliegt. Für Analogie und richterliche Lückenfüllung ist dann kein Platz.

Die h.L. und die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden *echte* und *unechte Lücken* und behandeln die beiden Fälle im Verwaltungsrecht unterschiedlich.

Das Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet die rechtsanwendenden Organe echte Lücken zu füllen, während der Legalitätsgrundsatz es ihnen grundsätzlich untersagt, unechte Lücken zu schliessen und diese Aufgabe dem Gesetzgeber vorbehält.

Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken wird in der Praxis immer weniger beachtet. Das BGer hat dafür einen neuen Lückenbegriff (*Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes*) übernommen und eine vom Gericht zu schliessende Lücke angenommen, wenn die gesetzliche Regelung "nach den dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden müsse".

§ 5 Verwaltungsrecht und Privatrecht

I. Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Regelungen

Allgemeines

Das Verwaltungsrecht ist ein Teil des öffentlichen Rechts, wobei die Verwaltungstätigkeit z.T. auch auf Privatrecht beruht. Das schweizerische Recht knüpft an diese Unterscheidung verschiedene Rechtsfolgen, weshalb man auf sie nicht verzichten kann. So ist z.B. im öffentlichen Recht die Bindung an das Legalitätsprinzip und die Grundrechte viel grösser. Ebenso variieren Verfahren und Rechtsschutz. Die Unterscheidung ist auch in der Verfassung angedeutet (z.B. Art. 122 Abs. 1 BV).

Abgrenzungskriterien

- *Unmassgebliche Kriterien*

Nicht massgeblich sind Unterscheidungskriterien wie das *formelle* (also ob der *Erlass* öffentlich-rechtlich oder privatrechtlicher Natur ist). Ebenfalls irrelevant ist der *zwingende Charakter*, die *Fiskustheorie* oder die *Subjektstheorie* (sobald 'der Staat' involviert ist).

- *Massgebliche Kriterien*

- *Subordinationstheorie (Subjektions-, Mehrwerttheorie)*

Übergeordnetheit des Staates zu den Privaten, also wenn er mit "obrigkeitlicher Gewalt" ihnen gegenüber tritt. Bsp.: Enteignung eines Grundstücks (öffR).

- *Interessentheorie*

Nimmt die Rechtsnorm ausschliesslich oder vorwiegend öffentliche Interessen wahr oder dient sie primär dem Schutz von privaten Interessen? Bsp.: Verbot von Sonntags- und Nachtarbeit (öffR).

- *Funktionstheorie*
Regelt eine Rechtsnorm die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit? (Wobei die Abgrenzung zur Interessentheorie nicht klar möglich ist). Bsp.: Massnahmen des Umweltschutzes oder der Raumplanung (öffR).
- *Modale Theorie*
Ist die *Sanktion* öffentlich-rechtlich (z.B. Widerruf einer Bewilligung) oder zivilrechtlich (z.B. Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts) ausgestaltet? Bsp.:
- *Kombination der verschiedenen Theorien*
Jedes Element ist für sich alleine noch ungenügend. Es wird deshalb immer mit den andern zusammen angesehen. Das BGer kombiniert sie einzelfallbezogen im Sinne eines Methodenpluralismus. Dabei hat keines dieser Kriterien a priori Vorrang.

Praktische Bedeutung der Zuordnung zum öffentlichen Recht

- Vollzug erfolgt durch die Verwaltungsbehörden von Amtes wegen
- öffentlich-rechtliche Verfahrensvorschriften (VwVG)
- Grundsatz der Gesetzmässigkeit und strengere Befolgung der Grundrechte
- für die Handlungen der Verwaltungsbehörden gilt eine besondere Regelung der Haftung
- Zuständigkeit besonderer Rechtspflegebehörden

Gemischte Normen (Doppelnormen)

Dabei handelt es sich um Rechtssätze, die zugleich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vorschriften enthalten

Anwendungsfälle sind z.B. Abstandsvorschriften im Baurecht oder Vorschriften des freien Zuganges zu Wald und Weide (Art. 699 ZGB).

Die Bedeutung in der Praxis ist die, dass Doppelnormen sowohl von betroffenen Privaten wie auch von den Behörden von Amtes wegen angewendet werden können und sowohl zivilrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Rechtsschutzorgane zuständig sind.

II. Zusammenhänge zwischen Verwaltungstätigkeit und Privatrecht

Privatrechtliches Handeln des Staates

Bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben sind die Behörden mit Hoheitsgewalt ausgestattet. Er kann aber auch in beschränktem Rahmen als *Privatrechtssubjekt* auftreten.

- *Verbot der privatrechtlichen Betätigung des Staates im öffentlich-rechtlich geregelten Bereich*
- *Fälle zulässigen privatrechtlichen Handelns des Staates*
 - *Administrative Hilfstätigkeit*
Bsp.: Beschaffung von Büromaterial
 - *Verwaltung des Finanzvermögens*
Bsp.: Vermietung von Liegenschaften; Kauf oder Verkauf von Wertpapieren
 - *Privatwirtschaftliche Staatstätigkeit*
Teilnahme des Gemeinwesens am Wirtschaftsleben in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft. Bsp.: Betrieb einer Gastwirtschaft durch eine Gemeinde; Teile des Geschäftsbereiches von Kantonalbanken.
 - *Teile der Leistungsverwaltung*
Wo der Staat für den Privaten wirtschaftliche Leistung erbringt, bedient er sich zum Teil der Rechtsformen des Privatrechts. Bsp.: Transportvertrag im öV, z.B. bei der SBB.
- *Zweistufentheorie – Öffentliches Beschaffungswesen (Submission)*
Die Idee ist, dass wenn der Staat einen privatrechtlichen Vertrag abschliesst, dass er sich nicht dem öffentlichen Recht entziehen kann bezüglich der Frage der Zuständigkeit und des Verfahrens der Willensbildung. Die Zweistufentheorie unterscheidet die interne Willensbildung, welche öffentlichem Recht unterstellt ist und mit einer Verfügung abgeschlossen wird von dem privatrechtlichen Vertragsabschluss.
Das BGer ist dieser Theorie nicht gefolgt. Über diverse Übereinkommen mit dem Ausland (EU) sind aber Regeln eingeführt worden bezüglich Verfahren und Kriterien der Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge zum Schutze der Gleichbehandlung aller Anbieter in den Vertragsstaaten. So ist (auf Umwegen) die Zweistufentheorie rechtlich verwirklicht worden.

- *Frage der Bindung des privatrechtlich handelnden Gemeinwesens an die Grundrechte*
Es wird immer stärker betont, dass das Gemeinwesen auch dort, wo es in den Formen des Privatrechts handelt, an das Rechtsgleichheitsgebot und andere Gebote gebunden ist. Dies wird vom BGer mittlerweile explizit bejaht. Es ist aber noch offen wie eine Verletzung geltend gemacht werden kann und die Form der Rüge.

Privatrechtliche Haftung des Staates

Grundsätzlich haftet der Staat nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Ausnahmsweise kann der Staat aber auch wie ein Privater haftbar gemacht werden. Bsp.: Grundeigentümerhaftung (Art. 679 ZGB), Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR), Motorfahrzeughalterhaftung (Art. 73 Abs. 1 SVG).

III. Übernahme von Begriffen und Normen des Privatrechts ins Verwaltungsrecht

Anknüpfung des Verwaltungsrechts an privatrechtliche Tatbestände

Da Verwaltungsrecht kann eine verwaltungsrechtliche Rechtsfolge davon abhängig machen, dass gewisse privatrechtliche Tatbestände erfüllt sind. Z.B. dass eine Schenkung nach OR vorliegt. Jedoch werden Gewisse Begriffe nicht in beiden Rechtsbereichen gleich definiert!

Verweisung des Verwaltungsrechts auf Normen des Privatrechts

Passen privatrechtliche Normen bestens ins öffentliche Recht, kann dieses auf das Zivilrecht verweisen. Werden aber Normen übernommen, so gelten diese als subsidiär öffentliches Recht. Der Rechtsschutz richtet sich daher nach dem öffentlichen Recht.

Analoge Anwendung des Privatrechts zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht

Lücken im öffentlichen Recht werden primär mit analogen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen gefüllt (z.B. Bestimmungen über die Verjährungsfristen). Nur sekundär wird auf das Privatrecht zurückgegriffen (z.B. Sinngemässe Anwendung der Vorschriften des OR über Willensmängel).

§ 6 Zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich des Verwaltungsrechts

I. Zeitlicher Geltungsbereich

Inkrafttreten von Erlassen

- *Allgemeines*
Die rechtlichen Wirkungen eines Erlasses beginnen mit seinem Inkrafttreten. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens wird grundsätzlich im Erlass selber festgesetzt oder es besteht eine Ermächtigung an die exekutive zur Festlegung dieses Zeitpunktes. Bei Bundesgesetzen ist dies häufig der Bundesrat, Verordnungen hingegen legen den Zeitpunkt des Inkrafttretens meist selber fest.
- *Publikation als Voraussetzung des Inkrafttretens*
Aus rechtsstaatlichen Gründen besteht der Grundsatz, dass Recht setzende Erlasse erst nach ihrer Publikation in der Gesetzessammlung für die Privaten verbindliche werden. Für Erlasse des Bundes ist dies die AS.

Ausserkrafttreten von Erlassen

Befristete Erlasse treten mit Ablauf der Frist ausser Kraft. *Unbefristete Erlasse* können durch spätere Erlasse gleicher oder höherer Stufe aufgehoben werden. Dabei kann es sich um eine *formelle Aufhebung* handeln, wo der ältere Erlass ausdrücklich als aufgehoben erklärt wird, oder *materiell*, wenn sich ein neuer Erlass mit älterem Recht deckt oder diesem widerspricht (lex posterior derogat legi priori). Die materielle Aufhebung ist durch Auslegung zu ermitteln.

Anwendung von neuem Recht auf hängige Verfahren

- *Das Problem*
Tritt ein neues Gesetz in Kraft, so fragt sich, auf welche Sachverhalte das alte Recht noch anzuwenden ist und welche Sachverhalte nach dem neuen Recht zu beurteilen sind. Insbesondere, ob auf ein hängiges Verfahren altes oder neues Recht Anwendung findet. Die Antwort hängt vor allem davon ab, wie das Interesse des Betroffenen am Schutz des Vertrauens in die Weitergeltung des bisherigen Rechts gewichtet wird. Bsp.: Nach der Eingabe des Baugesuchs tritt die neue Bauordnung in Kraft. Nach altem Recht müsste das Gesuch gutgeheissen werden, nach neuem abgelehnt.

- *Ausdrückliche gesetzliche Regelung*
Grundsätzlich muss diese Frage vom Gesetz beantwortet werden. Es sollten stets *intertemporale Regelungen* in neuen Erlassen vorhanden sein.
Nach Auffassung des BGer kann die Exekutive kraft ihrer Kompetenz zur Regelung des Inkrafttretens das Übergangsrecht umfassend ordnen. Hier entstehen aber Probleme mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip.
- *Fehlen einer gesetzlichen Regelung*
Fehlt Übergangsrecht, müssen allgemeine Prinzipien angewandt werden. Nach Vertrauensschutz der Betroffenen und Rechtssicherheit sollte das im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens geltende Recht angewendet werden. Da Interesse, neues Recht rasch wirksam werden zu lassen verlangt, dass Änderungen des Rechts auch dann berücksichtigt werden, wenn sie erst während des erstinstanzlichen oder des Rechtsmittelverfahrens eingetreten sind. Die Bundesgerichtspraxis dazu ist nicht ganz widerspruchsfrei.
Richtigerweise sollten Rechtsänderungen nach dem *erstinstanzlichen Entscheid* nur dann berücksichtigt werden, wenn die Rechtsänderung auch einen Widerruf rechtfertigen würde.
Verfahrensvorschriften sind grundsätzlich mit dem Tag des Inkrafttretens anwendbar.
Nach Rechtsprechung des BGer findet die Anwendung des neuen Rechts auf jeden Fall im Grundsatz von *Treu und Glauben* ihre Grenzen.

Rückwirkung

- *Echte Rückwirkung*
 - *Begriff*
Echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewandt wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat.
 - *Grundsatz des Verbotes der echten Rückwirkung*
Es ist von dem Grundsatz auszugehen, dass die echte Rückwirkung unzulässig ist. Niemandem sollen Verpflichtungen auferlegt werden, die sich aus Normen ergeben, welche ihm zum Zeitpunkt, als sich der Sachverhalt verwirklichte, nicht bekannt sein konnten, mit denen er also nicht rechnen konnte und musste.
 - *Voraussetzungen für die Zulässigkeit der echten Rückwirkung*
Ausnahmsweise zulässig, bei kumulativer Erfüllung folgender Punkte:
 - Die Rückwirkung muss ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt sein.
 - Die Rückwirkung muss zeitlich mässig sein.
 - Es bedarf triftiger Gründe.
 - Die Rückwirkung darf keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken.
 - Die Rückwirkung darf keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte darstellen. So ist z.B. die rückwirkende Enteignung unzulässig.
 - *Zulässigkeit der Rückwirkung begünstigender Erlasse*
Die oben genannten Bedenken der Problematik der Rückwirkung entfallen, wenn die Rückwirkung den Privaten nur Vorteile bringt.
- *Unechte Rückwirkung*
 - *Begriff*
Einerseits: Bei der Anwendung neuen Rechts auf zeitlich offene Dauersachverhalte. Dies ist gegeben, "wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern".
Andererseits: Wenn das *neue Recht* nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor Inkrafttreten vorlagen. Bsp.: Neues Gesetz zur Einkommenssteuer, welches vorsieht, dass bei der Bemessung der Steuern auf das Einkommen des Vorjahres, d.h. vor Inkrafttreten des Gesetzes, abgestellt wird.
 - *Grundsatz der Zulässigkeit der unechten Rückwirkung*
Die unechte Rückwirkung ist *grundsätzlich zulässig*, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen. Es besteht insbesondere ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung.

Vorwirkung

- *Begriff und Problem*

Im Gegensatz zur Rückwirkung bedeutet Vorwirkung eines Erlasses, dass ein Erlass Rechtswirkung zeitigt, obwohl er noch nicht in Kraft ist. Es sind zwei Varianten denkbar (positive und negative Vorwirkung):

- *Unzulässigkeit der positiven Vorwirkung*

Positive Vorwirkung liegt vor, wenn ein noch nicht in Kraft gesetzter Erlass unter Vorbehalt seines späteren Inkrafttretens angewendet wird. Dies ist *grundsätzlich unzulässig*, und zwar auch dann, wenn dafür eine besondere gesetzliche Grundlage besteht.

- *Beschränkte Zulässigkeit der negativen Vorwirkung*

Eine negative Vorwirkung eines Erlasses liegt vor, wenn – insbesondere bei der Behandlung von Gesuchen – das geltende Recht bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts nicht mehr angewendet wird. Häufiger Fall ist die sog. Bausperre.

Die negative Vorwirkung ist nur *zulässig*, wenn sie vom geltenden Recht vorgesehen ist.

II. Räumlicher Geltungsbereich

Das Territorialitätsprinzip

Jedes Gemeinwesen hat seine eigene Rechtsordnung. Im Gegensatz zum Zivilrecht kennt das öffentliche Recht keine speziellen Kollisionsregeln. Hier gilt dafür das sog. Territorialitätsprinzip, wonach öffentliches Recht nur in dem Staat Rechtswirkung entfaltet, der es erlassen hat. Schweizerisches öffentliches Recht wird somit nur auf Sachverhalte angewendet, die sich in der Schweiz zutragen.

Im interkantonalen und interkommunalen Bereich gelten ebenfalls das Territorialitätsprinzip und der Grundsatz, dass jeder Kanton und jede Gemeinde nur sein bzw. ihr Verwaltungsrecht anwenden.

Verschiedene Anknüpfungen

Gemäss Territorialitätsprinzip gilt das öffentliche Recht nur für Sachverhalte, die sich im räumlichen Herrschaftsbereich des Recht setzenden Gemeinwesens ereignen. Es kann nun aber u.U. nicht klar sein, welchem Gemeinwesen ein Sachverhalt zuzuordnen ist. Bsp.: X., Bürger von Chur GR und in Baden AG wohnhaft, arbeitet in der Stadt Zürich. Welches Gemeinwesen ist für die Erhebung der Einkommenssteuern zuständig?

Für die verschiedenen verwaltungsrechtlichen Massnahmen gelten unterschiedliche Anknüpfungen. Massgeblich sein kann:

- Wohnsitz, Niederlassung oder Aufenthalt;
Bsp.: Einkommenssteuern von Schweizerischen Staatsangehörigen, Ausübung von Stimm- und Wahlrecht;
- Ort der gelegenen Sache;
Bsp.: Baurecht, Grundstücksteuer;
- Ort der Ausübung oder der Auswirkung einer Tätigkeit;
Bsp.: Einkommenssteuer von ausländischen Staatsangehörigen, Taxifahrerkonzessionen;
- Bürgerrecht:
 - Gemeindebürgerrecht: z.B. bei politischen Rechten in Bürgergemeinden;
 - Kantonsbürgerrecht: nie Anknüpfungspunkt (Art. 37 Abs. 2 BV);
 - Schweizerbürgerrecht: z.B. bei Wahlen und Abstimmungen, Niederlassung.

Auf Grund der Anknüpfung wird das zuständige Gemeinwesen und gleichzeitig das anwendbare Recht bestimmt. Dabei ist das Recht jenes Gemeinwesens anwendbar, das auch zuständig ist. Zuständigkeit und anwendbares Recht können also nicht wie im Privatrecht auseinander fallen.

§ 7 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung

I. Sinn und Funktionen des Gesetzmässigkeitsprinzips

Allgemeines

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

Dabei darf das *Erfordernis der gesetzlichen Grundlage* nicht mit dem *Erfordernis der verfassungsmässigen Kompetenz* verwechselt werden.

Die rechtsstaatlichen Funktionen des Gesetzmässigkeitsprinzips

- *Gewährleistung von Rechtssicherheit*
Es bedarf für den Bürger die Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns. Bsp.: Unter welchen Umständen eine Baubewilligung angenommen wird muss für ihn aus dem Baugesetz hervorgehen.
- *Gewährleistung von Rechtsgleichheit*
Die Bindung an generell-abstrakte Regelungen gewährleistet, dass die Verwaltungsbehörden in ähnlich gelagerten Fälle gleich entscheidet.
- *Schutz der Freiheit des Individuums vor staatlichen Eingriffen*
Die von der Verfassung gewährleisteten Freiheitsrechte dürfen nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden (Art. 36 Abs. 1 BV).

Demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips

Dient der demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns. Es bedarf Gesetze, die von der Volksvertretung, ev. unter Mitwirkung des Volkes erlassen wurden.

II. Rechtsgrundlagen

Art. 5 Abs. 1 BV.

III. Allgemeine Umschreibung des Inhalts des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit

Heute steht die Unterscheidung zwischen dem Erfordernis des Rechtssatzes und dem Erfordernis der Gesetzesform im Vordergrund. Es geht dabei einerseits um die Frage nach der Struktur und Dichte der Norm, andererseits um die Anforderungen an die Normstufe.

IV. Erfordernis des Rechtssatzes

Definition

Staatstätigkeit darf nur auf Grund und nach Massgabe von *generell-abstrakten Rechtsnormen* ausgeübt werden, die *genügend bestimmt* sind.

Das Erfordernis des Rechtssatzes erfüllt ausschliesslich rechtsstaatliche Funktionen (und nicht etwa demokratischer Legitimation).

Der Begriff des Rechtssatzes

Jede Verfügung muss sich auf eine generell-abstrakte Norm, einen Rechtssatz stützen. Dabei kann es sich um Verfassungsbestimmungen, Gesetze oder Verordnungen handeln. Einer Verwaltungsverordnung dagegen kommt nie Rechtssatzqualität im hier verstandenen Sinn zu.

Erfordernis der genügenden Bestimmtheit des Rechtssatzes

"Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann."

Es wird hingegen nicht in allen Fällen das gleiche Mass an Bestimmtheit verlangt. So gelten z.B. bei Eingriffen in Freiheitsrechte höhere Anforderungen als bei freiwillig mit dem Staat eingegangene Rechtsverhältnissen.

Heute ist eine gewisse Tendenz offenerer Regelungen zu erkennen. Dies, aufgrund erhöhter Komplexität und Schnellebigkeit.

V. Erfordernis der Gesetzesform

Definition

Wichtige Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, müssen in einem *Gesetz* enthalten sein. Die Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips gehen hier weiter als beim Erfordernis des Rechtssatzes: Es genügt nicht irgendeine Rechtsnorm, sondern verlangt wird ein *Gesetz*, das vom Parlament, je nach Verfassung unter Mitwirkung des Volkes, erlassen worden ist.

Gesichtspunkte für die Bestimmung der Rechtssetzungsstufe

- *Wichtigkeit*
Die Abgrenzung der Rechtsnormen, die wegen ihrer Wichtigkeit in einem Gesetz enthalten sein

müssen, ist nicht leicht. Art. 164 Abs. 1 BV macht eine Aufzählung. Allerdings gibt es auch in diesen Bereichen weniger wichtige Normen, die in der Form der Verordnung erlassen werden können. Für die *Umschreibung der Wichtigkeit einer Rechtsnorm* sind deshalb grundsätzlich folgende Kriterien massgebend:

- Intensität des Eingriffs
- Zahl der von einer Regelung Betroffenen
- Finanzielle Bedeutung
- (Erwartete) Akzeptierbarkeit
- *Flexibilitätsbedürfnis*
Regelungen, die z.B. infolge technischen Fortschritts ständig revidiert werden müssen, werden zweckmässigerweise in einer Vo erlassen und nicht im langwierigen Gesetzgebungsverfahren.
- *Eignung der entscheidenden Behörde*
Der Gesetzgeber trifft Grundsatzentscheide, der Verordnungsgeber befasst sich mit (fachlichen) Details.

Das Problem der Gesetzesdelegation

- *Begriff der Gesetzesdelegation*
Unter Gesetzesdelegation ist die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen zu verstehen. Einerseits die Delegation von übergeordneten an untergeordnete Gemeinwesen und andererseits, hier relevant, die *Delegation vom Gesetzgeber an den Verordnungsgeber*.
- *Frage der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation an die Exekutive*
Es handelt sich um eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und eine Einschränkung der demokratischen Rechte. Lehre und Praxis anerkennen heute die grundsätzliche Zulässigkeit der Gesetzesdelegation, legen aber Wert auf gewisse Schranken.
- *[Vier] Voraussetzungen der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation an die Exekutive*
 - Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein.
 - Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein.
 - Die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken.
 - Die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein.
- *Problematik der Rechtsfigur der Gesetzesdelegation*

VI. Geltungsbereich des Gesetzmässigkeitsprinzips

Das Gesetzmässigkeitsprinzip wirkt sich auf sämtliche Bereiche und Arten der Verwaltungstätigkeit aus.

Geltung für Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Das Legalitätsprinzip gilt heute *sowohl* für die Eingriffsverwaltung wie auch für die Leistungsverwaltung. Die Erfordernisse der Gesetzesform sind aber im Bereich der Leistungsverwaltung im Allgemeinen weniger streng als bei der Eingriffsverwaltung.

Geltung für Bund, Kantone und Gemeinden

Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt für die Gemeinwesen aller Stufen. Bund, Kantone und Gemeinden sind an sämtliche Erlasse des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gebunden. Das bedeutet, dass sich z.B. der Bund an die Erlasse der Kantone und Gemeinden zu halten hat, sofern diese den Bund dadurch nicht in der Erfüllung einer ihm durch die Verfassung übertragenen Aufgabe hindert.

Geltung für alle Arten von Verwaltungstätigkeit

Verfügungen, Nebenbestimmungen von Verfügungen, Pläne, informelles Verwaltungshandeln, Auskünfte, Realakte, usw.

Beschränkte Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips

- *Regelung der Benutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch*
- *Polizeiinotverfügung und Polizeiinotverordnungen*
- *Personen in einem Sonderstatusverhältnis*
- *Abgaberecht*
- *Berufsverwaltung*

- *Auswärtige Angelegenheiten*

VII. Gesetzmässigkeit, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

Allgemeines

Das Gesetz kann nicht alle zukünftigen Probleme voraussehen. Häufig müssen auf den Einzelfall bezogen sinnvolle und sachgerechte Lösungen getroffen werden. Es müssen also auch weniger bestimmte Normen zugelassen sein, welche Ermessensspielräume für die rechtsanwendenden Behörden schaffen. Es handelt sich um sog. *offene Normen*. Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe dienen also der *Einzelfallgerechtigkeit* und ergänzen insoweit das Gesetzmässigkeitsprinzip.

Ermessen und Gesetzesdelegation

Der Gesetzgeber verzichtet in einem bestimmten Bereich auf eine abschliessende Regelung und gewährt damit den *Verwaltungsbehörden* einen gewissen *Freiraum*.

Begriff und Arten des Ermessens

- *Begriff*
Ermessen ist ein *Entscheidungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, ein Freiraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden gewährt. Die Offenheit des Gesetzes ist geplant, im Gegensatz zu einer (Gesetzes-)Lücke. Es wird die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen gelassen und u.U. sogar, *ob überhaupt eine Rechtsfolge eintreten soll*.
Die gesetzliche Einräumung von Ermessen führt dazu, dass *Verwaltungsgerichte die Angemessenheit* der von den Verwaltungsbehörden getroffenen Entscheidungen – zumindest grundsätzlich – *nicht überprüfen dürfen*.
- *Arten des Ermessens*
 - *Entscheidungsermessen*
Entscheid, *ob* eine Massnahme zu treffen sei oder nicht. Vor allem Kann-Vorschriften räumen solches Ermessen ein.
 - *Auswahlermessen*
Entscheidungsspielraum hinsichtlich der *Wahl zwischen verschiedenen Massnahmen* oder hinsichtlich der näheren Ausgestaltung einer Massnahme.
 - *Tatbestandsermessen*
Frage, ob die Voraussetzung für die Anordnung der Rechtsfolge als erfüllt betrachtet wird oder nicht.
- *Form der Einräumung des Ermessen*
Die Frage, ob eine bestimmte Norm den Verwaltungsbehörden Ermessen einräumt, ist auf dem Weg der *Auslegung* zu ermitteln. Sie ist immer eine Rechtsfrage. Einfach sind klarer Wortlaut wie ausdrückliches Gebot zur Handlung "nach Ermessen" oder eben Kann-Vorschriften.
- *Pflichtgemässes Ermessen*
Beim Ermessen sind die Behörden an die *Verfassung* gebunden. Sie müssen insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen befolgen.
Es herrscht Begründungszwang, d.h. die Pflicht der Verwaltungsbehörden, ihre Entscheide zu begründen.

Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

- *Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs*
Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt. Bsp.: "Eignung" des Einbürgerungswilligen, "leichter Fall".
- *Rechtliche Tragweite der Abgrenzung Ermessen – unbestimmter Rechtsbegriff*
Diese Unterscheidung ist bedeutsam für die Frage des *Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte*. Den kantonalen Verwaltungsgerichten steht im Allgemeinen *nur eine Rechtskontrolle* zu. Eine Überprüfung der Angemessenheit der Ermessensbestätigung ist dagegen – anders als vor Bundesverwaltungsgericht – bloss ausnahmsweise zulässig.
Die unbestimmten Rechtsbegriffe sind *der Auslegung zugänglich*. Diese Auslegung durch die Verwaltungsbehörden kann von den Verwaltungsgerichten grundsätzlich überprüft werden.
- *Zurückhaltung der Gerichte auch bei der Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen*
Die Verwaltungsgerichte sollen nicht den ganzen Bereich des Beurteilungsspielraumes, der bei un-

bestimmten Rechtsbegriffen gegeben ist, voll überprüfen. Dazu sind die Verwaltungsbehörden besser geeignet. Gründe:

- Zusammenhang mit den örtlichen Verhältnissen ist besser;
 - Technizität der Frage;
 - grössere Nähe und Vertrautheit der Verwaltungsbehörden mit den tatsächlichen Verhältnissen.
- *Kriterium der Abgrenzung*
 - *Theorie der einzig richtigen Entscheidung*
 - *Unterschied von Tatbestand und Rechtsfolge*
Unbestimmte Rechtsbegriffe betreffen stets den Tatbestand, während sich das Ermessen auf die Rechtsfolge bezieht. Dies trifft zwar häufig zu, aber nicht immer.
 - *Abstellen auf die Eignung der Gerichte zur Überprüfung*
Massgeblich ist vielmehr, ob die Anwendung einer offenen Normierung nach Sinn und Zweck des Gesetzes von einem Gericht soll überprüft werden können oder nicht. Es ist zu fragen, ob die Behörde nicht kompetenter in der Sache sei oder die richterliche Überprüfung durch den Richter sinnvoll.

Ermessensfehler

- *Unangemessenheit*
Ein Entscheid ist unangemessen, wenn er zwar *innerhalb des Ermessensspielraumes liegt* und die Verfassungsprinzipien sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung beachtet, das Ermessen aber *unzweckmässig* gehandhabt wurde. Eine Rechtsverletzung liegt *nicht* vor. *Wertungsfrage!*
- *Ermessensmissbrauch*
Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die im Rechtssatz umschriebene *Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens zwar beachtet* worden sind, aber das Ermessen unter unmassgeblichen Gesichtspunkten, insbesondere *willkürlich und rechtsungleich* betätigt wird. Ermessensmissbrauch stellt eine *Rechtsverletzung* dar.
- *Ermessensüberschreitung*
Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn das Ermessen in einem Bereich ausgeübt wird, in dem der Rechtssatz *kein Ermessen eingeräumt* hat. Bsp.: Ausnahmegewilligung, obwohl das Gesetz keine solchen vorsieht.
- *Ermessensunterschreitung*
Eine Ermessensunterschreitung liegt vor, wenn die entscheidende Behörde sich *als gebunden betrachtet*, obschon ihr vom *Rechtssatz Ermessen eingeräumt* wird. Stellt eine Rechtsverletzung dar. Der Gesetzgeber erwartet von den Verwaltungsbehörden, dass sie sachliche Unterscheidungen treffen.

Gerichtliche Beurteilung der Ermessensfehler

Den *Verwaltungsgerichten* ist regelmässig nur Rechtskontrolle gestattet. Dazu gehört auch die Kontrolle auf Überschreitung, Unterschreitung und Missbrauch des Ermessens, nicht aber die Kontrolle der Unangemessenheit.

VIII. Gesetzmässigkeitsprinzip und Sonderstatusverhältnis ("Besonderes Rechtsverhältnis")

Begriff des Sonderstatusverhältnisses

Person, die in einer engeren Rechtsbeziehung zum Staat steht als die übrigen Menschen und sich daraus für sie besondere Pflichten und Einschränkungen der Freiheitsrechte ergeben. Bsp.: Schüler, Soldaten, Gefangene.

Anforderungen an die gesetzliche Grundlage

Beim *Erfordernis des Rechtssatzes* wird eine geringere Bestimmtheit des Rechtssatzes erwartet. Bezüglich des *Erfordernisses der Gesetzesform* muss gefordert werden, dass die Voraussetzungen für die Begründung sowie, in den Grundzügen, die rechtlichen Auswirkungen des Sonderstatusverhältnisses in einem Gesetz umschrieben werden.

Die Praxis finden sich aber oft Regelungen, die diesen Erfordernissen nicht voll entsprechen.

§ 8 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot

I. Rechtsgrundlage, Inhalt und Bedeutung des Gleichheitsprinzips

Dem Grundsatz der Rechtsgleichheit kommt *umfassende Geltung* zu. Er ist also von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen (Rechtsetzung und Rechtsanwendung) und auf sämtlichen Ebenen der Staatstätigkeit (Bund, Kantone, Gemeinden) zu beachten. Im Bereich des Verwaltungsrechts gilt er für den Erlass verwaltungsrechtlicher Normen wie auch für deren Anwendung im Einzelfall.

Das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot sind verfassungsmässige Rechte und können daher beim BGer gerügt werden (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten).

Das *Diskriminierungsverbot* von Art. 8 Abs. 3 BV ist ebenfalls eingeschlossen.

II. Anspruch auf Gleichbehandlung

Grundsatz

Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Unter Umständen sind Abweichungen möglich. Dabei muss also abgewogen werden zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung.

Bedeutung bei der Rechtsetzung

Ein Erlass verletzt das Gebot der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden.

Eine unterschiedliche Regelung des gleichen Tatbestandes in verschiedenen Kantonen oder Gemeinden verletzt das Rechtsgleichheitsgebot in der Regel nicht. Dies als Ausflüsse der Eigenständigkeit der Kantone bzw. Gemeindeautonomie. Bsp.: Es verstösst nicht gegen Art. 8 Abs. 1 BV, wenn ein kantonales Gesetz das Verbot einer Filmaufführung wegen Sittenwidrigkeit ermöglicht, der Nachbaranton dagegen keine derartige Bestimmung kennt.

Bedeutung bei der Rechtsanwendung

• *Allgemein*

Eine rechtsungleiche Behandlung liegt gemäss der Praxis des BGer grundsätzlich nur dann vor, wenn die *nämliche Behörde* gleichartige Fälle unterschiedlich beurteilt.

• *Praxisänderung*

Die Voraussetzungen für eine Praxisänderung sind:

- Es müssen *ernsthafte und sachliche Gründe* für eine neue Praxis sprechen. Also z.B. im Hinblick auf die künftige Entwicklung der Sicherheit im öffentlichen Verkehr. Oder wenn sie infolge vermehrtem Missbrauch als zweckmässig angesehen wird.
- Die Änderung muss *grundsätzlich* erfolgen.
- Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung muss gegenüber demjenigen an der *Rechtssicherheit* überwiegen.
- Die Praxisänderung darf *keinen Verstoss gegen Treu und Glauben* darstellen.

• *Kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht*

Wenn die Behörden in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das den Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich kein Anspruch darauf, ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die abweichende Behandlung lediglich in *einem einzigen* oder in *einigen wenigen Fällen* erfolgt ist. Bei gesetzeswidriger *Praxis* und keinem Anzeichen zur "Besserung" muss sie auch den Dritten zuteil werden. Unter Umständen können diesen gesetzeswidrigen Begünstigungen öffentliche Interessen entgegen treten.

III. Willkürverbot

Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzesnormen nicht schon vor, wenn eine andere Auslegung ebenfalls vertretbar oder sogar zutreffender erscheint, sondern erst, wenn ein *Entscheid offensichtlich unhaltbar* ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als ver-

tretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht. Es darf nicht bloss die Begründung, sondern es muss auch das Ergebnis unhaltbar sein. Bsp.:

- grobe Fehler in der Sachverhaltsermittlung
- grobe Ermessensfehler
- stossende Widersprüche zum Gerechtigkeitsgedanken

Es kommt dabei nicht auf Böswilligkeit oder schlechte Absichten der rechtsanwendenden Behörde an. Im Gegensatz zum Rechtsgleichheitsgebot kommt es beim Willkürverbot nur auf das Verhältnis zwischen dem angewandten Rechtssatz und dem betreffenden Anwendungsakt an.

§ 9 Der Grundsatz des öffentlichen Interesses

I. Der Begriff des öffentlichen Interesses

Schwierigkeit einer allgemeinen Umschreibung

Das öffentliche Interesse ist die allgemeine Voraussetzung für jede staatliche Tätigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV). Inhalt und Tragweite des Begriffes des öffentlichen Interesses lassen sich indes *nicht* in einer *einfachen allgemein gültigen Formel* fassen. Was als öffentliches Interesse betrachtet wird kann *nur kasuistisch* umschrieben werden. Es ist von Fall zu Fall nach Massgabe der jeweils gegebenen Umständen zu entscheiden.

Zeitliche und örtliche Wandelbarkeit

Eine präzise Definition wird auch dadurch verunmöglicht, dass der Begriff des öffentlichen Interesses *zeitlich und* in gewissen Belangen auch *örtlich wandelbar* ist. Bsp.: Denkmalschutz früher nur für "schöne" Bauten, heute auch Fabrikbauten; Peepshow 1980 i.O.

Kasuistik

- *Polizeiliche Interessen*
Massnahmen, die dem *Schutz der Polizeigüter* – öffentliche Ordnung und Sicherheit, öffentliche Ruhe, Gesundheit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr – dienen. Bsp.: öffentliche Gesundheit bei Baubewilligung und Zulassung nichtärztlicher Akupunkteure.
- *Planerische Interessen*
Bsp.: Raumplanung (Art. 75 BV); Spital-, Alters- und Pflegeheimplanung.
- *Soziale und sozialpolitische Interessen*
Bsp.: Arbeitnehmerschutz; Förderung des sozialen Wohnungsbaus.
- *Weitere öffentliche Interessen*
Z.T. in der BV als Staatsausgabe umschrieben. Bsp.: Umweltschutz (Art. 74 BV); Tierschutz (Art. 80 BV).

Fiskalische Interessen

Sie gehören zwar zu den öffentlichen Interessen, vermögen aber grundsätzlich keine Eingriffe in Freiheitsrechte zu rechtfertigen.

II. Rechtsgrundlagen

Das öffentliche Interesse kann *nicht selbständig gerügt* werden.

Einige weitere *Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen* nennen das öffentliche Interesse als Voraussetzung und Massstab staatlichen Handelns. Sie bilden die Grundlage für die Konkretisierung der öffentlichen Interessen durch Rechtsnormen oder im Einzelfall. Bsp.: Art. 36 Abs. 2 BV ("öffentliches Interesse"); Art. 94 Abs. 2 BV ("Wohlfahrt der Bevölkerung"). Die Terminologie ist also keineswegs einheitlich.

III. Geltungsbereich

Der Grundsatz des öffentlichen Interesses bindet in umfassender Weise *alle drei Staatsgewalten*. Er gilt für das *gesamte* Verwaltungsrecht, nicht nur für die Eingriffsverwaltung, sondern auch für die Leistungsverwaltung. Er kann sogar Verpflichtungen begründen, wie z.B. für ein genügendes Gesundheitswesen.

Die Verwaltungsbehörden sind im *hoheitlichen* wie im *nichthoheitlichen Tätigkeitsbereich* gebunden. Das bedeutet, dass das Gemeinwesen, selbst wenn es privatrechtlich handelt, die öffentlichen Interessen zu verwirklichen hat.

IV. Abwägung zwischen verschiedenen Interessen

Allgemeines

Im Falle einer Interessenkollision (öffentlich ↔ privat/öffentlich) muss eine *wertende* Gegenüberstellung und eine *Interessenabwägung* stattfinden.

Abwägung zwischen öffentlichem und entgegenstehendem privatem Interesse

Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

Abwägung zwischen gegensätzlichen öffentlichen Interessen

Es können sich auch zwei öffentliche Interessen gegenüberstehen. Denkbar sind:

- Ein *Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen* der Privaten bedingt nicht nur ein Abwägen zwischen öffentlichen und privaten Interessen. Da der Schutz der Grundrechte *auch* im öffentlichen Interesse liegt, findet gleichzeitig eine Gewichtung verschiedener öffentlicher Interessen statt.
- Bei Praxisänderungen: Schutz des Vertrauens in das Verhalten staatlicher Behörden, insbesondere bei unrichtigen Auskünften und bei der Rücknahme oder dem Widerruf von Verfügungen.
- Eine Interessenkollision kann ferner durch unterschiedliche staatliche Zielsetzungen hervorgerufen werden. Bsp.: Naturschutz ↔ Landesverteidigung.
- Einander widersprechen können sich sodann die Interessen verschiedener Gebietskörperschaften (Bund, Kantone, Gemeinden). Bsp.: Bund als Grundstückseigentümer in einer Gemeinde will dort einen Waffenplatz errichten. Die Gemeinde dagegen möchte das entsprechende Gebiet unter Naturschutz stellen.

§ 10 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

I. Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Die Verwaltungsmassnahmen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels müssen *geeignet* und *notwendig* sein und in einem *vernünftigen Verhältnis* zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden. Die Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme stellt sich nur, wenn an ihr überhaupt ein zulässiges Interesse besteht.

II. Rechtsgrundlagen

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat Verfassungsrang. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein. Es handelt sich aber um kein verfassungsmässiges Recht der Privaten, sondern kann nur zusammen mit einem verfassungsmässigen Recht (z.B. persönliche Freiheit) geltend gemacht werden.

III. Geltungsbereich

Gilt im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts, sowohl in der *Rechtsetzung* als auch in der *Rechtsanwendung*. Einzelne Aspekte des Grundsatzes sind allerdings primär auf die Eingriffsverwaltung ausgerichtet.

IV. Die drei Elemente des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (*kumulativ*)

Eignung der Massnahme

Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie am Ziel vorbeischiess, d.h. keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet.

Bsp.: Werden Parkverbote nicht durchgesetzt, so erweisen sie sich als ungeeignete Verkehrsbeschränkung.

Erforderlichkeit der Massnahme

Die Verwaltungsmassnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde.

- *Erforderlichkeit in sachlicher Beziehung*

Es ist nicht statthaft, eine Bewilligung zu verweigern oder ein gänzlich Verbot auszusprechen, wenn der rechtmässige Zustand durch eine mit der Bewilligung verknüpften Auflage oder Bedingung herbeigefügt werden kann.

Bsp.: Das gänzliche Verbot einer Demonstration, wenn eine vorgeschriebene Route ausreichen würde.

- *Erforderlichkeit in räumlicher Hinsicht*

Bsp.: Der Geltungsbereich von Naturschutzvorschriften hat sich auf tatsächlich schützenswerte Gebiete zu beschränken.

- *Erforderlichkeit in zeitlicher Hinsicht*

Ein Eingriff hat nur so lange zu dauern, als es notwendig ist, um das damit angestrebte Ziel zu erreichen.

Bsp.: Unverhältnismässig, einem Anwalt das Patent zu entziehen, wenn Aussicht darauf besteht, dass eine befristete Einstellung im Beruf ein standesgemässes Verhalten des betroffenen Anwaltes bewirken kann.

- *Erforderlichkeit in persönlicher Hinsicht*

Generelle Einschränkungen, die alle treffen sind unzulässig, wenn die verfolgten Ziele durch individuelle Verbote oder Beschränkungen, die beim Vorliegen einer konkreten Gefährdung angeordnet werden, erreicht werden kann.

Bsp.: Statt die Vorführung eines Filmes zu verbieten, kann es genügen, Alterslimiten einzuführen.

Zudem sollten Verwaltungsmassnahmen, für die mehrere mögliche Adressaten in Frage kommen, primär diejenigen treffen, die dazu Anlass gegeben haben. Polizeiliche Massnahmen haben sich deshalb grundsätzlich gegen Störer zu richten.

Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Abwägung von öffentlichen und betroffenen privaten Interessen)

Eine Verwaltungsmassnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt. Es sind wertende Abwägungen vorzunehmen. Der staatliche Eingriff muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur in diesem Fall ist er den Privaten zumutbar.

§ 11 Der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht

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

Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein *loyales und vertrauenswürdigen Verhalten im Rechtsverkehr*. Es ist für die Beziehungen unter den Privaten wie für das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und den Privaten elementar, gilt jedoch auch im Verhältnis zwischen Gemeinwesen.

Für das Verwaltungsrecht ist der Grundsatz von Treu und Glauben v.a. in zweifacher Hinsicht wichtig:

- In der Form des sog. *Vertrauensschutzes*.
- Als Verbot widersprüchlichen Verhaltens und als Verbot des Rechtsmissbrauchs.

II. Rechtsgrundlagen

In der BV ist der Grundsatz von Treu und Glauben einerseits als Regel (Art. 5 Abs. 3 BV) und andererseits als grundrechtlicher Anspruch (Art. 9 BV) formuliert.

III. Grundsatz des Vertrauensschutzes

Begriff des Vertrauensschutzes

Art. 9 BV. Private haben Anrecht darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden.

Verhältnis des Vertrauensschutzes zu den anderen Verfassungsgrundsätzen

- *Vertrauensschutz und Rechtssicherheit*
Zwischen den beiden Grundsätzen besteht eine *enge Verwandtschaft*. Es ist aber zu beachten, dass Vertrauensschutz im Sinne der Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Sinne des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht identisch sind.
- *Vertrauensschutz und Legalitätsprinzip*
Zwischen den beiden Prinzipien (Art. 5 Abs. 3 und Abs. 1 BV) besteht ein *Spannungsverhältnis*; Kollisionen sind nicht ausgeschlossen.

Voraussetzungen des Vertrauensschutzes

- *Vertrauensgrundlage*
Es muss ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst.
 - *Rechtsanwendungsakte*
 - *Verfügungen und Entscheide*
Die Privaten sollen sich auf eine Verfügung (z.B. Baubewilligung) oder auf einen Entscheid der Verwaltungsbehörden verlassen können. Eine Vertrauensgrundlage stellt auch die in einer Verfügung oder in einem Entscheid enthaltene *fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung* dar.
 - *Verwaltungsrechtliche Verträge*
 - *Auskünfte und Zusagen*
Siehe unten "Unrichtige behördliche Auskünfte im Besonderen".
 - *Verwaltungs- und Gerichtspraxis*
Praxisänderungen sind grundsätzlich zulässig, doch können Präjudizien unter Umständen eine Grundlage des Vertrauensschutzes bilden. V.a. *Grundsatzentscheide*, deren Ziel es unter anderem ist, in einer umstrittenen Frage Sicherheit und Gewissheit zu schaffen.
 - *Rechtsetzungsakte*
In der Regel stellen Rechtsetzungsakte keine Vertrauensgrundlage dar. Die Privaten können nicht ohne Weiteres auf den Fortbestand eines geltenden Gesetzes vertrauen, sondern müssen mit dessen Revision rechnen. Ausnahme bilden unvorhersehbare Rechtsänderungen in schwer wiegender Weise, wo gestützt auf die frühere Regel Dispositionen getätigt wurden. U.U. kann ein *Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung* bestehen.
 - *Raumpläne*
Raumpläne, namentlich Zonenpläne, und Bauordnungen können Grundsätzlich jederzeit geändert werden. Auf das Prinzip des Vertrauensschutzes können sich Private nur berufen, wenn das für den Erlass des Raumplanes zuständige Organe eine *Zoneneinteilung für eine bestimmte Dauer zugesichert* hat.
In diesem Zusammenhang ist auch das Gebot der Rechtssicherheit zu beachten. Dieses verlangt, dass Zonenpläne eine gewisse Beständigkeit aufweisen. Je neuer ein Plan ist, umso eher darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden.
 - *Duldung eines rechtswidrigen Zustandes*
Grundsätzlich hindert die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes die Behörde nicht an der späteren Behebung dieses Zustandes. Ausnahme ist die *sehr lange* Duldung. Bsp.: 24 Jahre in einem BGE.
- *Vertrauen in das Verhalten der staatlichen Behörden*
Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, *wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen*. Bei der Beurteilung dieser Frage können z.T. die getroffenen Dispositionen der Privaten schliessen. Eigentliche Nachforschungen über die Richtigkeit behördlichen Handelns wird aber nicht erwartet.
- *Vertrauensbetätigung*
In der Regel kann Vertrauensschutz nur geltend gemacht werden, *wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat*, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Zwischen Vertrauen und Disposition muss ein *Kausalzusammenhang* gegeben sein.
- *Abwägung zwischen dem Interesse am Vertrauensschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen*

Unrichtige behördliche Auskünfte im Besonderen

- *Eignung der Auskunft zur Begründung von Vertrauen*
Nicht jede behördliche Auskunft taugt als Vertrauensbasis. Notwendig ist eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit. Nach h.L. gilt nur eine auf einen konkreten, die Auskunftserheischende Person direkt betreffenden Sachverhalt bezogenen Auskunft. Es sind aber auch *vorgedruckte Formulare* geeignet.
- *Zuständigkeit der auskunftserteilenden Behörde*
Es genügt, dass Private in guten Treuen annehmen durften, die Behörde sei zur Erteilung der Auskunft befugt.
- *Vorbehaltslosigkeit der Auskunft*
Eine Auskunft begründet schutzwürdiges Vertrauen nur, wenn sie vorbehaltlos erteilt worden ist. Nicht schutzwürdig ist das Vertrauen Privater in eine Auskunft, wenn die Behörde wenigstens dem Sinn nach klar zum Ausdruck bringt, dass sie sich nicht festlegen will. Bsp.: Auskunft des Sachbearbeiters mit dem Hinweis, dass der Gesamtergebnisrat zum Entscheid zuständig sei.
- *Unrichtigkeit der Auskunft nicht erkennbar*
- *Nachteilige Disposition auf Grund der Auskunft*
Der Adressat muss im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft eine Disposition getroffen oder unterlassen haben, die er *nicht oder jedenfalls nicht ohne Schaden rückgängig machen* oder nachholen kann. Es bedarf der Kausalität. Bsp.: Grundstückkauf auf Grund Zusicherung der Bebaubarkeit.
- *Keine Änderung des Sachverhaltes oder der Rechtslage*
- *Überwiegen des Interesses am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft gegenüber dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung*
Es bleibt abzuwägen, ob ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung nicht dennoch dem Vertrauensschutz vorzugehen hat.

Rechtswirkungen des Vertrauensschutzes

- *Allgemeines*
Es soll verhindert werden, dass Private infolge ihres Vertrauens in Behörden Nachteile erleiden. Es sind folgende Rechtsfolgen denkbar:
- *Bindung an die Vertrauensgrundlage*
Auskünfte und Zusagen werden trotz ihrer Unrichtigkeit verbindlich. Verfügungen können nicht mehr zurückgenommen oder widerrufen werden, Praxisänderungen müssen unterbleiben oder der gesetzwidrigen Verordnung muss Verbindlichkeit zukommen. (Hauptfall).
- *Wiederherstellung von Fristen*
- *Entschädigung von Vertrauensschäden*
Finanzielle Entschädigungen kommen vor allem bei vermögenswerten Einbussen zum Zug. Sie haben aber praktisch eher geringe Bedeutung.
- *Übergangsregeln*
Ev. Anspruch auf Übergangsbestimmungen.

IV. Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Verbot widersprüchlichen Verhaltens der Verwaltungsbehörden

Eine Unterscheidung zwischen dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens und dem Vertrauensschutzprinzip fällt schwer.

Verbot widersprüchlichen Verhaltens der Privaten

Auch Private sind im Rechtsverkehr mit den staatlichen Behörden an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (Art. 5 Abs. 3 BV). Bsp.: Vorwurf, in einem kantonalen Verfahren nicht genügend verteidigt worden zu sein, erst vor BGer zu erheben.

V. Verbot des Rechtsmissbrauchs durch zweckwidrige Verwendung eines Rechts

Das Rechtsmissbrauchsverbot ist nach Auffassung des BGer Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben. Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Rechtsmissbräuchlich handeln können sowohl *Private* als auch *Behörden*. Bsp.: Ein Anwalt reicht eine bewusst mangelhafte Rechtschrift ein, um damit eine Nachfrist für die Begründung zu erwirken; Beginn

des Baus "pro forma", nur um der zwei Tage später an der Gemeindeversammlung (wahrscheinlich angenommen werdende) Baubewilligungspflicht zu entziehen.

2. Teil Verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehungen

1. Kapitel Pflichten und Rechte des Verwaltungsrechts

§ 12 Formen des Verwaltungshandelns

I. Rechtliches Verwaltungshandeln

Verfügungen und verwaltungsrechtliche Verträge ziehen unmittelbare Rechtswirkungen nach sich. Andere Verwaltungstätigkeiten in der Beziehung Behörde/Private wie sog. tatsächliche oder schlichte Verwaltungshandlungen und das informelle Verwaltungshandeln sind nicht auf Rechtswirkung gerichtet.

II. Tatsächliches Verwaltungshandeln

Das tatsächliche oder schlichte Verwaltungshandeln umfasst Realakte, Auskünfte, Belehrungen, Empfehlungen, Warnungen und Ähnliches sowie amtliche Berichte und Vernehmlassungen.

III. Informelles Verwaltungshandeln

Auch das sog. informelle Verwaltungshandeln zielt nicht primär auf Rechtswirkung ab. Vielmehr soll ein bestimmtes Ziel mit Hilfe von rechtlich nicht geregelten Tathandlungen statt durch die von der Rechtsordnung vorgesehenen Handlungsformen der Verfügung oder des verwaltungsrechtlichen Vertrages erreicht werden. Dies sind namentlich Vorverhandlungen, Absprachen, Agreements und die Mediation. Bsp.: Mengenmässiges Ziel bez. Schadstoffausstoss, bei dessen Erreichen auf den Erlass einer Verordnung verzichtet werden kann. Dadurch verspricht man sich eine bessere Akzeptanz staatlicher Regelungen.

IV. Probleme der Rechtsbindung und des Rechtsschutzes

Die Verwaltungsbehörden sind auch beim tatsächlichen und informellen Handeln an das Recht gebunden (Art. 5 Abs. 1 BV). Im Einzelnen ist allerdings umstritten, wie weit die Grundrechte und die Verfassungsprinzipien dem verfügungsfreien Verwaltungshandeln Grenzen setzt.

Da tatsächliche oder informelle Verwaltungshandlungen keine Verfügung nach sich ziehen, können sie nicht mit den ordentlichen Rechtsmitteln überprüft werden. Das BGer hat in neueren Entscheiden jedoch angedeutet, dass Realakte allenfalls auch direkt anfechtbar sein müssen, wenn das Rechtsschutzbedürfnis es gebietet.

Art. 25a VwVG gesteht Personen, die ein schutzwürdiges Interesse haben zu, von der zuständigen Behörde eine Verfügung für einen Realakt zu verlangen.

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

I. Begriff der verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten

Die verwaltungsrechtlichen Pflichten

Sowohl die Privaten, d.h. natürliche Personen und juristische Personen des Privatlebens, als auch der Staat und seine Organisationen können Träger verwaltungsrechtlicher Pflichten sein.

Die verwaltungsrechtlichen Rechte

- *Allgemeines*
Die aus dem Privatrecht stammende Vorstellung, dass das Recht aus objektivem Recht und sich entsprechenden subjektiven Rechten und Pflichten bestehe, kann nicht auf das Verwaltungsrecht übertragen werden. Hier geht es primär um die Verwirklichung des *objektiven Rechts*. Den Pflichten der Behörden und Privaten stehen oft keine ("subjektiven") Rechte gegenüber.
- *Subjektive öffentliche Rechte*
Wurde in der früheren Lehre gebraucht, jedoch Begriff mit unbestimmten Inhalt.
- *Öffentlich-rechtliche Ansprüche*
Ein öffentlich-rechtlicher Anspruch ist eine sich aus dem öffentlichen Recht ergebende Berechtigung.

gung, zu deren Geltendmachung den Berechtigten ein Rechtsmittel zur Verfügung steht. Bsp.: Recht auf Leistung der Sozialversicherung.

In vielen Fällen haben Private keinen Rechtsanspruch, sondern nur gewisse Vorteile, die ihnen aus der Anwendung des objektiven Rechts erwachsen; dabei liegt kein Recht der Privaten vor. Bsp.: Möglichkeit der Benutzung öffentlicher Strassen.

II. Begründung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten

Begründung unmittelbar durch Rechtssatz

Die Berechtigung oder Verpflichtung kann sich unmittelbar aus einem Rechtssatz ergeben, ohne dass eine Konkretisierung durch eine Verfügung nötig wäre. Bsp.: Die Normen des SVG verpflichten die Verkehrsteilnehmer direkt.

Begründung durch allgemeinen Rechtsgrundsatz

Besondere Erwähnung verdienen die verwaltungsrechtlichen Pflichten, die nicht auf einem geschriebenen Rechtssatz eines Gesetzes oder einer Verordnung, sondern auf einem ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatz beruhen.

- *Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen*
Für öffentlich-rechtliche Geldforderungen muss ein Verzugszins bezahlt werden, sofern dies nicht durch besondere gesetzliche Regelungen ausgeschlossen ist.
- *Pflicht zur Rückerstattung von grundlos erbrachten Leistungen*
Öffentlich-rechtliche Leistungen, die aus nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Gründen und im Irrtum über die Leistungspflicht erfolgten, können vom leistenden Gemeinwesen oder vom leistenden Privaten zurückgefordert werden, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht.

Begründung durch Verfügung

Die Pflichten oder Rechte entstehen in vielen Fällen erst durch die Konkretisierung des Rechtssatzes oder des allgemeinen Rechtsgrundsatzes mittels einer Verfügung. Bsp.: Erst die Steuerveranlagung begründet die Pflicht Privater zur Bezahlung eines bestimmten Steuerbetrages.

Begründung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag

Es liegt hier ebenfalls ein den Rechtssatz konkretisierender Rechtsanwendungsakt vor, durch den erst die verwaltungsrechtlichen Rechte und Pflichten entstehen. Bsp.: Anstellungsvertrag (Art. 8 BPG).

III. Beendigung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten

Erfüllung

Die verwaltungsrechtliche Pflicht zu einer einmaligen Leistung geht mit deren richtigen Erfüllung unter. Bsp.: Bezahlung der Steuern als Erfüllung der Steuerpflicht für eine Steuerperiode.

Dauerpflichten werden durch Erfüllung nicht beendet. Bsp.: Pflichten aufgrund des SVG.

Verjährung

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass im öffentlichen Recht die Forderungen mit dem Eintritt der Verjährung untergehen. Nach der Gegenmeinung verliert die Forderung durch den Zeitablauf wie im Privatrecht lediglich die Klagbarkeit bzw. Erzwingbarkeit.

- *Verjährung als allgemeiner Rechtsgrundsatz und kraft gesetzlicher Regelung*
Die Verjährung betrifft vermögensrechtliche und andere öffentlich-rechtliche Ansprüche. Sie gilt sowohl für das Gemeinwesen als auch für Private.
- *Ausnahmen von der Verjährbarkeit*
Polizeigüter: Grundlegende Pflichten, die sich aus polizeilichen Rechtsnormen ergeben, verjähren nicht. Bsp.: Pflicht zur Instandstellung einer verwahrlosten (und gefährlichen) Baute.
- *Geltendmachung der Verjährung*
Für das Privatrecht schreibt Art. 142 OR vor, dass der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen darf, sondern nur auf Einrede hin. Es stellt sich die Frage, ob dies im öffentlichen Recht ebenfalls gilt.
 - *Forderungen des Staates*
Wenn der Staat Gläubiger ist, muss die Verjährung von Amtes wegen beachtet werden. Diese Regelung zielt auf den Schutz des Privaten gegenüber den Verwaltungsbehörden.

- *Forderungen des Privaten*
Wenn ein Privater Gläubiger ist, muss die Verjährung nur auf Einrede des Schuldners, d.h. des Staates, beachtet werden. Auch diese Regelung schützt den Privaten.
- *Verjährungsfristen*
Bei Fehlen gesetzlicher Bestimmungen über Verjährungsfristen ist auf öffentlich-rechtliche Regelungen für verwandte Sachverhalte abzustellen. Gibt es keine solchen, so kann das Gericht privatrechtliche Bestimmungen (insbesondere Art. 127 und 128 OR) analog anwenden oder selbst eine Regelung aufstellen.

Verwirkung

Im Gegensatz zu den Verjährungsfristen können Verwirkungsfristen grundsätzlich weder gehemmt noch unterbrochen noch erstreckt werden und sind stets von Amtes wegen zu berücksichtigen. Diese Grundsätze gelten aber nicht absolut.

Verrechnung

Verrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern sie nicht durch besondere gesetzliche Regelungen ausgeschlossen ist. Die Verrechnung wird nicht von Amtes wegen beachtet; es bedarf stets einer Verrechnungserklärung. Damit die Verrechnung möglich ist, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Forderung und Gegenforderung müssen zwischen den gleichen Rechtsträgern bestehen.
- Die Forderungen müssen gleichartig sein (z.B. Geldforderungen).
- Die Forderungen des Verrechnenden muss fällig, diejenige der anderen Partei erfüllbar sein.

- *Verrechnungserklärung durch das Gemeinwesen*

- *Verrechnungserklärung durch Private*

Die Privaten können ihre Forderungen gegenüber dem Gemeinwesen mit einer öffentlich-rechtlichen Forderung des Gemeinwesens nur verrechnen, sofern das Gemeinwesen zustimmt (Art. 125 Ziff. 3 OR). Für die Verrechnung ihrer Forderungen mit privatrechtlichen Forderungen des Gemeinwesens bedarf es keiner Zustimmung des Gemeinwesens. Das Gemeinwesen ist also mit seinen öffentlich-rechtlichen Forderungen privilegiert, indem es zu einer Verrechnung die Zustimmung erteilen muss.

Verzicht

- *Grundsatz der Unverzichtbarkeit von verwaltungsrechtlichen Rechten*

Der zwingende Charakter des öffentlichen Rechts steht in einem Widerspruch zur Verzichtbarkeit. Sowohl seitens des Gemeinwesens wie seitens der Privaten. I.d.R. kann jedoch nachträglich auf die *Ausübung* eines *bestimmten* Rechts in einem konkreten Fall verzichtet werden (z.B. Verzicht auf ein Rechtsmittel).

- *Ausnahme der Verzichtbarkeit*

- *Verzichtbarkeit kraft gesetzlicher Anordnung*

- *Übertragbare Rechte*

Z.B. Anspruch auf eine Entschädigung oder auf eine Baubewilligung kann verzichtet werden.

Beendigung durch Rechtssatz

Eine Änderung des Gesetzes bewirkt die unmittelbare Beendigung von Rechten und Pflichten, mit Ausnahme der wohlerworbenen Rechte. Das Gesetz kann in den Übergangsbestimmungen eine abweichende Regelung vorsehen.

Fristablauf bei Befristung

Rechte und Pflichten, deren Geltung befristet ist, fallen mit Ablauf der betreffenden Frist dahin.

IV. Änderung verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten

Verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten können nach ihrer Begründung unter bestimmten Voraussetzungen geändert werden. Das Rechtsverhältnis wird durch die Änderung nicht beendet, sondern besteht mit modifiziertem Inhalt weiter.

Bei Begründung der Rechte und Pflichten durch Rechtssatz

Verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten, die direkt durch einen Rechtssatz begründet worden sind, werden durch eine Änderung dieses Rechtssatzes neu umschrieben. Bsp.: Am 15.11.2000 erfolgte eine Änderung des Art. 5 der Verordnung über den Strassenverkehr vom 13.11.1962, womit die Höchstgeschwindigkeit neu festgelegt wurde.

Bei Begründung der Rechte und Pflichten durch Verfügung

- *Änderung vor Eintritt der formellen Rechtskraft*
- *Änderung nach Eintritt der formellen Rechtskraft*

Bei Begründung der Rechte und Pflichten durch verwaltungsrechtlichen Vertrag

V. Übertragung verwaltungsrechtlicher Rechte und Pflichten

Die Übertragbarkeit von Rechten und Pflichten ist im Privatrecht Ausfluss der Privatautonomie des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Sie ist im öffentlichen Recht durch dessen zwingenden Charakter grundsätzlich ausgeschlossen.

Rechte und Pflichten des Gemeinwesens und seiner Organe

Die freie Übertragung von Hoheitsrechten ist ausgeschlossen. Ein Subjektswechsel setzt hier stets eine gesetzliche Grundlage voraus.

Rechte und Pflichten der Privaten

Bei der Übertragbarkeit von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten der Privaten lassen sich folgende Kategorien unterscheiden.

- *Persönliche Rechte und Pflichten*
Persönliche Rechte und Pflichten sind mit bestimmten Personen verknüpft. Dies ist im Verwaltungsrecht regelmässig der Fall.
 - *Nicht übertragbare, höchstpersönliche Rechte und Pflichten*
Bsp.: Militärdienstpflicht; Ansprüche aus Sozialhilfe; Führerausweis.
 - *Beschränkt übertragbare Rechte und Pflichten*
In gewissen Fällen ist die Übertragung nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch im Vergleich zur freien Übertragbarkeit von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen abhängig.
 - *Zustimmungsbedürftige Übertragung*
Bsp.: Wassernutzungskonzession.
 - *Formbedürftige Übertragung*
Bsp.: Erbschaftsübernahme unter öffentlichem Inventar gemäss Art. 580 ff. ZGB.
 - *Unterschiedliche Behandlung der Übertragung unter Lebenden und der Übertragung von Todes wegen*
 - *Frei übertragbare Rechte und Pflichten*
Die freie Übertragbarkeit von persönlichen Rechten und Pflichten kann vom Gesetz vorgesehen sein oder sich aus deren Natur ergeben. Letzteres ist der Fall bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen von Privaten gegen das Gemeinwesen, sofern sie nicht vom Gesetz als höchstpersönliche Ansprüche ausgestaltet sind. Übertragbar sind u.a.: Ansprüche aus Enteignung; Besoldungsansprüche der Beamten.
 - *Zwangsweise Übertragung*
Verschiedentlich sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass die verwaltungsrechtlichen Pflichten und zum Teil auch die Rechte vom Erblasser auf die Erben übergeht. Bsp.: MWSt.
- *An einer Sache gebundene Rechte und Pflichten*
Es gibt verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten, die so stark mit einer Sache, insbesondere mit einem Grundstück, verbunden sind, dass sie nur zusammen mit dieser Sache übertragen werden können. Zum Teil ist zudem eine behördliche Zustimmung erforderlich. Dies ist z.B. bei Baubewilligungen und bei Pflichten aus einer Bodenverbesserung der Fall.
- *"Gemischte" Rechte und Pflichten*
Die gemischten Rechte und Pflichten enthalten Elemente aus der Gruppe sowohl der persönlichen als auch der an eine Sache gebundenen Rechte und Pflichten. Die Übertragung ist demnach nur zulässig, wenn der Erwerber der Sache auch die persönlichen Voraussetzungen der Bewilligungserteilung erfüllt. Bsp.: Gastwirtschaftspatent.

VI. Stellvertretung

Stellvertretung ist zulässig, sofern nicht das Gesetz oder die Natur der betreffenden Rechte und Pflichten das Tätigwerden einer bestimmten Person verlangen. Die Vertretung spielt im Verwaltungsrecht eine untergeordnete Rolle.

Die Stellvertretung ist zulässig:

- bei Geldleistungen;
- bei der Führung von Prozessen;
- kraft gesetzlicher Anordnung (z.B. bei der Ausübung des Stimmrechts).

Die Stellvertretung ist unzulässig bei:

- Militärdienstpflicht;
- Pflichten der Beamten;
- Rechte und Pflichten gestützt auf einen Fähigkeitsausweis.

2. Kapitel Die Verfügung

§ 14 Begriff, Inhalt und Arten der Verfügung

I. Begriff der Verfügung

Definition und Funktion

Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbaren Weise geregelt wird. Dieser BGer-Formel entspricht heute Art. 5 Abs. 1 VwVG.

Zu den Funktionen der Verfügung siehe *H/M/U*, Rz. 857.

Elemente des Begriffs der Verfügung

- *Hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde*
Hoheitlich: Unterschied zu privatrechtlichem Handeln der Verwaltungsbehörden. Einseitig: Rechtswirksamkeit grundsätzlich ohne Zustimmung der Betroffenen und somit Abgrenzungskriterium zum verwaltungsrechtlichen Vertrag.
Die Anordnung kann sich sowohl auf ein positives als auch ein negatives Handeln, d.h. auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen beziehen.
- *Individuell-konkrete Anordnung*
Im Gegensatz zum Rechtssatz, der sich durch seinen generell-abstrakten Charakter auszeichnet.
- *Anwendung von Verwaltungsrecht*
Die Verfügung ist eine Anordnung in Anwendung von Verwaltungsrecht. Ohne Bedeutung ist, von welcher Behörde die Verfügung ausgeht. Sie kann u.U. sogar von einem dazu legitimierten Privaten ausgehen (z.B. Krankenkasse).
- *Auf Rechtswirkung ausgerichtete Anordnungen*
Mit der Verfügung werden in einem konkreten Fall Rechte und Pflichten eines bestimmten Privaten begründet, geändert oder aufgehoben. Eine Ausnahme bildet die sog. Feststellungsverfügung. Bei nicht auf Rechtswirkung ausgerichteten Verwaltungshandlungen (z.B. Realakten) kann ein Anspruch auf den Erlass einer (nachträglichen) Verfügung bestehen.
- *Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit*
Verfügungen können vollstreckt werden, ohne dass hierfür noch eine weitere Konkretisierung notwendig ist.

Abgrenzung zu Verwaltungshandlungen ohne Verfügungscharakter

Als Verwaltungshandlungen sind alle Handlungen – d.h. jedes Tun, Dulden oder Unterlassen – zu betrachten, die ein Träger öffentlicher Gewalt bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben vornimmt. Viele Verwaltungshandlungen haben, anders als die Verfügung, keine unmittelbare Rechtswirkungen. Sie führen lediglich einen tatsächlichen Erfolg herbei. Im Folgenden werden diese tatsächlichen Verwaltungshandlungen von der Verfügung abgegrenzt. Die Abgrenzung ist insbesondere für die Frage eines allfälligen Rechtsmittels relevant, weil das Anfechtungsobjekt in der Verwaltungsrechtspflege in der Regel eine Verfügung ist.

- *Innendienstliche und organisatorische Anordnungen*
Darunter sind Weisungen der vorgesetzten Behörde an eine ihr unterstellten Behörde zu verstehen. Diese selbst begründen keine direkten (verbindlichen und erzwingbaren) Rechte und Pflichten für Private. Je nachdem kann die untergeordnete Behörde jedoch gestützt auf die innendienstliche Anordnung eine für den Privaten verbindliche Verfügung erlassen.

Bsp.: Umbenennen einer Poststelle; Änderung eines Strassennamens; Festlegen des Fahrplans durch dies SBB.

- *Amtliche Berichte und Vernehmlassungen*
Keine Verfügungen.
- *Auskünfte, Belehrungen, Empfehlungen, Rechnungsstellungen und Ermahnungen gegenüber Privaten*
Ebenfalls keine Verfügungen. Bsp.: Eidgenössische Steuerverwaltung gibt auf eine konkrete Frage ihre Rechtsauffassung dem privaten Fragesteller bekannt.
- *Realakte und Vollzugshandlungen*
Realakte und Vollzugshandlungen sind diejenigen Verwaltungsmassnahmen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern einen *tatsächlichen* Erfolg gerichtet sind. Beide Handlungen begründen i.d.R. keine Rechte und Pflichten der Privaten. Realakte dienen unmittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, während Vollzugsakte die Ausführung und Durchsetzung formell rechtskräftiger Anordnungen bezwecken.
Bei diesen Formen des Verwaltungshandelns stellen sich regelmässig Fragen des Rechtsschutzes. Bei schutzwürdigem Interesse besteht ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung über die Rechtmässigkeit von Realakten. Bsp. Realakte: Kehrtafelabfuhr; Bau und Unterhalt einer Strasse. Bsp. Vollzugsakt: Abbruch eines baurechtswidrigen Hauses auf Grund eines Abbruchbefehls. Bsp.: Kontrollmassnahmen von Rechtsanwälten mittels Metalldetektoren in Gefängnissen sind beschwerdefähige Verfügungen.

II. Form und Eröffnung der Verfügung

In der Regel bestehen *gesetzliche Formvorschriften* im massgeblichen Verfahrensgesetz. Z.B. Art. 34 f. VwVG. Enthält das massgebliche Gesetz keine Regelung, so gilt der *Grundsatz der freien Wahl der Form*. Die Eröffnung der Verfügung, d.h. die individuelle Mitteilung des Inhalts der Verfügung an den Adressaten, ist eine empfangsbedürftige einseitige Rechtshandlung.

III. Arten von Verfügungen

Rechtsgestaltende, verweigernde und feststellende Verfügung

- *Rechtsgestaltende Verfügung*
Durch eine rechtsgestaltende Verfügung werden verbindlich Rechte und Pflichten des Privaten festgesetzt, geändert oder aufgehoben. Bsp.: Verbote oder Gebote wie z.B. das Anbringen von Geländern an Treppen; Baubewilligungen.
- *Verweigernde Verfügung*
Unter einer verweigernden Verfügung ist eine Verfügung zu verstehen, mit welcher der Erlass einer rechtsgestaltenden Verfügung abgelehnt wird. Bsp.: Ablehnung des Gesuchs um eine Baubewilligung.
- *Feststellende Verfügung*
Durch die feststellende Verfügung werden keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben. Sie dient lediglich der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgestellt wird.

Mitwirkungsbedürftige Verfügung

Die mitwirkungsbedürftige Verfügung kann ohne Zustimmung des Betroffenen nicht rechtswirksam werden. Das Fehlen der Zustimmung hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge. Sie enthält zwar Elemente des Vertrages, ist von diesem aber zu unterscheiden. So setzt sie autoritativ nach Massgabe der anwendbaren Gesetze Rechte und Pflichten der Privaten fest. Bsp.: Bewilligungen; Anstellungsverfügung.

IV. Nebenbestimmungen von Verfügungen

Zweck von Nebenbestimmungen

Nebenbestimmungen ermöglichen, die durch eine Verfügung begründeten verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte entsprechend den konkreten Umständen auszugestalten. Eine bedeutende Rolle spielen sie bei Bewilligungen. So kann eine Bewilligung, als mildere Massnahme, mit einer Bedingung versehen werden, anstatt sie sogleich nicht zu erteilen.

Arten von Nebenbestimmungen

- **Befristung**
Bsp.: Bewilligung für gewisse Unterhaltsgewerbe müssen auf eine bestimmte Dauer erteilt werden.
- **Bedingung**
Eine Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Es sind Suspensiv- und Resolutivbedingungen denkbar. Bsp.: Suspensivbedingung an die Bewilligung einer Rodelbahn, bestimmte Bäume zu fällen.
- **Auflage**
Eine Auflage ist die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Von der Bedingung unterscheidet sie sich dadurch, dass die Rechtswirksamkeit der Verfügung nicht davon abhängt, ob die Auflage erfüllt wird oder nicht. Die Verfügung ist auch gültig, wenn die Auflage nicht erfüllt wird. Die Auflage ist – ebenfalls im Gegensatz zur Bedingung – selbständig erzwingbar. Die Auflage spielt in der Praxis eine wichtige Rolle. Bsp.: Die Anordnung, die Rodelbahn mit Zäunen oder Sicherheitsnetzen zu sichern.

Voraussetzungen für den Erlass von Nebenbestimmungen

- **Gesetzliche Grundlage**
Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch für Nebenbestimmungen. Diese brauchen doch nicht ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen zu sein. Es reicht, wenn sich ein entsprechender Zweck entnehmen lässt. Unzulässig ist demnach eine sachfremde Nebenbestimmung.
- **Verhältnismässigkeit**
Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss bei Nebenbestimmungen gewahrt werden. Bsp.: Auflage einer bestimmten Route bei der Bewilligung einer Demonstration.

V. Allgemeinverfügung

Begriff

Die Allgemeinverfügung ist eine Verwaltungsmassnahme, die zwar nur eine konkrete Situation ordnet, sich aber an einem grösseren, nicht individuell bestimmten Personenkreis richtet. Bsp.: Verkehrsanordnungen.

Rechtsnatur

Die Allgemeinverfügung ist eine Rechtsform zwischen Rechtssatz und Verfügung (generell-konkret????????). Rechtlich wird die Allgemeinverfügung regelmässig wie eine gewöhnliche Verfügung behandelt. Dies gilt insbesondere für das Verfahren und den Rechtsschutz. Bsp.: Allgemeines Fahrverbot; Weisung betr. Schiessen an einem Feiertag.

Obwohl die Allgemeinverfügung grundsätzlich wie ein Einzelakt zu behandeln ist, muss sie wie ein Rechtssatz *akzessorisch auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft* werden können, sofern der Kreis der Adressaten wie bei Rechtssätzen offen und unbestimmt ist.

VI. Der Raumplan

Aufgabe der Raumplanung

Es geht um die zweckmässige und haushälterische Nutzung des Bodens.

Arten von Raumplänen

- **Richtplan**
 - **Begriff**
Der Richtplan ist das behördeninterne Planungsmittel, das die Richtlinien für die weitere raumplanerische Regelung, insbesondere für die Aufstellung von Nutzungs- oder Zonenplänen, darstellt.
 - **Aufgabe der Richtplanung**
Ausweisung der Eignung für Landwirtschaft oder Schutz. Gibt Aufschluss über Stand und die angestrebte Entwicklung der Besiedlung, des Verkehrs, der Versorgung sowie der öffentlichen Bauten und Anlagen.
- **Nutzungs- oder Zonenplan**
 - **Begriff**
Raumplan, durch welchen Zweck, Ort und Mass der Bodennutzung für ein bestimmtes Gebiet allgemein verbindlich festgelegt wird.

- *Aufgabe der Nutzungs- oder Zonenplanung*
Einteilung in Bauzonen, Landwirtschaftszonen und Schutzzonen.

Rechtsnatur der Raumpläne

- *Das Problem*
Zum Problem siehe H/M/U, Rz. 939 f., wobei die meisten Probleme inzwischen positivrechtlich beantwortet wurden.
- *Rechtsnatur des Richtplans*
Die Richtpläne sind nur für *die Behörden verbindlich*, nicht dagegen für Private. Sie können daher weder als Rechtssatz noch als Verfügung qualifiziert werden. Es handelt sich um eine besondere Arte von Dienstanweisungen oder Verwaltungsverordnungen.
Aus der Rechtsnatur des Richtplans folgt, dass bei Erlass von Richtplänen *kein Anspruch auf rechtliches Gehör* besteht und dass der Richtplan der abstrakten Normenkontrolle grundsätzlich nicht unterliegt.
- *Rechtsnatur des Nutzungs- oder Zonenplans*
Wegen der Tragweite des Nutzungsplans für die Betroffenen haben diese bei dessen Erlass von Bundesrechts wegen einen *Anspruch* auf rechtliches Gehör, d.h. *auf vorherige Anhörung*. Der Zonenplan kann nach seinem Erlass *von den Betroffenen angefochten* werden.

§ 15 Die fehlerhafte Verfügung

I. Allgemeines

Begriff der fehlerhaften Verfügung

Fehlerhaft ist eine Verfügung, wenn sie inhaltlich *rechtswidrig* ist oder in Bezug auf ihr Zustandekommen, d.h. die Zuständigkeit und das Verfahren bei ihrer Entstehung, oder in Bezug auf ihre Form Rechtsnormen verletzt. Sie kann sowohl ursprünglich als auch nachträglich fehlerhaft sein.

Übersicht über die möglichen Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit einer Verfügung

- *Anfechtbarkeit* der Verfügung;
- *Nichtigkeit* der Verfügung;
- *Widerrufbarkeit* der Verfügung;
- Staats- oder Beamten*haftung*.

II. Regelfall der Anfechtbarkeit

Begriff und Grundsatz der Anfechtbarkeit

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

Die Regel, dass eine Verfügung nur anfechtbar und nicht nichtig ist, ergibt sich vor allem aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit.

Anfechtbarkeit einer Verfügung bedeutet im Einzelnen Folgendes:

- Die Verfügung ist grundsätzlich gültig und damit rechtswirksam. Soll dies verhindert werden, muss sie innerhalb der Anfechtungsfrist angefochten werden. Es bedarf aber eines *Entscheidens* zu Aufhebung oder Abänderung.
- Es müssen Frist und Form gewahrt werden. Läuft die Frist ab, erwächst die Verfügung formeller Rechtskraft.
- Anfechtung ist nur durch die Betroffenen möglich. Ausnahmsweise durch einen Dritten.
- Wird die Verfügung infolge Anfechtung aufgehoben oder geändert, so treten die Wirkungen *ex tunc* ein, wenn die Anfechtenden dadurch begünstigt, *ex nunc*, wenn sie belastet werden.

Revisionsbegehren

Mit dem Revisionsbegehren kann eine bereits in formelle Rechtskraft erwachsene Verfügung wegen des Vorliegens eines besonders schweren Fehlers, eines so genannten Revisionsgrundes, angefochten werden.

III. Nichtigkeit als Ausnahme

Bedeutung der Nichtigkeit

Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten.

Voraussetzungen der Nichtigkeit

Bei der Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der so genannten *Evidenztheorie*. Es müssen kumulativ erfüllt sein:

- Die Verfügung muss einen *besonders schweren Mangel* aufweisen.
- Der Mangel muss *offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar* sein.
- Die Nichtigkeit darf die *Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden*. Es bedarf einer Interessenabwägung.

Nichtigkeitsgründe

Die Praxis hat verschiedene Fehler anerkannt, bei deren Vorliegen eine Verfügung als nichtig betrachtet wird:

- *Schwer wiegender Zuständigkeitsfehler*
 - *Örtliche Unzuständigkeit*
I.d.R. kein Nichtigkeitsgrund.
 - *Sachliche und funktionelle Unzuständigkeit*
Nichtigkeitsgrund. Es sei denn, der verfügenden Behörde komme "auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt" zu. Schranke: Gebot der Rechtssicherheit.
- *Schwer wiegender Verfahrensfehler*
Kann Nichtigkeitsgrund bilden, Praxis ist jedoch zurückhaltend. Nichtigkeit wird nur bei ganz gewichtigen Verfahrensfehlern, die ohne Weiteres erkennbar sind, angenommen. Bsp.: Steuerveranlagung ohne Möglichkeit, Steuererklärung einzureichen; Die Verletzung von Ausstandsregeln haben nur in besonders schwer wiegenden Fällen die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge.
- *Schwer wiegender Form- oder Eröffnungsfehler*
Unter Umständen Nichtigkeit. Auf alle Fälle darf den Parteien aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil erwachsen. Bsp.: Missachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit; nicht namentliche Bezeichnung des Adressaten. *Nicht* aber: Fehlen der Rechtsmittelbelehrung oder Begründung in einer Verfügung.
- *Schwer wiegender inhaltlicher Mangel*
Inhaltliche Mängel haben i.d.R. nur die Anfechtbarkeit der Verfügung zur Folge. In Ausnahmefällen führt ein ausserordentlich schwer wiegender Mangel zur Nichtigkeit. Bsp.: Gastwirtschaftspatent wird an Gebäude und nicht an Person gebunden.

IV. Heilung von fehlerhaften Verfügungen

Unter Umständen kann der Mangel einer Verfügung "geheilt" werden. Nach früherer Praxis des BGer konnte geheilt werden, ohne Rückweisung an die Vorinstanz. Beispielsweise konnte das rechtliche Gehör "nachgeholt" werden. Kritik war Missbrauchsgefahr durch die Verkürzung des Instanzenzuges. Neuerdings ist das BGer zurückhaltender und lässt die Heilung nur noch zu, wenn den Betroffenen kein Nachteil erwächst; sie ist "ausgeschlossen, wenn es sich u eine besonders schwer wiegende Verletzung der Parteirechte handelt und sie soll die Ausnahme bleiben".

V. Teilnichtigkeit

Von Teilnichtigkeit wird gesprochen, wenn die Fehlerhaftigkeit nur eine von mehreren Anordnungen der Verfügung betrifft und die Verfügung auch beim Wegfall dieser nichtigen Bestimmung ihren Zweck erreichen kann. Im Verwaltungsrecht ist in stärkerem Masse als im Privatrecht auf blosse Teilnichtigkeit zu schliessen.

§ 16 Änderung von fehlerhaften Verfügungen

I. Rechtskraft von Verfügungen

Formelle Rechtskraft

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

Jede Verfügung erwächst früher oder später in formelle Rechtskraft. Nämlich wenn:

- auf die Ergreifung eines Rechtsmittels ausdrücklich *verzichtet* wurde;
- die Rechtsmittelfrist unbenutzt abgelaufen ist;
- gegen die Verfügung *kein ordentliches Rechtsmittel* erhoben werden kann (Entscheid der letzten Instanz).

Materielle Rechtskraft

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

Die materielle setzt die formelle Rechtskraft voraus. Während die *formelle Rechtskraft* für die Frage der Anfechtbarkeit von Bedeutung ist, geht es bei der *materiellen Rechtskraft* um die Bindung der Behörden an die Verfügung (Frage der Widerrufbarkeit).

II. Voraussetzungen der Änderung von Verfügungen

Widerrufbarkeit der Verfügung

Die Verwaltungsbehörden können Verfügungen, selbst wenn sie in formelle Rechtskraft erwachsen sind, unter bestimmten Voraussetzungen ändern. In diesem Sinn werden die Verfügungen i.d.R. nicht materiell Rechtskräftig. Dies im Gegensatz zum Zivilrecht, wo Urteile von Zivilgerichten mit Eintritt der formellen Rechtskraft gleich auch in materielle Rechtskraft erwachsen.

Eine Änderung der Verfügung durch die Verwaltungsbehörden ist sowohl vor als auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft möglich. Im Letzteren Fall sind die Voraussetzungen aber strenger (Rechtssicherheit).

Die Initiative für die Änderung kann von den Betroffenen oder von den Behörden ausgehen. Der Widerruf kann sowohl von der erlassenden Behörde, als auch von deren Aufsichtsbehörde erfolgen.

Kriterien für die Widerrufbarkeit von Verfügungen

Das Gesetz kann die Voraussetzungen des Widerrufs ausdrücklich regeln.

Tut es das nicht, muss die Widerrufbarkeit auf Grund allgemeiner Kriterien beurteilt werden. Es muss eine *Interessenabwägung* zwischen dem *Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts* einerseits und dem *Interesse an der Rechtssicherheit*, bzw. dem *Vertrauensschutz* andererseits vorgenommen werden.

Ein Widerruf kommt nur bei *fehlerhaften Verfügungen* in Betracht, wobei die Fehlerhaftigkeit ursprünglicher oder nachträglicher Natur sein kann.

Der Widerruf verursacht vor allem Probleme, wenn er *zu Lasten* der Betroffenen erfolgt. Der Widerruf *zu Gunsten* der Betroffenen ist dagegen – zumindest aus deren Sicht – unbedenklich.

Fallgruppen von grundsätzlich nicht widerrufbaren Verfügungen

Bei vorliegenden Fallgruppen ist zu beachten, dass auch in den nachstehend erwähnten Fällen die *Unwiderrufbarkeit nicht absolut* gilt. Dies, wenn besonders gewichtige öffentliche Interessen entgegen stehen können.

- *Ausdrückliche gesetzliche Regelung*
Erklärt das Gesetz eine einmal getroffenen Verfügung als unabänderlich, so kommt ein Widerruf nicht in Betracht. Allerdings schliesst ein Gesetz den Widerruf i.d.R. nicht völlig aus. Bsp.: Art. 41 BÜG betreffend Nichtigerklärung einer Einbürgerung.
- *Einräumung eines wohlverworbenen Rechts*
Es handelt sich dabei um vermögenswerte Ansprüche der Privaten gegenüber dem Staat, z.B. Rechts zum unentgeltlichen Bezug von Wasser aus einer Quellfassung. Wohlerworbene Rechte stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und sind grundsätzlich auch durch Gesetz nicht abänderbar. Aber: Widerruf ist zulässig, wenn die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Eigentumsgarantie erfüllt sind (Art 26 i.V.m. Art. 36 BV).

Im Gegensatz dazu begründet eine Polizeierlaubnis (z.B. Baubewilligung) keine wohlverordneten Rechte.

- *Verfügungen, die auf einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren beruhen*
Dabei ist entscheidend, dass es sich um ein Verfahren handelt, "dessen Aufgabe in der allseitigen Prüfung des öffentlichen Interesses und ihrer Abwägung gegenüber den entgegengesetzten Privatinteressen" besteht. Bsp.: Baubewilligung; Steuerveranlagung.
- *Einräumung einer Befugnis, von der der Berechtigte bereits Gebrauch gemacht hat*
Wurde mit der Verfügung eine Befugnis eingeräumt (z.B. Baubewilligung) und hat der Berechtigte von dieser Befugnis bereits Gebrauch gemacht, so kann die Verfügung grundsätzlich nicht widerrufen werden. Dazu müssen u.a. erhebliche Investitionen gemacht worden sein.
Dieser Grund der Unwiderrufbarkeit spielt v.a. bei *einmaligem* Gebrauch einer Befugnis eine Rolle, nicht jedoch bei dauernder Tätigkeit.
- *Privatrechtsgestaltende Verfügungen*
Das Gesetz kann vorsehen, dass die Gültigkeit eines nach Zivilrecht abgeschlossenen Rechtsgeschäftes von der Genehmigung durch die Behörde abhängig ist. Solche privatrechtsgestaltenden Verfügungen können grundsätzlich nicht mehr widerrufen werden, sobald das privatrechtliche Rechtsgeschäft abgeschlossen, bzw. vollzogen ist.
- *Verfügungen, über die ein Gericht materiell entschieden hat*
Entscheidungen von Verwaltungsgerichten und verwaltungsunabhängigen Rekurskommissionen sind in dem Sinne materiell rechtskräftig, als das Verfahren unter Vorbehalt der Revision nicht wieder aufgenommen werden kann.

Beispiele zur Frage der Unwiderrufbarkeit von Verfügungen

Siehe H/M/U, Rz. 1031.

III. Arten der Änderung von Verfügungen

Terminologie und Vorgehen

Widerruf

- *Begriff des Widerrufs*
Widerruf einer Verfügung bedeutet, dass die verfügende oder allenfalls eine übergeordnete Behörde eine Verfügung von Amtes wegen oder auf ein Wiedererwägungsgesuch hin ändert. Die Behörden widerrufen eine Verfügung, *wenn dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts der Vorrang vor den Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zukommt*. Im Gegensatz zur Revision müssen beim Widerruf nicht bestimmte formelle Voraussetzungen erfüllt sein.
- *Widerruf von ursprünglich fehlerhaften und ursprünglich fehlerfreien Verfügungen*
Diese Unterscheidung spielt für die Zulässigkeit eines Widerrufs keine entscheidende Rolle. Allein die Abwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung und dem Interesse am Vertrauensschutz und an der Rechtssicherheit sind massgebend.
- *Widerruf zu Gunsten oder zu Lasten der Betroffenen*
Das Interesse am Vertrauensschutz und an der Rechtssicherheit ist grösser, wenn die Änderung der Verfügung zu einer Belastung der Betroffenen führt als wenn sie dadurch begünstigt werden.

Revision (Wiederaufnahme)

- *Begriff*
Die Revision ist die *vom Gesetz besonders vorgesehene Möglichkeit*, dass die entscheidende Behörde oder eine Rechtsmittelinstanz eine bereits in formelle Rechtskraft erwachsene Verfügung von Amtes wegen oder auf Begehren des Betroffenen hin aufheben oder ändern kann, wenn ein gesetzlicher Revisionsgrund vorliegt. Das *Revisionsgesuch* ist ein ausserordentliches Rechtsmittel.
- *Die wichtigsten Revisionsgründe*
 - Beeinflussung der Verfügung durch ein Verbrechen oder Vergehen;
 - Vorbringen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel;
 - Übersehen aktenkundiger erheblicher Tatsachen;
 - Verletzung von Bestimmungen über den Ausstand, die Akteneinsicht oder das rechtliche Gehör.

Wiedererwägung

- **Wiedererwägungsgesuch**

Im Gegensatz zum Revisionsgesuch ist das Wiedererwägungsgesuch grundsätzlich ein formloser Rechtsbehelf, mit welchem die Behörde gebeten wird, die Frage der Änderung einer Verfügung zu prüfen. I.d.R. besteht kein Anspruch auf Eintreten.

- **Anspruch auf Wiedererwägung**

Ausnahme bildet Art. 29 Abs. 1 und 2 BV bei vorliegender Voraussetzung:

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

Dieser verfassungsmässige Minimalanspruch auf Revision lässt Wiedererwägung und Revision sehr ähnlich werden.

Wie beim Vorliegen eines gesetzlichen Revisionsgrundes muss die Behörde in einem *ersten Schritt* prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Zurückkommen auf einen formell rechtskräftigen Entscheid erfüllt sind, und in einem *zweiten Schritt*, ob er fehlerhaft ist und das Interesse an der Korrektur dieses Fehlers gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit und am Vertrauensschutz überwiegt.

Berichtigung von Kanzleifehlern

Berichtigung von Schreib- und Rechnungsfehler sind grundsätzlich zulässig.

IV. Zeitpunkt der Wirkungen der Änderung von Verfügungen

Ist die Verfügung *ursprünglich* fehlerhaft, so wird die Änderung normalerweise ex tunc wirksam; es sind jedoch fallweise Abweichungen denkbar.

Bei *nachträglicher* eingetretenen Fehlern wirkt die Änderung in der Regel ex nunc.

3. Kapitel Der verwaltungsrechtliche Vertrag

§ 17 Begriff, Zulässigkeit und Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrages

I. Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Definition

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist die auf übereinstimmenden Willenserklärungen von zwei oder mehreren Rechtssubjekten beruhende Vereinbarung, welche die Regelung einer konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung, vor allem im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, zum Gegenstand hat.

Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsinstituten

- **Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung**
Von Verfügungen unterscheidet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag durch seine *Zweiseitigkeit*. Er beruht auf Zustimmung der beteiligten Gemeinwesen und Privaten. Mitwirkungsbedürftige Verfügungen können von den Privaten inhaltlich viel weniger weit beeinflusst werden.
- **Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Rechtssatz**
Verwaltungsrechtliche Verträge sind *individuell-konkret*, während Rechtssätze generell-abstrakt sind.
- **Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Vereinbarungen rechtssetzender Natur**
Gegenüber Vereinbarungen rechtssetzender Natur, wie etwa Staatsverträgen und unmittelbar rechtssetzenden Konkordaten, liegt der Unterschied – wie gegenüber Rechtssätzen – in der *individuell-konkreten Ausgestaltung* eines Rechtsverhältnisses durch den verwaltungsrechtlichen Vertrag.
- **Verwaltungsrechtlicher Vertrag und privatrechtlicher Vertrag**
Das Gesetz kann die Rechtsnatur eines Vertrages festlegen. Meistens fehlt allerdings eine solche. In diesen Fällen ist das massgebliche Kriterium für die Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag der *Gegenstand der dadurch geregelten Rechtsbeziehung oder Rechtsverhältnisse*. Verwaltungsrechtliche Verträge liegen bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben

vor. Die Rechtsnatur hängt also vom *Zweck* des Vertrages ab. Bsp.: Vertrag zwischen J+S-Leiter und Bund für unentgeltliche Bereitstellung von Armeematerial ist ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, weil der Zweck "Sportförderung" eine öffentliche Aufgabe ist. Die Unterscheidung fällt aber oft schwer.

Keine Rolle spielt die *Organisationsform* oder die *Stellung* (z.B. hoheitlich) der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte.

II. Arten und Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen

Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Organisationen (Koordinationsrechtliche Verträge)

Verwaltungsrechtliche Verträge können zwischen zwei oder mehreren öffentlich-rechtlichen Organisationen abgeschlossen werden. Sie werden koordinationsrechtliche Verträge genannt, weil sich die Vertragspartner als Träger von Hoheitsrechten auf der gleichen Ebene befinden. Als Partner solcher Verträge kommen in Frage:

- Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden)
- öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen.

Solche Verträge sind bezüglich Zulässigkeit unproblematisch, da gleichgeordnete und gleichartige Vertragspartner einander gegenüberstehen. Bsp.: Verträge zwischen Gemeinden über den gemeinsamen Bau eines Spitals.

Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Organisationen und Privaten (Subordinationsrechtliche Verträge)

- *Bedeutung des kooperativen Verwaltungshandelns*
Kooperation zwischen Staat und Privaten soll die Akzeptanz staatlicher Regelungen und damit deren Durchsetzungschancen verbessern. Die Kooperation kann informell oder in der Rechtsform des Vertrages erfolgen. Manchmal haben aber die autoritativen Regelungen von Rechten und Pflichten durch Verfügungen den Vorteil, dass der Machtvorsprung der Verwaltungsbehörden, der in Wirklichkeit immer besteht, für alle Beteiligten unmissverständlich klargemacht ist.
- *Terminologie*
Der Begriff subordinationsrechtlicher Vertrag ist widersprüchlich. Einerseits zeigt er die Unterordnung der Privaten gegenüber dem Gemeinwesen auf, welche aber gerade bei Abschluss von Verträgen nicht besteht. Denn es bedarf der *übereinstimmenden* Willensäußerung.
- *Die Grundsatzfrage der Zulässigkeit der Rechtsform des subordinationsrechtlichen Vertrages*
 - *Ältere Lehre*
Ablehnung der vertraglichen Regelung im Verwaltungsrecht.
 - *Heutige Auffassung*
Grundsätzliche Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge. Dem steht das Legalitätsprinzip nur entgegen, wenn das Gesetz eine vertragliche Regelung ausschliesst. Verträge dürfen allerdings dem Gesetz – anders als bei dispositiven Bestimmungen des Privatrechts – nicht widersprechen.
- *Voraussetzungen der Zulässigkeit von subordinationsrechtlichen Verträgen*
 - *[Zwei] Allgemeine Voraussetzungen*
 - Wenn ein Rechtssatz entweder diese Handlungsform *vorsieht* oder dafür "*Raum lässt*" oder "*sofern sie vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen*" wird. Eine *ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung* ist grundsätzlich *nicht erforderlich*.
 - Wenn der verwaltungsrechtliche Vertrag die zur Erreichung des *Gesetzeszweckes geeignete Handlungsform* ist als die Verfügung.

Die Verwaltungsbehörden können also zwischen der Verfügungs- und Vertragsform nicht frei wählen.

 - *Motive für die Wahl der Vertragsform*
Beide Vertragsparteien haben ein Interesse an der Verwirklichung der vereinbarten Regelung und bezwecken eine *dauerhafte gegenseitige Bindung*. Die getroffene Regelung soll auch durch Gesetzesrevision nicht geändert werden können
Der Private soll sich zu einer Leistung im öffentlichen Interesse verpflichten, zu welcher ihn die Verwaltungsbehörden *mittels Verfügung nicht zwingen könnten*, weil die hierzu erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt. Schranke: Keine gesetzlichen Anhaltspunkte; entgegen Gesetz.
Gleichordnung von Gemeinwesen und Privaten bei der Begründung und während der Dauer des

Rechtsverhältnisses; Die Beseitigung rechtlicher und/oder tatsächlicher Unklarheiten durch eine Eignung zwischen Behörden und Privaten.

Bei der Wahl der Vertragsform ist zu beachten, dass dadurch *wohlerworbene Rechte* entstehen können. Diese Rechte stellen vermögenswerte Ansprüche gegenüber dem Staat dar, die gesetzesbeständig sind und unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen.

- *Beispiele für zulässige Verträge*
 - *Enteignungsvertrag*
Ist regelmässig in den Enteignungsgesetzen vorgesehen.
 - *Pflichtlagervertrag*
Bezweckt die Sicherstellung der Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen in schweren Mangellagen.
 - *Verträge über die Erschliessung von Baugrundstücken*
 - *Vergleichsvertrag bei verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten*
Gemeinsamer Antrag der beteiligten Parteien an die entscheidende Behörde über die Erledigung einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit. Motiv ist die Beseitigung von rechtlicher und/oder tatsächlicher Unklarheit.
 - *Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private durch Vertrag*
Dabei werden Rechte und Pflichten des Privaten (Art der Aufgabenerfüllung, Entschädigung) oft vertraglich geregelt. Die Vertragsform ist geboten, weil beide Vertragsparteien an einer gegenseitigen, dauerhaften Bindung interessiert sind und der Private Verpflichtungen eingetht, die ihm durch Verfügung nicht auferlegt werden könnten.
 - *Konzessionsverträge*
 - *Öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge*
- *Beispiele für unzulässige verwaltungsrechtliche Verträge*

Unzulässigkeit besteht überall dort, wo: das Gesetz eine zwingende, abschliessende Regelung beinhaltet; das Gesetz zwar Spielraum für die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im Einzelfall lässt, dies aber nach Sinn und Zweck des Gesetzes durch eine hoheitliche Anordnung (Verfügung) erfolgen muss.

 - *Steuerabkommen*
Das Steuerrecht regelt viele Fragen abschliessend. Es besteht deshalb [oft] keine Möglichkeit für vertragliche Regelungen.
 - *Vereinbarungen im Bereich der Sozialversicherung*
Die gesetzliche Regelung der Beiträge der Versicherten und der Leistung der Sozialversicherungen ist im Allgemeinen abschliessend, so dass kein Raum für Vereinbarungen bleibt.
 - *Vereinbarungen über die Einzonung von Grundstücken*
Ob ein Gebiet in eine Bauzone aufzunehmen ist, beurteilt sich ausschliesslich nach planerischen Gesichtspunkten.
- *Umstrittene Fälle*
 - *Konzessionserteilung*
Nach BGer handelt es sich bei Konzessionen um einen *gemischten Akt* von Verfügungsmässigen und vertraglichen Teilen.
 - *Subventionsverträge*

Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Privaten

Verwaltungsrechtliche Verträge können grundsätzlich auch zwischen Privaten abgeschlossen werden, sofern sie in einem verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnis stehen. Allerdings muss das Gesetz solche Verträge ausdrücklich vorsehen. Bsp.: Enteignungsvertrag zwischen einem Privaten, dem das Enteignungsrecht verliehen worden ist und einem enteigneten Grundeigentümer.

III. Entstehung und Auslegung von verwaltungsrechtlichen Verträgen

Entstehung

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

Auslegung

Verwaltungsrechtliche Verträge werden wie privatrechtliche grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Beim Willen der Verwaltungsbehörde ist im Zweifel zu vermuten, dass sie keinen Vertrag abschliessen würde, der mit dem öffentlichen Interesse in Widerspruch stünde. Trotzdem dürfen dem Vertragspartner des Gemeinwesens durch Vertragsauslegung nicht Auflagen gemacht werden, die er beim Vertragsschluss vernünftigerweise nicht voraussehen konnte. Bsp.: siehe H/M/U, Rz. 1105.

IV. Der fehlerhafte verwaltungsrechtliche Vertrag

Die Rechtswirkungen fehlerhafter verwaltungsrechtlicher Verträge sind noch wenig geklärt und in der Lehre umstritten; die Praxis ist spärlich. Deswegen handelt es sich im Folgenden bloss um eine *Übersicht der Problematik*.

Ursprünglich fehlerhafte Verträge

- *Allgemeines*
Verwaltungsrechtliche Verträge, die schon bei ihrem Abschluss gegen Rechtsvorschriften verstossen, sind – anders als privatrechtliche Verträge – nicht ohne weiteres nichtig. Liegt keine Nichtigkeit vor, ist der fehlerhafte Vertrag anfechtbar, soweit das anwendbare Recht ein entsprechendes Rechtsmittel vorsieht. Er kann allenfalls auch widerrufen werden.
- *Arten der Fehlerhaftigkeit*
 - *Unzulässigkeit der Regelung durch Vertrag*
Lässt das Gesetz keinen Raum für eine Regelung durch verwaltungsrechtliche Verträge, sind sie bei entsprechenden Rechtsmitteln anfechtbar.
 - *Unzuständigkeit der vertragschliessenden Behörde*
Schliesst eine unzuständige Behörde einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, so stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zu Stande gekommen ist.
 - *Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen*
Der Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen ist in der Regel kein so schwer und offensichtlicher Fehler, dass er zur Nichtigkeit des Vertrages führt. In Frage kommt deshalb praktisch nur Anfechtbarkeit und Widerrufbarkeit.
Das BGer beurteilt den Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen *analog der Widerrufbarkeit von Verfügungen*: Ein Vertrag kann demnach dann aufgehoben werden, wenn das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts überwiegt gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit und am Schutz des Vertrauens in den Bestand des Vertrages.
 - *Willensmängel*
Weist ein verwaltungsrechtlicher Vertrag Willensmängel (Irrtum, Täuschung oder Drohung beim Abschluss) auf, so finden die Bestimmungen der Art. 23 ff. OR analog Anwendung.
 - *Formmängel*

Nachträglich fehlerhafte Verträge

Es fragt sich, ob eine Anpassung eines nachträglich fehlerhaften Vertrages an die geänderten Umstände bzw. Vorschriften zulässig ist. Dies ist grundsätzlich nur ausnahmsweise der Fall. Eine Anpassung durch Abschluss eines neuen Vertrages ist aber natürlich immer möglich.

- *Anpassung an veränderte Verhältnisse*
Möglich, wenn sich Umstände so stark geändert haben, dass ein Festhalten der einen Partei *rechtsmissbräuchlich* erscheinen würde.
- *Anpassung an geänderte Rechtsnormen*
Durch verwaltungsrechtliche Verträge können *wohlerworbene Rechte* begründet werden. Solche Rechte sind *gesetzesbeständige vermögenswerte Ansprüche* gegenüber dem Staat. Sie können bei einer Änderung von Rechtsnormen, die zur nachträglichen Rechtswidrigkeit eines Vertrages führt, nicht ohne weiteres angepasst, sondern nur auf dem Weg der *Enteignung* entzogen werden, sofern die Voraussetzungen dazu (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) erfüllt sind; das Gemeinwesen hat den Vertragspartner zu *entschädigen*.

Rechtsschutz

Der Rechtsschutz im Bereich der verwaltungsrechtlichen Verträge ist eng mit der Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrensrechts verbunden.

Fehlerhafte Verträge können anfechtbar, widerrufbar oder nichtig sein. Weil aber oft nur Verfügungen Gegenstand der Anfechtung sind, ist fraglich, ob den verwaltungsrechtlichen Verträgen eine Verfü-

gung zu Grunde liegt oder vorangeht, gegen welche ein Rechtsmittel ergriffen werden kann. Seit Inkrafttreten des VGG sind Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes mit Klage anzufechten (Art. 35 lit. a VGG).

Widerrufbare Verträge können von der vertragschliessenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde (*einseitig*) aufgehoben oder geändert werden. Dies steht aber in einem gewissen Widerspruch zur Rechtsnatur von verwaltungsrechtlichen Verträgen (*Zweiseitigkeit*).

V. Beendigung des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Ordentlicherweise durch Erfüllung oder Ablauf (Befristung) oder infolge eines anderen Grundes, der zum Erlöschen eines Vertrages führt.

Darüber hinaus: Kündigung, Auflösung infolge Fehlerhaftigkeit oder durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Schliesslich bei formeller Enteignung.

4. Kapitel Verwaltungsrechtliche Sanktionen

§ 18 Begriff und Arten von verwaltungsrechtlichen Sanktionen

I. Allgemeines

Begriff

Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind die Mittel, mit welchen die Erfüllung von verwaltungsrechtlichen Pflichten erzwungen wird. Darüber hinaus sollen sie präventiv einen Verstoss gegen die Rechtsordnung verhindern und als Instrument zum Ausgleich zugefügter Schäden dienen. Sie sind unerlässlich, das der Staat grundsätzlich nicht auf die Erfüllung verzichten kann (*Rechtssicherheit*).

Arten

• *Unterscheidung nach der Wirkung*

• *Exekutorische Sanktionen*

Sie bezwecken unmittelbar die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten. Bsp.: Schuldbetreibung, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang.

• *Repressive Sanktionen*

Sie sollen – im Anschluss an die Pflichtverletzung – verhindern, dass künftig wieder ein rechtswidriger Zustand eintritt. Es wird *Druck auf die Pflichtigen* ausgeübt, um sie zu veranlassen, ihre verwaltungsrechtlichen Pflichten zu erfüllen. Es handelt sich hierbei nicht um eine eigentliche Vollstreckungsfunktion, sondern haben vor allem präventive Wirkung. Bsp.: Ordnungsbussen, Disziplinar massnahmen.

• *Administrative Rechtsnachteile*

Pflichtwidriges Verhalten von Privaten kann auch dadurch sanktioniert werden, dass Befugnisse oder Vorteile, die ihnen vom Staat eingeräumt worden sind, entzogen oder zu ihrem Nachteil verändert werden (z.B. Entzug von Bewilligungen). Es handelt sich um eine *Mischform zwischen exekutorischen und repräsentativen Massnahmen*.

• *Unterscheidung nach der Begründung der Pflichten*

Gewisse verwaltungsrechtliche Sanktionen (z.B. Verwaltungsstrafen, disziplinarische Massnahmen) können dazu dienen, eine *unmittelbar durch Rechtssatz begründete Pflicht* durchzusetzen. Andere Sanktionen bezwecken dagegen, die Erfüllung einer Pflicht zu erzwingen, die durch die Konkretisierung des Rechtssatzes mittels einer *Verfügung* festgelegt worden ist (z.B. Bestrafung wegen Ungehorsams, Ersatzvornahme). Man spricht in diesen Fällen auch von der *Vollstreckung von Verfügungen*.

Voraussetzungen

Die Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Sanktionen *im Allgemeinen* ist auf Grund der nachstehenden Kriterien zu prüfen. Bei bestimmten Sanktionen müssen zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein oder es kann auf einzelne Voraussetzungen verzichtet werden.

• *Zuständigkeit der die Sanktion anordnenden Behörde*

• *Gesetzliche Grundlage*

Ob und wieweit Sanktionen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, ist umstritten. Wenn die Sankti-

on nur eine Verpflichtung darstellt, die derjenigen der ihr Vorgehenden entspricht (vor allem bei exekutorischen Sanktionen), genügt es, wenn die nicht erfüllte Verpflichtung auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Anders verhält es sich, wenn die Sanktion eine *neue* Verpflichtung begründet (namentlich bei repressiven Sanktionen), dann bedarf die Sanktion einer gesetzlichen Grundlage.

- *Vollstreckbarkeit der Verfügung*
Anordnung erst dann, wenn die Verfügung vollstreckbar ist. Dies ist der Fall,
 - wenn sie formell rechtskräftig ist, oder
 - wenn nur noch ein Rechtsmittel zur Verfügung steht, das keine aufschiebende Wirkung hat, oder
 - wenn dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist.
- *Verhältnismässigkeit*
Die Sanktion muss *geeignet* und *erforderlich* sein, um die Erfüllung der verwaltungsrechtlichen Pflicht durchzusetzen und den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Ausserdem muss der Zweck der Sanktion deren Wirkung rechtfertigen (*Zumutbarkeit*).
- *Androhung der Sanktion*
Eine Sanktion darf in der Regel erst nach vorgängiger Androhung (Mahnung) verhängt werden. Auf die Androhung kann bei Verwaltungsstrafen und Disziplinar massnahmen verzichtet werden, ferner wenn die Gefahr im Verzug ist oder wenn durch die Androhung die Sanktion vereitelt würde (z.B. bei Festnahme).

II. Exekutorische Sanktionen

Schuldbetreibung für öffentlich-rechtliche Geldforderungen

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

Ersatzvornahme

- *Begriff*
Ersatzvornahme bedeutet, dass die Verwaltungsbehörden vertretbare Handlungen, die von Verpflichteten nicht vorgenommen werden, durch eine amtliche Stelle oder durch einen Dritten auf Kosten der Pflichtigen verrichten lassen. Durch die Ersatzvornahme wird die primäre Leistungspflicht umgewandelt in:
 - die Pflicht zur Duldung der Ersatzvornahme und
 - die Pflicht zur Bezahlung der Kosten, die dem Gemeinwesen durch die Ersatzvornahme entsteht.Bsp.: Das Gemeinwesen lässt durch einen Gärtner eine Hecke zurückschneiden.
- *Voraussetzungen*
 - *Kein Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Grundlage*
Dies, da die Ersatzvornahme an die Stelle der nicht erfüllten Pflicht tritt, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruht.
 - *Erfordernis der Androhung*
Bei der Ersatzvornahme ist die vorherige Androhung mit Einräumung einer angemessenen Frist besonders wichtig. Die Privaten müssen die Möglichkeit haben, ihre Pflicht selbst zu erfüllen, bevor der Staat an ihre Stelle und auf ihre Kosten handelt.

Antizipierte Ersatzvornahme

Eine antizipierte Ersatzvornahme liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde einen polizeiwidrigen Zustand selbst beseitigt, weil der Störer, der ihn verursacht hat, dazu faktisch gar nicht in der Lage ist. Es trifft diesen nur (aber immerhin) die *Pflicht zur Bezahlung der Kosten*. Es bedarf *keiner Verfügung* oder *Androhung*. Bsp.: Gewässerreinigung nach Ölunfall.

Unmittelbarer Zwang

- *Begriff*
Als unmittelbaren Zwang bezeichnet man die direkte Einwirkung gegen Personen oder Sachen, um eine gesetzliche Pflicht oder eine Verfügung durchzusetzen. Bsp.: Einziehung gesundheitsschädlicher Produkte oder eines fahruntüchtigen Fahrzeuges; Festnahme eines Betrunkenen, der die öffentliche Ordnung stört.
- *Voraussetzungen*

- *Gesetzliche Grundlage*
Aus der Befugnis zur Durchsetzung einer Pflicht, die auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, kann nach H/M/U auch das Recht zur Anwendung unmittelbaren Zwangs abgeleitet werden. Gibt abweichende Meinungen.
- *Verhältnismässigkeit*
Da es sich um einen schweren Eingriff handelt, ist dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ein besonderes Gewicht beizumessen.

III. Repressive Sanktionen

Verwaltungsstrafen, insbesondere Ordnungsbussen

- *Begriff*
Verwaltungsstrafen sind primär Mittel des Verwaltungszwanges. Sie dienen der Sanktionierung von Verstössen gegen das Verwaltungsrecht und bezwecken damit dessen Durchsetzung, während das StGB andere Rechtsgüter schützt.
Ordnungsbussen sind Verwaltungsstrafen für geringfügigere Verletzungen des Verwaltungsrechts, insbesondere von Verfahrensvorschriften.
- *Voraussetzungen*
 - *Zuständigkeit*
Nach Art. 355 StGB die *Kantone*. Zur Verhängung von Ordnungsbussen sind i.d.R. die Verwaltungsbehörden *und Verwaltungsgerichte*, zur Verhängung anderer Verwaltungsstrafen teilweise auch die *Strafgerichte* zuständig. Bsp.: Reicht ein Steuerpflichtiger trotz Mahnung keine Steuererklärung ein, belegt ihn die Steuerbehörde mit einer Ordnungsbusse.
 - *Gesetzliche Grundlage*
Für die Verhängung von *Verwaltungsstrafen* ist grundsätzlich eine ausdrückliche Grundlage in einem *Gesetz* erforderlich. *Bussen* finden dagegen bereits in einer *Verordnung* eine genügende gesetzliche Grundlage.
 - *Verschulden*
Im Allgemeinen setzen Verwaltungsstrafen im Gegensatz zu exekutorischen Massnahmen ein *Verschulden* voraus. Ob dies auch im Fall von Ordnungsbussen gilt, ist *umstritten*.
- *Einsprache*
Art. 67 ff. VStrR. Frist von 30 Tagen.
- *Neues Sanktionssystem infolge der StGB-Reform*
Art. 333 StGB.

Bestrafung wegen Ungehorsams

- *Begriff*
Die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen ist eine *repressive Sanktion* ("Beugestrafe"), die den Adressaten veranlassen soll, seine Pflichten zu erfüllen (Art. 292 StGB). Art. 292 StGB gilt nur *subsidiär*, wenn nicht ein anderes Gesetz eine besondere Ungehorsamsstrafe vorsieht.
- *Voraussetzungen*
 - *Zuständigkeit und Prüfungsrecht des Strafrichters*
Nicht die verfügende Behörde, sondern der Strafrichter.
 - *Ausdrückliche Strafandrohung in der Verfügung*
"Haft oder Busse" muss angedroht sein.
- *Vorsatz*
- *Möglichkeit der wiederholten Androhung und Bestrafung*
Wiederholte Androhungen bzw. Bestrafungen sind deshalb zulässig, wenn die betreffende Verpflichtung *durch wiederholte Verfügung* festgelegt worden ist.

Disziplinarische Massnahmen

- *Begriff*
Disziplinarische Massnahmen sind Sanktionen gegenüber Personen, die in einem *Sonderstatusverhältnis* oder unter einer *besonderen Aufsicht des Staates* (z.B. Rechtsanwälte, Medizinalpersonen) stehen.

- *Rechtsnatur*
Disziplinarische Massnahmen sind administrative Sanktionen und damit grundsätzlich keine Strafen im Rechtssinne. Sie dienen der Aufrechterhaltung der Ordnung sowie der Wahrung des Ansehens und der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltungsbehörden.
- *Voraussetzungen*
 - *Gesetzliche Grundlage*
Das Erfordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform gelten auch für Disziplinar-massnahmen, wobei *keine allzu hohen Anforderungen* zu stellen sind (da Sonderstatusverhältnis).
 - *Disziplinarfehler*
Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist gefordert.
 - *Verhältnismässigkeit, inkl. Opportunitätsprinzip*
Die disziplinarische Massnahme muss geeignet sein. Man kann aber auf Grund des Opportunitätsprinzips auch ganz auf die Verhängung einer Massnahme verzichten.
 - *Vorherige Anhörung*
Ist erforderlich. *Nicht erforderlich* ist jedoch eine vorherige Androhung einer disziplinarischen Massnahme.

IV. Administrative Rechtsnachteile

Einziehung unrechtmässig erlangter Vorteile

Gelangen Private durch die Missachtung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu unrechtmässigen Vorteilen, können die betreffenden Vermögenswerte und Gegenstände eingezogen werden. Die restitutorische Massnahme dürfte sich oft als wirksameres Mittel erweisen als die mit der Rechtsverletzung verbundene Verwaltungsstrafe. Zulässigkeit nur bei *gesetzlicher Grundlage*.

Verweigerung von Verwaltungsleistungen

- *Problematik*
Kann die Verwaltungsbehörde es ablehnen, den Privaten eine Leistung zu erbringen, weil die Privaten ihrerseits einer Pflicht gegenüber dem Staat nicht nachkommen?
Es gehört zu den Aufgaben des modernen Staates, gewisse Leistungen zu erbringen. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben darf deshalb nur unter bestimmten Voraussetzungen davon abhängig gemacht werden, ob die Privaten ihre Pflichten gegenüber dem Staat erfüllt haben.
- *Voraussetzungen der Zulässigkeit*
 - *Besondere gesetzliche Ermächtigung*
 - *Konnexität, falls eine besondere gesetzliche Ermächtigung fehlt*
Zulässigkeit, wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Privaten und der verweigerten Leistung besteht. Bsp.: Zulässig ist die Verweigerung einer amtlichen Beglaubigung, wenn die dafür erhobene Gebühr nicht bezahlt wird; Unzulässig ist die Weigerung der Einwohnerkontrolle, eine Abmeldebestätigung auszustellen, weil die Steuern nicht bezahlt wurden.
 - *Verhältnismässigkeit*
Namentlich wenn es um für die Private wichtige Leistungen geht, ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz von besonderer Bedeutung. Beispielsweise im Bereich von staatlichen Monopolen.

Widerruf von begünstigenden Verfügungen

Wenn der Staat den Privaten mittels Verfügung Rechte eingeräumt hat, kann eine Verletzung der Pflichten, die den Begünstigten obliegen, durch den Widerruf der Verfügung sanktioniert werden, sofern die Voraussetzungen des Widerrufs erfüllt sind. Der Widerruf erhält auch eine *pönale Funktion*.

3. Teil Organisation der Verwaltungsbehörden

§ 19 Grundsätze der Verwaltungsorganisation

I. Die demokratische Ausgestaltung der Verwaltungstätigkeit

Das Ziel der demokratischen Ausgestaltung der Verwaltungstätigkeit

Die Aufgaben, die der moderne Verwaltungsstaat zu bewältigen hat, werden immer umfangreicher und komplexer. Es besteht die Gefahr, dass die Regierung (inkl. Verwaltungsapparat) aufgrund der grösseren Sachkompetenz eine faktische Übermacht zu Volk und Parlament erlangt. Den Bürgern sollen also Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse eingeräumt werden.

Elemente der demokratischen Ausgestaltung der Verwaltungstätigkeit

Dazu kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

- parlamentarische Kontrolle der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit
- Erfordernis der Gesetzesform
- Volkswahl der Mitglieder der Regierung sowie der Beamten
- Selbstverwaltung durch Körperschaften, deren Mitglieder betroffen sind (v.a. in Gemeinden)

II. Die Hierarchie der Verwaltungsbehörden

Begriff der Hierarchie

Jede Verwaltungsbehörde (mit Ausnahme der obersten) ist einer oder mehreren anderen untergeordnet. Es besteht also ein *Über- bzw. Unterordnungsverhältnis* in "Form" einer Pyramide, an deren Spitze die Regierung steht.

Der Zweck der Hierarchie der Verwaltungsbehörden

- *Leistungsfähigkeit der Verwaltungsbehörden*
Klare Regelung der Zuständigkeit; jede Behörde kennt ihren Aufgabenbereich; Vermeidung von Doppelspurigkeiten.
- *Koordination der verschiedenartigen Verwaltungstätigkeiten (Einheit der Verwaltung)*
Befehlsgewalt, Informations- und Kontrollrechte der übergeordneten Behörden zwecks Koordination der Verschiedenen Verwaltungstätigkeiten. Eigentliche Hauptaufgabe der übergeordneten Behörden.
- *Zuordnung der Verantwortung*
Die Eindeutige Zuordnung der Verantwortung erleichtert deren Geltendmachung.
- *Bedeutung für die parlamentarische Kontrolle*
Erleichterung der parlamentarischen Kontrolle.

Auswirkungen des hierarchischen Aufbaus der Verwaltungsbehörden

- *Dienstbefehle und Weisungen*
Die übergeordneten Behörden haben gegenüber den ihr unterstellten Dienststellen die Befugnis zum Erlass von verbindlichen Anordnungen für den Einzelfall und von allgemeinen Weisungen.
- *Dienstaufsicht*
Die übergeordnete Verwaltungsbehörde hat die Befolgung der Gesetze und Vo und die Einhaltung ihrer Dienstbefehle und Weisungen zu überwachen. Sie kann von sich aus oder auf Anzeige hin (Aufsichtsbeschwerde) tätig werden.
- *Beschwerderecht des betroffenen Privaten*
Den von einer Verfügung betroffenen Privaten steht grundsätzlich das Recht zu, den Entscheid an diejenige Behörde weiter zu ziehen, welche der erlassenden Amtsstelle übergeordnet ist.

III. Zentralisation und Dezentralisation der Verwaltungsbehörden

Zentralisation

Zentralisierte Verwaltungsorganisation liegt vor, wenn in einem bestimmten Sachbereich die massgebliche Verwaltungstätigkeit für das ganze Staatsgebiet im Hauptort von der Zentralverwaltung ausgeübt wird. Merke: Auch eine *dezentrale* Verwaltungsorganisation kann hierarchisch aufgebaut sein.

Sachliche Dezentralisation (Dekonzentration)

Sachliche Dezentralisation bedeutet, dass die Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben einer besonderen Verwaltungseinheit ausserhalb der Zentralverwaltung übertragen wird, die über eine gewisse Selbständigkeit (Autonomie) verfügt.

Dezentralisierte Verwaltungseinheiten, die wirtschaftliche Aufgaben erfüllen, werden – unabhängig von ihrer Rechtsform – als *öffentliche Unternehmen* bezeichnet. Bsp.: SBB, Post, SUVA, Spitäler, Universitäten.

Dies führt zu einer Lockerung der Hierarchie, gerade weil diesen ausgegliederten Verwaltungseinheiten in gewissen Bereichen ein hohes Mass an Autonomie zukommen kann. Allerdings untersteht sie der Aufsicht der Zentralverwaltung oder des Parlaments. Eine gewisse Machtverteilung und -hemmung bewirkt die Dezentralisation in jedem Fall.

Örtliche Dezentralisation

- *Administrative örtliche Dezentralisation*

Bei der administrativen örtlichen Dezentralisation bestehen nebeneinander mehrere Verwaltungsbehörden mit lokalem Wirkungsbereich, denen aber *keine Autonomie* zukommt und die vollständig in die Hierarchie der Zentralverwaltung eingebunden bleiben. Dies ist v.a. dort sinnvoll, wo lokale Kenntnis oder Bürgernähe erforderlich ist. Bsp.: Notariatskreise, Schulbetriebs- und Konkurskreise.

- *Örtliche Dezentralisation mit Autonomie*

Autonomie bedeutet, dass der dezentrale Verwaltungseinheit bei der Erfüllung der ihr übertragenen öffentlichen Aufgaben eine selbständige, weisungsgebundene Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis zukommt. Es handelt sich nicht mehr um blosse Verwaltungsbezirke, sondern um *selbständige Gebietskörperschaften* und *Herrschaftsverbände*. Es wird eine Selbstverwaltung und die Verwirklichung des demokratischen Gedankens auf lokaler Ebene ermöglicht. Bsp.: Kantone, Gemeinden.

IV. Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden und Betroffenen Privaten

Das Ziel der Zusammenarbeit

Die wichtigsten Formen der Zusammenarbeit

- *Einbezug von Vertretern betroffener und interessierter Privatpersonen und privater Organisationen in Beratungs- oder Aufsichtsorgane*
In verschiedenen staatlichen Aufsichts- und Beratungsgremien sind auch Private vertreten. Bsp.: Bildungsrat im Kanton ZH. Er stellt das Verbindungsglied zwischen Schule und Bevölkerung dar.
- *Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private*
- *Mitwirkung bei Verfügungen und Abschluss von Verträgen*
Bestimmte Verfügungen werden nur auf Gesuch des Privaten hin getroffen (z.B. Baubewilligung) oder bedürfen seiner Zustimmung (z.B. Begründung eines Dienstverhältnisses). Abschluss von verwaltungsrechtlichen oder privatrechtlichen Verträgen mit Privaten *nach Art. 1 OR*.
- *Mitwirkungsrechte der betroffenen Privaten im Verwaltungsverfahren*
Anspruch auf rechtliches Gehör, z.B. vor Erlass einer Verfügung.
- *Informelle Kooperation zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten*
Es sollen Lösungen erarbeitet werden, welche für die Privaten i.O. sind. Damit kann der Staat auf hoheitliche Anordnungen verzichten.

V. Amtshilfe

Begriff und Bedeutung

Die ausgeprägte Spezialisierung die entsteht, fordert, dass gewisse Behörden auf Angaben einer anderen Behörde angewiesen sind. Es bedarf also einer Zusammenarbeit verschiedener Stellen, was als *Amtshilfe* bezeichnet wird.

Schranken

Als Schranken der Amtshilfe fallen namentlich das *Amtsgeheimnis* und der *Datenschutz* in Betracht.

VI. Wirkungsorientierte Verwaltungsführung (New Public Management, NPM)

Grundgedanken

Verwaltungsbehörden sollen sich stärker als bisher an messbare Wirkungen staatlichen Handelns orientieren und ihre Tätigkeit nicht nur über rechtliche und finanzielle Vorgaben steuern. Die Verwaltungseinheiten müssen grössere Entscheidungsspielräume erhalten, um ihre Aufgaben bedürfnisgerechter und effizienter erfüllen zu können. Sie müssen gewissermassen "unternehmerisch" handeln. Dies ist grundsätzlich erwünscht (Art. 170 BV).

Anpassungen der Rechtsordnung

Dazu sind einige Anpassungen an das Rechtssystem notwendig:

- Das Gesetz soll weniger Regelungen enthalten (Rahmengesetze). Dichte und Bestimmtheit von Rechtsnormen sind abzubauen.
- Auf allen Stufen der Rechtssetzung ist mehr mit finalen Regelungen zu arbeiten und weniger mit "wenn-dann"-Schemen.
- Vorgaben in den Plänen und in Budget sind zu reduzieren.
- Im Bereich des Personalrechts: z.B. Leistungslohn, Anstellung statt Wahl auf Amtsdauer.
- Eigenständigkeit der Verwaltungseinheiten muss vergrössert werden, damit sie flexibler handeln können. Das bedeutet eine gewisse Reduktion von Kompetenzen des Parlaments und der Regierung, die sich auf strategische Entscheidungen konzentrieren soll, während die Verwaltungseinheiten die "operativen" Anordnungen zu treffen haben.

Legalitätsprinzip als Schranke der Wirkungsorientierung

Die wirkungsorientierte Verwaltungsführung bedingt gewisse Abstriche sowohl beim Erfordernis des Rechtssatzes wie beim Erfordernis der Gesetzesform. NPM darf nicht dazu führen, dass Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gefährdet werden, weil die Verwaltungstätigkeit nicht mehr vorhergesehen werden kann.

Das Postulat der Effektivität und Effizienz des Staatshandelns vermag das Legalitätsprinzip zu relativieren, darf es aber nicht aushöhlen.

Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Geltendmachung der Verantwortlichkeit

Handlungen und Entscheidungen müssen transparent und kritisierbar sein. Die handelnden und entscheidenden Organe müssen Rechenschaft ablegen. Die Vergrösserung der Autonomie von Verwaltungseinheiten im Rahmen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung erschwert nun die Geltendmachung der Verantwortlichkeit. Denn ohne Massstäbe ist Kritik und rationale Überprüfung ausgeschlossen.

Als Ausgleich wird *Leistungsauftrag*, *Leistungsvereinbarung* und ein besonderes *Berichtswesen* (*Controlling*) vorgesehen.

Wenn die Leistungsaufträge und -vereinbarungen von der Regierung umschrieben werden, muss dem Parlament, das die Oberaufsicht über die Verwaltungsbehörden führt und auch die oberste politische Verantwortung trägt, eine Möglichkeit zur Beeinflussung dieser Führungsinstrumente eröffnet werden. Dazu dienen *Motionen*. Es besteht jedoch eine gewisse Gefahr, dass niemand die politische Verantwortung übernehmen will.

Fragen der verfassungsrechtlichen Grenzen komponentenorientierten Verwaltungshandelns

Bsp.: Bezahlte Werbung für Private in Amtsblättern und amtlichen Drucksachen. Solche Formen des NPM sind fragwürdig. Eigentliche erwerbswirtschaftliche Tätigkeit von Gemeinwesen sollen die Ausnahme bleiben.

§ 20 Zentralverwaltung und dezentralisierte Verwaltung

I. Die Zentralverwaltung

Aufbau der Zentralverwaltung

• *Bund*

Im Bund ist gemäss Art. 174 BV der Bundesrat die oberste vollziehende und leitende Behörde. Das *Kollegialsystem* mit den sieben Bundesräten wird ergänzt durch das *Departementalsystem*. Diese sieben Departemente sind wiederum in weitere Verwaltungseinheiten aufgeteilt. Dazu kommt noch

die Bundeskanzlei als allgemeine Stabsstelle des Bundesrates (Art. 179 BV). Der Aufbau ist streng hierarchisch.

- *Kantone*
Ähnliche Gliederung. Regierungsräte als Vorsteher von Departementen.

Kompetenzverteilung

- *Allgemeines*
Der Bundesrat entscheidet über wichtige Geschäfte als Kollegialbehörde. Vorbereitung und Vollzug dieser Geschäfte ist Sache der jeweilig zuständigen Verwaltung. Departementsvorsteher regeln die organisatorischen Grundzüge der ihren Departementen zugeordneten Ämter.
Die Aufgabenteilung innerhalb der *kantonalen Zentralverwaltung* ist ähnlich wie im Bund.
- *Delegation von Kompetenzen an Verwaltungseinheiten*
Im Bund werden gestützt auf Art. 177 Abs. 3 BV und Art. 47 RVOG bestimmte Geschäfte den Departementen oder ihren untergeordneten Amtsstellen zur Erledigung überwiesen. Möglich ist auch eine gesetzliche Zuweisung.
- *Delegation vom Bund an die Kantone*
In vielen Bereichen hat der Bund darauf verzichtet, eine eigene Verwaltungsorganisation aufzubauen. Er hat stattdessen die Kantone mit dem Vollzug von Bundesaufgaben beauftragt, weil diese geeignete Behörden damit betrauen können oder weil der dezentrale Vollzug effizienter, "bürgernäher" ist. Dieser "Vollzugsföderalismus" ist aber nicht unproblematisch.

II. Öffentlich-rechtliche Körperschaften

Begriff und Merkmale

- *Begriff*
Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind mitgliederschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständige öffentliche Aufgaben erfüllen.
- *Merkmale*
Kennzeichnend ist, dass sie aus Mitgliedern bestehen, die bei der Erfüllung der wahrzunehmenden Aufgaben mitwirken. Die – mehr oder weniger umfangreichen – Mitgliedschaftsrechte bilden die Grundlage der körperschaftlichen Organisation.
Die öffentlich-rechtliche Körperschaft ist eine *juristische Person* im Sinne von Art. 52 Abs. 2 ZGB und somit selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten, vermögensfähig und somit haftbar. Sie beruht auf öffentlich-rechtlicher Grundlage (vgl. Art. 59 ZGB). Grundzüge und Organisation erfolgen grundsätzlich durch das öffentliche Recht.
Sie üben sowohl hoheitliche wie auch nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeiten aus. Ihre Anordnungen können die Rechtsnatur von Verfügungen haben. Bezüglich ihrem Aufgabenbereich verfügen sie über je nachdem ein sehr unterschiedliches Ausmass an *Autonomie*.

Arten und Beispiele

Gebietskörperschaften, basierend auf territorialer Grundlage. Bsp.: Bund, Kantone, Einwohnergemeinden, insb. politische Gemeinden.

Personalkörperschaften, basierend auf persönlichen Eigenschaften. Bsp.: Studentenschaft.

Realkörperschaften, basierend auf Eigentum an Sachen. Bsp.: Alpkorporation.

Es gibt auch Mischformen.

Errichtung

Rechtsgrundlage für die Errichtung öffentlich-rechtlicher Körperschaften findet sich stets im *öffentlichen Recht*.

Autonomie

Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften sollen die ihnen anvertrauten öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung erfüllen.

Organisation

Die Organisation wird durch das öffentliche Recht geregelt. Zwar nach dem Vorbild von Genossenschaft oder Verein, doch ist für das Verbandsrecht OR und ZGB grundsätzlich nicht massgebend.

Zwangsmitgliedschaft und freiwillige Mitgliedschaft

Zwangsmitgliedschaft fasst bestimmte Personen durch Gesetz zu einer Körperschaft zusammen. Es ist entweder gar kein Beitritt erforderlich, oder er ist obligatorisch. Bsp.: faju, sol.

Die freiwillige Mitgliedschaft bildet bei den öffentlich-rechtlichen Körperschaften eher die Ausnahme. Bsp.: freiwilliger Beitritt einer Gemeinde zu einem kommunalen Zweckverband.

Staatliche Aufsicht

Eigentlich selbständig. Darum Aufsicht des Staates, i.d.R. durch Exekutive nötig.

Rechtsschutz

Die Gemeinden können bei Verletzung der ihnen vom kantonalen Recht verliehenen Autonomie Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht erheben.

III. Öffentlich-rechtliche Anstalten

Begriff und Merkmale

- *Begriff*

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

- *Merkmale*

Handelt sich um *technisch-organisatorisch verselbständigte*, d.h. aus der Zentralverwaltung ausgegliederte *Verwaltungseinheit*, der die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe obliegt und die in der Regel hierarchisch aufgebaut ist. Es liegt ein Fall von *sachlicher Dezentralisation* vor.

Im Unterschied zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft verfügt die öffentlich-rechtliche Anstalt nicht über Mitglieder, sondern über eine Kreis von *Benützern*. Diesen kommen grundsätzlich keine aktiven Mitwirkungsrechte zu. Ausnahmen sind möglich, so z.B. bei faju, sol.

Die öffentlich-rechtliche Anstalt beruht auf *öffentlich-rechtlicher Grundlage*. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sie stets und in allen Belangen dem öffentlichen Recht untersteht.

Selbständige und unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalten

- *Selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten*

Selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten sind Anstalten, die mit eigener *Rechtspersönlichkeit* ausgestattet sind. Also juristische Personen i.S.v. Art. 52 Abs. 2 ZGB als Träger von Rechten und Pflichten, eigenem Vermögen und Haftung für Verbindlichkeiten. Bsp.: Post, SUVA, Eidgenössische Alkoholverwaltung.

- *Unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalten*

Den unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten kommt *keine eigene Rechtspersönlichkeit* zu. Sie sind nicht rechtsfähig und verfügen weder über ein eigenes Vermögen noch können sie Haftungssubjekt sein. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit können diese Anstalten organisatorisch sehr selbständig sein. Bsp.: Kantonale Strafanstalten, Mittelschulen und Heime, Kantonsspitäler.

Autonomie der öffentlich-rechtlichen Anstalt

Autonomie und rechtliche Selbständigkeit sind voneinander zu unterscheiden. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit können die Anstalten eine grosse Autonomie gegenüber ihrem Trägerwesen haben. Umgekehrt kann eine rechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalt fast keine Autonomie haben. Bsp.: Eidgenössische Alkoholverwaltung.

Autonomie liegt vor, wenn einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ein verhältnismässig grosses Mass an administrativer Selbständigkeit, d.h. *Entscheidungskompetenz* zukommt.

Rechtsverhältnis zwischen öffentlich-rechtlicher Anstalt und deren Benützern

- *Allgemeines*

Die Beziehung Anstalt/Benützer kann dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterstehen.

- *Regelung des Benütznungsverhältnisses durch das öffentliche Recht*

Nach BGer ist die Beziehung zwischen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt und ihren Benützern "dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn durch sie ein besonderes Grundverhältnis begründet wird, kraft dessen die Anstalt dem Benutzer gegenüber mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattet ist, was in

jedem Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung der Benützungsordnung zu entscheiden ist. [...]". Bsp.: Kantonales Krankenhaus / Patient ist öffentlichem Recht unterstehend.

- *Regelung des Benützungsverhältnisses durch das Privatrecht*
Dann gegeben, wenn Anstalt und Benützer ihre Rechtsbeziehung durch Vereinbarung von Fall zu Fall unterschiedlich ausgestalten können; die Einigung wird "durch Unterhaltung mit gegenseitigem Vor- und Nachgeben herbeigeführt". Vor allem dort, wo die öffentlich-rechtliche Anstalt ähnliche Leistungen erbringt wie private Unternehmen. Bsp.: ZKB / private Bank; Post / Kunden.
- *Disziplinargewalt der öffentlich-rechtlichen Anstalt*
Der Benützer einer öffentlich-rechtlichen Anstalt untersteht – insbesondere bei länger dauerndem Benützungsverhältnis – der öffentlich-rechtlichen Disziplinargewalt der Anstalt, d.h. er befindet sich in einem *Sonderstatusverhältnis*. Bsp.: Schulen, Strafanstalten, Spitäler.
Die Organe der Anstalt können unter Umständen auch polizeiliche Funktionen wahrnehmen (sog. Anstaltspolizei). Bsp.: Bahnpolizisten sind den kantonalen Polizisten gleichgestellt.

Monopol und Anstaltszwang

Die Rechtsordnung kann vorsehen, dass eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit dem freien privaten Wettbewerb entzogen wird und dass sie ausschliesslich durch eine öffentlich-rechtliche Anstalt ausgeübt werden darf. In diesem Fall liegt ein *unmittelbares rechtliches Monopol* vor. Bsp.: Art. 92 Abs. 1 BV, Post- und Fernmeldewesen ist Bundessache.

Wenn Privaten die Benützung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zwingend vorgeschrieben wird, spricht man vom sog. *Anstaltszwang*. Es handelt sich um ein *mittelbar rechtliches Monopol*. Bsp.: Pflicht der Hauseigentümer zur obligatorischen Feuerversicherung bei einer kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt.

§ 22 Privatrechtliche Verwaltungsträger

I. Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform

Begriff und Merkmale

Die Gemeinwesen können öffentliche Aufgaben durch öffentliche Unternehmungen mit privatrechtlicher Struktur (meist AG's oder Genossenschaften) erfüllen lassen. Sie unterscheiden sich von den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen dadurch, dass keine Privaten beteiligt sind oder diese durch den Staat klar majorisiert werden. Verbreitet ist die privatrechtliche Rechtsform v.a. bei Versorgungsbetrieben. In jüngerer Zeit bedient sich der Staat im Rahmen von Privatisierungen verstärkt privatrechtlicher Organisationsformen. Bsp.: RUAG.

Voraussetzungen

Neben den privatrechtlichen Errichtungsakten ist eine *Grundlage in einem Gesetz* erforderlich. Es bedarf nach Art. 27 und 94 BV überdies eines *ausreichenden öffentlichen Interesses*.

II. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften

Begriff und Merkmale

Geschaffen werden die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften nicht auf Art. 620 ff. OR, sondern *unmittelbar durch Gesetzesakt*. Die Organisation richtet sich nach dem Spezialgesetz, den Statuten und nur subsidiär nach OR.

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften des Bundes

Im Bundesprivatrecht besteht grundsätzlich ein Numerus clausus bezüglich den Gesellschaftstypen. Diese Grenze kennt das Gesetz nicht. Abweichungen von den vorgegebenen Typen sollen aber zwecks Rechtssicherheit und Einheit der Rechtsordnung die Ausnahme sein. Bsp.: Swisscom, Schweizerische Nationalbank, SBB.

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften der Kantone nach Art. 763 OR

Das Bundeszivilrecht beschränkt die Kantone zwar nicht in ihrer Befugnis zur Bildung öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten (Art. 59 Abs. 1 ZGB). Das kantonale öffentliche Recht darf jedoch nicht gegen Sinn und Geist des Zivilrechts verstossen.

III. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Begriff und Merkmale

Gemischtwirtschaftliche Unternehmen zeichnen sich dadurch aus, dass *Gemeinwesen* und *Private die Unternehmensleitung gemeinsam wahrnehmen*. Sie verbinden darin die *doppelte Zweckbestimmung* von Gewinnstreben und öffentlichem Interessen. I.d.R. weisen sie eine privatrechtliche Organisation auf. Üblicherweise stellen Gemeinwesen und Private das *Unternehmenskapital gemeinsam* zur Verfügung. Bsp.: Swiss International Air Lines Ltd.; Mustermesse AG, Basel.

Rechtsform und Gründung

Üblich ist die Rechtsform der privatrechtlichen – allenfalls der spezialgesetzlichen *Aktiengesellschaft*, seltener der *Genossenschaft*. Die Teilnahme des Gemeinwesens an der Unternehmung bedarf einer *Grundlage im Gesetz*.

Haftung für staatliche Vertreter

Vom Staat Abgeordnete unterstehen Art. 762 Abs. 4 OR (Staatshaftung), Gewählte grundsätzlich Art. 754 OR (primär Haftung des Verwaltungsratsmitgliedes).

Motive für die Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen

???????

IV. Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private

Begriff und Voraussetzungen

Das Gemeinwesen kann die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch auf Private oder private Institutionen übertragen. Lehre und Rechtsprechung erachten dies als zulässig, sofern:

- sie auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruhen (Regelung der Grundzüge);
- die Privaten der *Aufsicht des Staates* unterstehen;
- die *Verfassung* beachtet wird, insbesondere die Grundrecht.

Arten privater Rechtsträger

- *Monopolkonzessionäre*
Hat der Staat ein unmittelbar rechtliches Monopol, kann er es durch Monopolkonzession einem Privaten abschliessend übertragen. Es besteht oft eine Betriebspflicht. Bsp.: Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnbetriebskonzession.
- *Mit Verwaltungsaufgaben beliehene Private*
Private, denen das Gemeinwesen die Erledigung einer bestimmten staatlichen Aufgabe überträgt, was hauptsächlich der Entlastung der Verwaltung dient. Solche Private werden als *Beliehene* bezeichnet. Bsp.: AHV, freiberuflicher Notar, Krankenkassen.
Den Beliehenen sind zumeist Vollzugsaufgaben übertragen, die sie anstelle des Gemeinwesens (nach Vorgabe) erfüllen. Bsp.: Billag AG.
Den Beliehenen können neben Vollzugsaufgaben auch gewisse Rechtsetzungskompetenzen zukommen.
- *Privatrechtliche Stiftungen*

Anwendbares Recht

Die privaten Rechtsträger werden nach privatem Recht gegründet und organisiert. In ihrem Verhältnis zu anderen Privaten sind sie, soweit sie öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, zum Teil dem *Privatrecht* und zum Teil dem *öffentlichen Recht* unterstellt.

V. Bindung an die Grundrechte

Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform

Die Grundrechte müssen grundsätzlich auch dann gewahrt werden, wenn öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform handeln (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV). Je mehr die Privaten auf das öffentliche Unternehmen angewiesen sind (z.B. Monopol), desto stärker sind die Grundrechtswirkungen.

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften

Ob spezialgesetzliche AG's dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen sind, ist für die Frage der Grundrechtsbindung von Bedeutung. Die h.L. zählt sie zum öffentlichen Recht, woraus sich ihre Grundrechtsbindung ergibt.

Gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Das Gemeinwesen bleibt grundsätzlich auch in der Rolle als Aktionär oder Genossenschafter den Grundrechten verpflichtet. Auf das gemischtwirtschaftliche Unternehmen vermag diese Bindung allerdings nur ausnahmsweise durchzuschlagen.

Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private

Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind grundsätzlich an die Verfassung, vor allem an die Grundrechte, gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Dies gilt auch, wenn sie in privatrechtlicher Form handeln.

VI. Privatisierung

Die Privatisierung bezweckt die Entstaatlichung gesellschaftlicher Aufgaben. Der Begriff der Privatisierung wird sehr unterschiedlich verwendet. Herkömmlicherweise werden Organisations-, Aufgaben-, Vermögens-, und Finanzierungsprivatisierung unterschieden.

8. Teil Die Polizei

§ 35 Polizeiliche Massnahmen

III. Voraussetzungen für polizeiliche Massnahmen

Rechtliche Grundlage

Öffentliches Interesse

Verhältnismässigkeit

Inanspruchnahme des Störers

- *Das Störerprinzip*
Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich, dass die polizeiliche Massnahme sich *nur gegen den Störer*, nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustandes richten darf. Es gilt das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Verursachung der Gefahr oder Störung. Es kommen also nur jene Handlungen in Frage, die bereits selber die Grenze zur Gefahr überschritten haben. So soll sichergestellt werden, dass gegen den Verursacher der Störung und nicht auch gegen jene vorgegangen wird, die selbst gestört werden. Die Abgrenzung kann aber schwierig sein (Wirt, dessen Gäste lärmern).
Das *Gemeinwesen* kann wie ein Privater als Störer kostenpflichtig werden, z.B. als Eigentümer eines Grundstückes oder Betreiber einer Anlage.
- *Der Begriff des Störers*
 - *Verhaltensstörer*
Wer durch sein eigenes Verhalten oder durch das Verhalten Dritter (z.B. eigene Kinder), die öffentliche Ordnung oder Sicherheit unmittelbar stört oder gefährdet. Das Verhalten kann in einem *Tun oder Unterlassen* bestehen. Es wird kein Verschulden vorausgesetzt. Bsp.: Randalisierende Demonstranten; Industriebetrieb, der Abwasser in Fluss leitet.
 - *Zustandsstörer*
Wer die tatsächliche Herrschaft hat über Sachen, welche die Polizeigüter unmittelbar stören oder gefährden. In erster Linie Eigentümer, aber auch Mieter oder Verwalter. Unerheblich ist, wodurch die Störung entstanden ist, und ob ihn ein Verschulden trifft. Bsp.: Eigentümer einer Kiesgrube, in welcher trotz amtlichem Verbot von Dritten Unrat deponiert wird.
 - *Zweckveranlasser als Störer*
Wer durch sein Tun oder Unterlassen bewirkt oder bewusst in Kauf nimmt, dass ein *anderer* die Polizeigüter stört oder gefährdet. Bsp.: Prostituierte auf Kundenfang *motorisierter* Freier. Mit diesem Eventualvorsatz ist der Kreis der Störer unter Umständen zu weit gezogen.
- *Die Auswahl zwischen verschiedenen Störern*
Besteht eine polizeirechtliche Haftungskonkurrenz, muss die zuständige Behörde, die Störer, die sie in Anspruch nehmen will, auswählen. Bedarf es einem Tun, wird sie den fähigsten auswählen, geht es um Kosten, besteht eine Solidarhaftung unter den Störer.

IV. Polizeinotstand

Begriff

Ein Polizeinotstand liegt vor, wenn die polizeilichen Güter in so hohem Masse unmittelbar bedroht oder verletzt sind, dass die gesetzlich vorgesehenen polizeilichen Massnahmen zum Schutz nicht mehr genügen. Bsp.: Feuersbrunst, Überschwemmung.

Polizeiliche Notstandsmassnahmen

- *Rechtsgrundlage*
Polizeigeneralklausel.
- *Arten*
 - *Polizeinotverordnung*
Erlass einer Polizeinotverordnung ist erforderlich, wenn viele gleichartige Fälle vorliegen, die aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit nur durch eine *generell-abstrakte Normierung* befriedigend geregelt werden können. Sie müssen so *dringlich* sein, dass keine besondere gesetzliche Grundlage geschaffen werden kann. Bsp.: SARS bei Messe Basel.

Die Notverordnung kann nur für beschränkte Zeit Geltung beanspruchen. Ist sie danach immer noch nötig, muss sie ins ordentliche Recht überführt werden.

- *Polizeinotverfügung*

Kann die ausserordentliche Bedrohung der Polizeigüter mit individuellen Anordnungen gegenüber bestimmten Personen in konkreten Einzelfällen abgewehrt werden, so sind Polizeinotverfügungen unmittelbar gestützt auf die Polizeigeneralklausel zu treffen. Bsp.: Evakuierungsbefehl; Aufgebot zur Hilfeleistung.

Besonderheiten

- *Abweichungen vom Störerprinzip*

Es dürfen zur Behebung der Störung auch unbeteiligte Dritte herangezogen werden. Bsp.: Requirierung von Fahrzeugen zur Rettung von Unfallopfern; Inanspruchnahme von leerstehenden Gebäuden Dritter als Notunterkunft.

- *Staatshaftung*

Auf Stufen Bund nicht vorgesehen.