

Häfelin / Müller: Verwaltungsrecht

§1 Begriff und Arten der Verwaltung

I. Funktioneller und organisatorischer Begriff der Verwaltung

1. Funktioneller Begriff der Verwaltung: Die Verwaltungstätigkeit

Die Verwaltungsfunktion steht im Gegensatz zu den Funktionen der Rechtsetzung und Rechtsprechung (3 Staatsfunktionen). Es gibt eine negative und eine positive Beschreibung der Verwaltung: Verwaltung ist die Staatstätigkeit, die nicht in Rechtsetzung und nicht im Entscheid über Rechtsstreitigkeiten oder Strafen besteht (negativ); positive Definitionen sind unmöglich, da sie nur Teilaspekte beschreiben können.

2. Organisatorischer Begriff der Verwaltung: Die Verwaltungsbehörden

Die Verwaltung wird im Sinne ihrer Organe verstanden, wobei sich jedoch der organisatorische und der funktionelle Begriff nicht decken.

II. Arten der Verwaltungstätigkeit

1. Hoheitliche und nicht-hoheitliche Verwaltungstätigkeit

Hoheitliches und nicht-hoheitliches Handeln kann mithilfe von zwei Kriterien unterschieden werden: Erstens ist das staatliche Handeln dann hoheitlich, wenn eine öffentlichrechtliche Regelung zur Anwendung gelangt (zwingende Natur). Zweitens ist das staatliche Handeln dann hoheitlich, wenn ein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger vorliegt (Überordnung des Staates gegenüber dem Bürger). Beispiele für nicht-hoheitliche Verwaltungstätigkeit sind die Tätigkeiten der Kantonalbanken oder der staatlichen Elektrizitätswerke, administrative Hilfstätigkeit, Verwaltung des Finanzvermögens und z.T. auch der Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen.

2. Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Eingriffsverwaltung nennt man jene Verwaltungstätigkeit, die in die Rechte und Freiheiten des Bürgers eingreift. Die Eingriffsverwaltung ist i.d.R. hoheitlicher Natur (z.B. Expropriation). Leistungsverwaltung nennt man jene Verwaltungstätigkeit, durch die dem Bürger staatliche Leistungen, insbesondere

wirtschaftliche und soziale Leistungen, vermittelt werden (z.B. Sozialversicherungen); sie kann sowohl hoheitlicher als auch nicht-hoheitlicher Natur sein. Meistens sind Eingriffs- und Leistungsverwaltung miteinander verbunden oder werden subjektiv unterschiedlich wahrgenommen. Deshalb gilt auch für Leistungsverwaltung das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage.

§2 Das Verhältnis der Verwaltungsbehörden zu anderen Staatsorganen

I. Verwaltungsbehörden und Parlament

1. Kompetenzverteilung

Das Parlament ist sowohl von seiner Funktion als Hauptgesetzgebungsorgan und politisch aufgrund seiner grösseren demokratischen Legitimation den Verwaltungsbehörden übergeordnet. Faktisch ist aber ein Übergewicht der Verwaltungsbehörden zu beobachten; dies aufgrund des grösseren Fachwissens, der ständigen Beschäftigung mit staatlichen Aufgaben (Milizparlament!) und der Planung als besondere Regierungsfunktion seitens der Verwaltung.

Zu den Kompetenzen des Parlaments gehören insbesondere:

- Rechtsetzung
- Wahl der Mitglieder der Exekutive und des obersten Gerichts
- Verwaltungsfunktionen von besonderer politischer Wichtigkeit
- parlamentarische Aufsicht gegenüber der Verwaltung
- Entscheid über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden

Zu den Kompetenzen der Verwaltungsbehörden (insb. Regierung) gehören:

- Verwaltung im materiellen Sinne als Vollzug der Verwaltungsgesetze
- Erlass von Verordnungen
- Vorarbeiten für die Rechtsetzung
- Rechtsprechungsfunktionen

2. Parlamentarische Aufsicht gegenüber den Verwaltungsbehörden

Die parlamentarische Kontrolle wird durch das Parlament selbst, durch seine Kommissionen und vereinzelte Parlamentarier ausgeübt. Im Rahmen der parlamentarischen Aufsicht können Auskünfte über die Tätigkeit der Verwaltung angefordert, Untersuchungen über konkrete Fälle mit Zeugen und Experten angeordnet, parlamentarische Vorstösse eingereicht werden. Wichtige Aufsichtsmittel sind die Prüfung des Geschäftsberichtes des Bundesrats und der Staatsrechnung. Die Wirkungen der

Aufsicht sind rein politischer Natur; rechtliche Sanktionen und verbindliche Weisungen sind nicht möglich.

II. Verwaltungsbehörden und Justizbehörden

1. Kompetenzverteilung

Die Justizbehörden sind zuständig, in justizmässiger Unabhängigkeit über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden und Strafen auszufällen. Zu den Justizbehörden zählen die ordentlichen Zivil- und Strafgerichte und die Verwaltungsgerichte. Die Verwaltungsbehörden besorgen den nichtstreitigen Vollzug von verwaltungsrechtlichen Normen. Im Rahmen der verwaltungsinternen Entscheidung über Verwaltungsrechtsstreitigkeiten üben sie auch eine rechtsprechende Tätigkeit aus.

2. Entscheid über Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungs- und Justizbehörden

In letzter Instanz entscheidet das Parlament (nachdem die Hierarchien der Justiz- bzw. Verwaltungsbehörden durchlaufen wurden), was praktisch aber keine grosse Bedeutung hat: der Austausch zwischen Bundesrat und Bundesgericht war bisher immer erfolgreich.

3. Gegenseitige Unabhängigkeit und Anerkennung

Aus dem Prinzip der Gewaltentrennung ergibt sich, dass Justizbehörden und Verwaltungsbehörden voneinander unabhängig sein müssen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen, wenn eine besondere gesetzliche Regelung dies vorsieht oder wenn das Verwaltungsgericht im Fall einer Rückweisung des Entscheids an die vorinstanzliche Verwaltungsbehörde konkrete Entscheidungsanweisungen gibt. Weiterhin gilt der Grundsatz, dass die Justiz- und Verwaltungsbehörden ihre Entscheide gegenseitig anerkennen müssen. Ausnahmen: Verwaltungsgericht ist nicht an den Entscheid einer Verwaltungsbehörde gebunden, deren Entscheid angefochten wird; nichtige Verfügungen entfalten keine Rechtswirksamkeit und binden deshalb Gerichte nicht.

4. Entscheid über Vorfragen

Das Problem der Vorfragen stellt sich bei folgender Sachlage: Eine staatliche Behörde hat über eine Frage (Hauptfrage) einen Entscheid zu treffen, der die Beantwortung einer Vorfrage voraussetzt, über die an sich eine andere Behörde, insb. einer anderen Gewalt, zu befinden hat. Es stellt sich die Frage, ob die zum Entscheid über die Hauptfrage kompetente Behörde auch die grundsätzlich nicht in ihre Kompetenz fallende Vorfrage entscheiden darf. Man unterscheidet dazu zwei Fälle:

- über die Vorfrage hat die sachkompetente Behörde noch nicht entschieden
- über die Vorfrage hat die sachkompetente Behörde schon entschieden

Im ersten Fall ist abzuwägen zwischen Gewaltenteilung (Entscheid der sachkompetenten Behörde abwarten) und Verfahrensökonomie (selber entscheiden, statt warten). Grundsätzlich wird in der Schweiz die Behörde ermächtigt, auch die Vorfragen zu klären, ausser dies ist durch eine gesetzliche Bestimmung verboten. Bei ihrem Entscheid über die Vorfrage ist die Behörde an die klare Praxis der eigentlich sachkompetenten Behörde gebunden. Die Behörde kann auch zuwarten, bis die sachkompetente Behörde entschieden hat. Die sachkompetente Behörde ist allerdings nicht an den Entscheid der Vorfrage durch eine andere Instanz gebunden.

Im zweiten Fall kann es sein, dass eine besondere gesetzliche Regelung die Frage beantwortet und z.B. Entscheide für eine bestimmte Frage für unüberprüfbar erklärt. Solche Fälle sind selten. Im Grundsatz hat sich die Behörde an den Entscheid der sachkompetenten Behörde zu halten. Der Strafrichter ist nur beschränkt an Verwaltungsverfügungen gebunden, insb. bei der Anwendung von **StBG 292**. Es wird differenziert:

- Falls die Verfügung vom Verwaltungsgericht überprüft wurde, darf der Strafrichter sie nicht mehr überprüfen
- Falls die Verfügung von einem Verwaltungsgericht überprüft werden kann, über die Sache aber noch nicht entschieden ist, darf der Strafrichter die Rechtmässigkeit der Verfügung untersuchen
- Falls die Verfügung an ein Verwaltungsgericht hätte weitergezogen werden können, von der Weiterzugsmöglichkeit aber kein Gebrauch gemacht wurde, ist die Überprüfungsbefugnis des Strafrichters auf offensichtliche Gesetzesverletzung beschränkt
- Falls die Verfügung nicht an ein Verwaltungsgericht weitergezogen werden konnte, hat der Strafrichter volle Überprüfungsbefugnis unter Ausschluss der Überprüfung auf Angemessenheit

Die Bindungswirkung von Verwaltungsentscheidungen kann auch kraft **EMRK 6 I** wegfallen. Dieser von der EMRK garantierte Zugang zu einem Gericht wird verletzt, wenn sich in einem Zivilprozess das Gericht an den Entscheid einer Verwaltungsbehörde gebunden erachtet, der eine zivilrechtliche Vorfrage betraf.

§3 Die Quellen des Verwaltungsrechts

I. Der Begriff des Verwaltungsrechts

Verwaltungsrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche die Verwaltungstätigkeit sowie die Organisation und das Verfahren der Verwaltungsbehörden regeln. Verwaltungsrecht als öffentliches Recht ist zwingender Natur und dient der Wahrnehmung von öffentlichen Interessen; es wird grundsätzlich von Amtes wegen angewendet.

II. Der Begriff der Rechtsquelle

Rechtsquellen sind die Formen, in welchen die Rechtssätze in Erscheinung treten. Rechtssätze sind generell-abstrakte Normen, welche Rechte und Pflichten von natürlichen und juristischen Personen begründen oder Organisation und Verfahren der Behörden regeln (vgl. **GVG 5 II**).

III. Die Verfassung

Es wird zwischen Verfassung im formellen Sinne (Gesamtheit der im besonderen Verfahren der Verfassungsgebung zustande gekommenen Rechtsnormen) und der Verfassung im materiellen Sinne (Rechtsnormen, die als Grundlage der demokratischen und rechtsstaatlichen Staatsordnung in die Verfassung aufgenommen zu werden verdienen). Die Verfassung ist als Grundlage der Verwaltungstätigkeit sehr bedeutsam (z.B. Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeitsprinzip, Gesetzmässigkeit der Verwaltung, Grundsatz von Treu und Glauben). Die Grundrechte der Bürger sind die Schranken und Wegweiser des Verwaltungshandelns (z.B. persönliche Freiheit). Auch die Kompetenzordnung (Bund – Kantone, Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht) wirkt sich auf die Verwaltungstätigkeit der Verfassung aus. Schliesslich enthält auch die Verfassung selbst materielles Verwaltungsrecht.

IV. Gesetze

Auch Gesetz können im formellen (Form des Erlasses, Gesetzgebungsverfahren, fakultatives Referendum) und materiellen (Inhalt, vgl. **GVG 5 II**) Sinne verstanden werden. Gesetze im formellen Sinne sind die wichtigsten Quellen des Verwaltungsrechts. Diese das Verwaltungsrecht betreffenden Gesetze sind aber nicht in einer Kodifikation zusammengefasst und unterliegen dauernden Änderungen (Rechtssicherheitsbeeinträchtigung).

V. Verordnungen

Verordnungen sind jene Rechtssätze, die nicht Gesetze oder Verfassung sind. Sie können von jeder Behörde erlassen werden. Man unterscheidet verschiedene Arten:

- Rechtsverordnungen (richten sich an die Allgemeinheit) und Verwaltungsverordnungen (generelle Dienstanweisungen einer Behörde an die ihr untergeordnete Behörde, nicht gleichzusetzen mit Verordnungen des Verwaltungsrechts, keine Rechtsquellen)
- Gesetzesvertretende Verordnungen (beruhen auf einer Ermächtigung durch ein Gesetz, das noch keine vollständige materielle Regelung enthält) und Vollziehungsverordnungen

(dürfen nur dem durch das Gesetz geschaffenen Rahmen entsprechend die im Gesetz gegebenen Richtlinien ausfüllen, nicht ergänzen).

- Selbständige (beruhen direkt auf der Verfassung) und unselbständige (beruhen auf einem Gesetz im formellen Sinne) Verordnungen

VI. Autonome Satzungen, insb. kommunales Recht

Die Rechtsgrundlage zum Erlass autonomer Satzungen bildet das staatliche Recht. Solche Erlasse sind Gesetze im materiellen Sinn. Die Bedeutung ist nicht zu unterschätzen.

VII. Staatsverträge und innerstaatliche Vereinbarungen

1. Internationale Verträge und Konventionen

Rechtsquellen des Verwaltungsrechts sind nur rechtsetzende Staatsverträge, die unmittelbar anwendbar sind. Unmittelbare Anwendbarkeit setzt eine inhaltlich hinreichend bestimmte Norm voraus, die Rechte und Pflichten der Bürger begründet und als Grundlage für einen Entscheid im Einzelfall dienen kann (sich also nicht an die Gesetzgeber richtet). Staatsverträge stehen auf Stufe der Bundesgesetze, es wird aber allgemein ein Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht angenommen.

2. Innerstaatliche Vereinbarungen

Auch diese können nur Rechtsquellen des Verwaltungsrechts sein, wenn sie unmittelbar anwendbare Rechtssätze enthalten (insb. nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarungen).

VIII. Allgemeine Rechtsgrundsätze

1. Begriff

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Rechtsnormen, die wegen ihrer allgemeinen Tragweite als ungeschriebenes Recht in allen Rechtsgebieten Geltung haben.

2. Wichtige Anwendungsfälle

- Rückforderung einer grundlos erbrachten Leistung
- Verjährung von öffentlichrechtlichen Ansprüchen
- Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen

- Verrechnung von Geldforderungen

IX. Gewohnheitsrecht

1. Begriff

Als Gewohnheitsrecht gelten die Rechtsnormen, die infolge ihrer langjährigen Anwendung durch die Behörden und ihrer Anerkennung durch die Behörden und die betroffenen Rechtsgenossen als ungeschriebenes Recht Geltung haben.

2. Voraussetzungen der Zulassung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht

Gewohnheitsrecht wird im öffentlichen Recht nur anerkannt, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

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

X. Richterliches Recht

Richterliches Recht stellen diejenigen Rechtsnormen dar, die aus der gleichartigen Erledigung einer Vielzahl konkreter Fälle durch Organe der Rechtsanwendung entstehen. Hier ist die Rechtsüberzeugung der betroffenen Privaten nicht Voraussetzung (im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht).

§4 Die Auslegung des Verwaltungsrechts

I. Aufgabe und Bedeutung der Auslegung im Verwaltungsrecht

II. Anwendung der allgemeinen Auslegungsmethoden im Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht bedarf nicht einer besonderen Auslegungsmethode. Zur Anwendung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegungsmethode.

III. Die Bedeutung von formalen Auslegungsregeln

Die formalen Auslegungsmethoden wollen formale Regeln zur Auslegung verwenden und damit die wertenden Auslegungsmethoden überflüssig machen. Sie sind jedoch nur sehr beschränkt berechtigt.

Es gelten folgende Regeln:

- Vorrang der lex specialis und der lex posterior
- Umkehr- und Analogieschluss (der Umkehrschluss kommt zur Geltung, wenn ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers besteht, was einer teleologischen Auslegung bedarf)
- Verbot extensiver Auslegung von Polizei- und Ausnahmegesetzen (in dubio pro libertate): Diese Methode ist abzulehnen!

IV. Die verfassungskonforme Auslegung von Verwaltungsrecht

Führen die anerkannten Auslegungsmethoden zu unterschiedlichen Deutungen, muss jenes Ergebnis gewählt werden, das am Besten zur Verfassung passt. Auch zur Anwendung kommt dieses Vorgehen, wenn es um die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen (z.B. Wahrung von öffentlichen Interessen, ernsthafte Gründe) geht.

V. Lückenfüllung im Verwaltungsrecht

Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Ist die Ursache der Lücke qualifiziertes Schweigen oder kann mit den Auslegungsmethoden dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnommen werden, so besteht keine Lücke. Ist dies nicht der Fall, muss weiter unterschieden werden: Es gibt echte (Gesetz hält für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung bereit) und unechte (gesetzliche Regelung gibt zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; sie führt aber zu einem sachlich unbefriedigendem Resultat) Lücken. Die Füllung von echten Lücken muss aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots vorgenommen werden, während das Legalitätsprinzip die Füllung verbietet; dies gilt für die rechtsanwendenden Organe. Heute tritt diese Unterscheidung jedoch vermehrt in den Hintergrund; es wird nur noch von planwidriger Unvollständigkeit des Gesetzes gesprochen.

§5 Verwaltungsrecht und Privatrecht

I. Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht

1. Allgemeines

Das Verwaltungsrecht ist Teil des öffentlichen Rechts. Bei der Ausübung der Verwaltungstätigkeit ergeben sich aber verschiedentlich Berührungspunkte mit dem Privatrecht. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht wurzelt tief und knüpft daran unterschiedliche Rechtsfolgen (z.B. ist im öffentlichen Recht das Legalitätsprinzip viel stärker zu beachten, als im Privatrecht, wo Privatautonomie gilt).

2. Abgrenzungskriterien

Die Abgrenzung darf nicht aufgrund von formellen Kriterien vorgenommen werden. Auch kann nicht auf den zwingenden Charakter oder auf die Fiskus- (alle vermögensrechtlichen Ansprüche der Bürger gegen das Gemeinwesen sollen dem Privatrecht unterstehen) und die Subjektstheorie (ein Rechtsverhältnis gilt als öffentlichrechtlich, sobald der Staat oder eine andere öffentlichrechtliche Körperschaft daran beteiligt ist) abgestellt werden. Massgebliche Kriterien sind:

- Subordinationstheorie (Subjektions-, Mehrwerttheorie): Der Staat ist dem Bürger übergeordnet, während im Privatrecht sich gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüberstehen
- Interessentheorie: öffentliches Recht nimmt sich der öffentlichen Interessen an, während das Privatrecht sich um private Interessen kümmert
- Funktionstheorie: das öffentliche Recht regelt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit

Die Lehre wendet auch hier einen Methodenpluralismus an, der diese drei Theorien miteinander verknüpft.

3. Praktische Bedeutung der Zuordnung zum öffentlichen Recht

- Der Vollzug erfolgt durch die Verwaltungsbehörden von Amtes wegen
- Es kommen die öffentlichrechtlichen Verfahrensvorschriften zum Zug, wobei dem Bürger ein Anspruch auf rechtliches Gehör zusteht
- Die Verwaltungsbehörden sind an den Grundsatz der Gesetzmässigkeit gebunden
- Die Verwaltungsbehörden sind an die Grundrechte gebunden
- Für die Handlungen der Verwaltungsbehörden gilt eine besondere Regelung der Haftung
- Für die Erledigung von Streitigkeiten sind besondere Rechtspflegebehörden zuständig

4. Gemischte Normen (Doppelnormen)

Gemischte Normen sind Rechtssätze, die sowohl öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Vorschriften enthalten. Die Praxis anerkennt Doppelnormen vor allem in folgenden Fällen:

- Abstandsvorschriften im Baurecht (kantonale Bauvorschriften)
- Rechtsnormen über Immissionsschutz
- Vorschrift des freien Zugangs zu Wald und Weide

In der Praxis wirkt sich der Doppelnormcharakter vor allem in folgenden Konsequenzen aus:

- Die Doppelnormen können sowohl von Privaten angerufen wie von den Behörden von Amtes wegen angewendet werden
- Vereinbarungen von Privaten sind nicht ausgeschlossen, haben sich aber an den vom öffentlichen Interesse bestimmten Rahmen zu halten
- Für die Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten können sowohl zivilrechtliche wie öffentlichrechtliche Rechtsschutzorgane zuständig sein

II. Zusammenhänge zwischen Verwaltungstätigkeit und Privatrecht

1. Privatrechtliches Handeln des Staates

Ist eine Materie abschliessend durch das öffentliche Recht geordnet, so besteht aufgrund des Legalitätsprinzips kein Raum für privatrechtliche Regelungen. Liegt keine abschliessende öffentlichrechtliche Regelung vor, so ist zu prüfen, ob nach deren Sinn und Zweck öffentlichrechtliches oder privatrechtliches Handeln geboten ist. Die Verwaltungsbehörden haben keine Möglichkeit, frei zwischen der Anwendung von öffentlichem oder privatem Recht zu wählen. In der Praxis wird vereinzelt die Auffassung vertreten, die Verwaltungsbehörden dürften sich auch dort des Privatrechts bedienen, wo ihnen das Gesetz eine Aufgabe übertragen habe, ohne die zur Erfüllung nötigen öffentlichrechtlichen Mittel zur Verfügung zu stellen.

In folgenden Fällen darf der Staat privatrechtlich handeln:

- Administrative Hilfstätigkeit (jene Tätigkeiten des Gemeinwesens, durch die es die zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendigen Sachgüter und Leistungen beschafft (z.B. Büromaterialeinkauf)
- Verwaltung des Finanzvermögens (alle realisierbaren Aktiva des Gemeinwesens)
- Fiskalische Wettbewerbswirtschaft (z.B. Betrieb einer Gastwirtschaft durch eine Gemeinde)
- Teile der Leistungsverwaltung (z.B. Energielieferungsverträge)

Die Zweistufentheorie unterscheidet beim Abschluss von privatrechtlichen Verträgen durch das Gemeinwesen zwischen dem dem Privatrecht unterstehenden Vertragsschluss und der internen Willensbildung der Behörden, die dem Vertragsschluss vorangeht. Das Verfahren der internen Willensbildung untersteht dem öffentlichen Recht und schliesst mit einer Verfügung ab, welche angefochten werden kann.

2. Privatrechtliche Haftung des Staates

Ausnahmsweise haftet der Staat wie ein Privater (als Grundeigentümer, Werkseigentümer und Motorfahrzeughalter), ansonsten haftet er nach öffentlichrechtlichen Vorschriften.

III. Übernahme von Begriffen und Normen des Privatrechts ins Verwaltungsrecht

1. Anknüpfung des Verwaltungsrechts an privatrechtliche Tatbestände

Das Verwaltungsrecht kann eine verwaltungsrechtliche Rechtsfolge davon abhängig machen, dass gewisse privatrechtliche Tatbestände erfüllt sind. Es ist allerdings zu beachten, dass nicht in allen Fällen der Begriff oder Tatbestand im Verwaltungsrecht gleich ausgelegt wird.

2. Verweisung des Verwaltungsrechts auf Normen des Privatrechts

Die Normen, die aus dem Privatrecht übernommen werden und im Rahmen einer verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung zur Anwendung kommen, gelten nicht als Privatrecht, sondern als subsidiäres öffentliches Recht.

3. Analoge Anwendung des Privatrechts zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht

Sekundär kann Privatrecht zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht angewendet werden.

§6 Zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich des Verwaltungsrechts

I. Zeitlicher Geltungsbereich

1. Inkrafttreten von Erlassen

Das Inkrafttreten eines Erlasses bedeutet den Beginn der rechtlichen Wirkungen eines Erlasses. Der Zeitpunkt ist grundsätzlich durch den Erlass selber festzusetzen. Sehr häufig erfolgt bei Gesetzen eine Delegation an die Exekutive, welche zur Bestimmung des Zeitpunktes des Inkrafttretens ermächtigt wird. Verordnungen bestimmen in der Regel in ihren Übergangs- und Schlussbestimmungen selbst den Zeitpunkt des Inkrafttretens. Aus rechtsstaatlichen Gründen gilt der Grundsatz, dass

Rechtsetzungserlasse erst nach ihrer Publikation in der Gesetzessammlung für den Bürger verbindlich werden.

2. Ausserkrafttreten von Erlassen

Befristete Erlasse treten mit Ablauf der Frist ausser Kraft. Unbefristete Erlasse werden durch Erlasse gleicher oder höherer Stufe ausser Kraft gesetzt werden. Dabei ist zu unterscheiden zwischen materieller (neuer Erlass deckt sich mit älterem Recht oder widerspricht diesem; durch Auslegung zu bestimmen) und formeller (Erlass gleicher oder höherer Stufe hebt den älteren Erlass ausdrücklich auf) Aufhebung.

3. Anwendung von neuem Recht auf hängige Verfahren

Grundsätzlich muss die Frage vom Gesetz beantwortet werden. Ein Gesetz, das neu in Kraft tritt, sollte eine übergangsrechtliche (intertemporale) Regelung enthalten. Fehlt die gesetzliche Regelung, sollten Rechtsänderungen nach dem erstinstanzlichen Entscheid nur dann berücksichtigt werden, wenn die Rechtsänderung auch einen Widerruf rechtfertigen würde. Die Grenze wird durch den Grundsatz von Treu und Glauben gesetzt.

4. Rückwirkung

Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor dem Inkrafttreten dieses Rechtes verwirklicht hat. Es gilt der Grundsatz, dass Rückwirkung verboten ist. Ausnahmsweise ist Rückwirkung zulässig, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Rückwirkung muss ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt sein
- Die Rückwirkung muss zeitlich mässig sein
- Die Rückwirkung ist nur zulässig, wenn sie durch triftige Gründe gerechtfertigt ist
- Die Rückwirkung darf keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken
- Die Rückwirkung darf keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte darstellen

Es gibt zwei Fälle von unechter Rückwirkung: eine Rückwirkung ist unecht wenn entweder neues Recht auf zeitlich offene Dauersachverhalte angewendet wird oder neues Recht auf mehrgliedrige Sachverhalte angewendet wird (z.B. Steuern, die das Einkommen des letzten Jahres berücksichtigen müssen). Die unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, ausser wenn sie in wohlerworbene Rechte eingreift oder mit dem Vertrauensgrundsatz kollidiert.

5. Vorwirkung

Die vorwirkende Rechtswirkung kann sich dahingehend äussern, dass zukünftiges Recht wie geltendes Recht angewendet wird (positive Vorwirkung; Gesetzmässigkeit?!) oder dass die Anwendung des alten Rechts ausgesetzt wird, bis das neue in Kraft tritt (negative Vorwirkung; formelle Rechtsverweigerung?!). Die positive Vorwirkung ist grundsätzlich unzulässig, die negative hingegen beschränkt zulässig. Die negative Vorwirkung ist nur zulässig, wenn sie vom geltenden Recht vorgesehen ist. Die Schranke liegt bei der formellen Rechtsverweigerung.

II. Räumlicher Geltungsbereich

Grundsätzlich gilt das Territorialitätsprinzip, welches besagt, dass öffentliches Recht nur in dem Staat Rechtswirkung entfaltet, der es erlassen hat. Dies gilt auch bezüglich der Gemeinden und Kantonen. Dazu stellt sich weiter die Frage der Anknüpfung: Welchem Gemeinwesen ist ein Sachverhalt zuzuordnen? Es besteht keine einheitliche Regelung zur Klärung dieser Frage, aber massgeblich kann folgendes sein:

- Wohnsitz, Niederlassung oder Aufenthalt
- Ort der gelegenen Sache
- Ort der Ausübung einer Tätigkeit
- Bürgerrecht

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

§7 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung

I. Sinn und Funktionen des Gesetzmässigkeitsprinzips

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip) sieht vor, dass alles Verwaltungshandeln ans Gesetz gebunden sein muss. Dies ist vergleichbar mit dem Grundsatz des Strafrechts: nullum crimen, nulla poena sine lege. Die einzelnen Funktionen dieses Grundsatzes sind:

- Gewährleistung von Rechtssicherheit (rechtsstaatliche Funktion): Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns
- Gewährleistung von Rechtsgleichheit (rechtsstaatliche Funktion): ähnlich gelagerte Fälle werden gleich entschieden; Willkür ist ausgeschlossen
- Schutz der Freiheit des Bürgers vor staatlichen Eingriffen (rechtsstaatliche Funktion): die von der Verfassung gewährleisteten Freiheitsrechte dürfen nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden
- Demokratische Legitimation des Verwaltungshandelns (demokratische Funktion)

II. Rechtsgrundlage

bv....

III. Allgemeine Umschreibung des Inhalts des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit

Das Legalitätsprinzip beinhaltet sowohl das Erfordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform.

IV. Erfordernis des Rechtssatzes

Staatstätigkeit darf nur auf Grund und nach Massgabe von generell-abstrakten Normen ausgeübt werden, die genügend bestimmt sind. Das Erfordernis des Rechtssatzes (Regelung, die an eine unbestimmte Zahl von Adressaten gerichtet ist und eine unbestimmte Zahl von Fällen regelt und welche die Rechte und Pflichten der Bürger begründet oder die Organisation, Zuständigkeit oder Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regelt, vgl. **GVG 5 II**) dient den Funktionen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit. Der Rechtssatz muss genügend bestimmt sein. D.h. 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 der Gewissheit erkennen kann.

V. Erfordernis der Gesetzesform

Die wichtigen Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, müssen in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein. Als gesetzliche Grundlage kommen zum Teil auch Verordnungen in Frage. Dabei haben gesetzesvertretende Verordnungen die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation zu erfüllen. Vollziehungsverordnungen dürfen keine wesentlich neuen Rechte und Pflichten begründen. Dafür, dass eine Rechtsnorm wichtig ist, sprechen folgende Indizien:

- Intensität des Eingriffs
- Zahl der von einer Regelung Betroffenen
- Finanzielle Bedeutung
- Akzeptierbarkeit
- Flexibilitätsbedürfnis (bei ständiger Veränderung lieber kein Gesetz im formellen Sinn)
- Eignung der entscheidenden Behörde

Unter der Gesetzesdelegation ist die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen zu verstehen. Dabei werden zwei Arten unterschieden: Delegation vom übergeordneten an ein untergeordnetes Gemeinwesen und Delegation vom Gesetzgeber an den Verordnungsgeber, insb. an ein Organ der Exekutive oder der Justiz, im gleichen Gemeinwesen. Hier wird nur die Gesetzesdelegation von der Bundesversammlung an den Bundesrat und vom kantonalen Gesetzgeber an die kantonale Exekutive behandelt. Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Exekutive stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und eine Einschränkung der demokratischen Rechte dar. Lehre und Praxis anerkennen heute die grundsätzliche Zulässigkeit der Gesetzesdelegation an die Exekutive, legen aber Wert darauf, Grenzen zu ziehen, welche eine Aushöhlung der gewaltenteilenden und demokratischen Verfassungsordnung verhindern sollen. Folgende vier Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

- Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein
- Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein
- Die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken
- Die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigsten Grundsätze, müssen in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt sein

Das Problem der Gesetzesdelegation stellt sich nur, wenn sich der Verwaltungsakt nicht auf ein Gesetz im formellen Sinn, sondern auf eine Verordnung, stützt und auch dann nur, wenn es sich bei der Verordnung um eine unselbständige handelt. Selbständige Verordnungen kann die Exekutive kraft der Ermächtigung durch die Verfassung in eigener Kompetenz erlassen.

VI. Geltungsbereich des Gesetzmässigkeitsprinzips

Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt für sämtliche Bereiche und Arten der Verwaltungstätigkeit.

1. Geltung für Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Das Legalitätsprinzip gilt heute sowohl für die Eingriffs- als auch für die Leistungsverwaltung, wobei die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes und an das Erfordernis der Gesetzesform in der Leistungsverwaltung im Allgemeinen weniger streng sind.

2. Geltung für Bund, Kantone und Gemeinden

Das Legalitätsprinzip gilt für die Gemeinwesen aller Stufen. Bund, Kantone und Gemeinden sind an sämtliche Erlasse des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gebunden. Eine Ausnahme ergibt sich nur für den Fall, dass der Bund bzw. der Kanton eine ihm von Verfassung und Gesetz übertragene Aufgabe nicht erfüllen könnte, falls er an die kantonalen bzw. kommunalen Vorschriften gebunden wäre.

3. Geltung für alle Arten von Verwaltungstätigkeit

Das Legalitätsprinzip gilt für die gesamte Verwaltungstätigkeit. Hauptanwendungsfall ist, dass eine Verfügung auf ihre Gesetzmässigkeit hin überprüft wird.

4. Einschränkungen des Gesetzmässigkeitsprinzips

- Regelung der Benutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch: öffentliche Sachen im Gemeingebrauch (z.B. Strassen) stehen der Allgemeinheit zur Verfügung. Nicht mehr durch den Zweck abgedeckt ist der sog. gesteigerte Gemeingebrauch oder die sog. Sondernutzung. Aufgrund seiner Sachherrschaft kann das zuständige Gemeinwesen auch ohne gesetzliche Grundlage den gesteigerten Gemeingebrauch bewilligungspflichtig und die Sondernutzung konzessionspflichtig erklären.
- Polizeinotverfügungen und Polizeinotverordnungen: Aufgrund der Polizeigeneralklausel kann das zuständige Gemeinwesen bei zeitlicher Dringlichkeit auch ohne gesetzliche Grundlage Massnahmen treffen, die dazu dienen, eine unmittelbar drohende, direkte, schwere und ernsthafte Gefahr abzuwehren.
- Personen in einem Sonderstatusverhältnis: Für die Regelung der Rechte und Pflichten von Personen im Sonderstatusverhältnis werden an die gesetzlichen Grundlagen nur reduzierte Anforderungen gestellt.
- Abgaberecht: Abgaben dürfen nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage erhoben werden. Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage dürfen jedoch herabgesetzt werden, wo dem Bürger die Überprüfung der Gebühr auf ihre Rechtmässigkeit anhand von verfassungsmässigen Prinzipien, insb. des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips, ohne weiteres möglich ist.

VII. Gesetzmässigkeit, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

1. Allgemeines

Da das Gesetz nicht alle zukünftigen Entwicklungen berücksichtigen kann, muss das Prinzip der Gesetzmässigkeit erweitert werden; Es kommen sog. offene Normen zum Zuge, die den Behörden Ermessen einräumen oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Diese dienen damit der Einzelfallgerechtigkeit und ergänzen insoweit das Legalitätsprinzip.

2. Begriff und Arten des Ermessens

Ermessen ist ein Entscheidungsspielraum der Behörden. In der Regel ist dieser Freiraum dadurch gekennzeichnet, dass die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen oder die Wahl, ob überhaupt eine Rechtsfolge entstehen soll, gewährt wird. Ein weiteres Merkmal des Ermessens ist, dass die

Verwaltungsgerichte die Ermessensbetätigung (zumindest grundsätzlich) nicht überprüfen können (sonst würde der Freiraum ja keinen Sinn machen). Es gibt nun unterschiedliche Arten von Ermessen:

- Entschliessungsermessen: Entscheid, ob eine Massnahme zu treffen sei oder nicht, vor allem Kann-Vorschriften
- Auswahlermessen: Wahl zwischen verschiedenen Massnahmen oder nähere Ausgestaltung einer Massnahme
- Tatbestandsermessen: Wahl, ob die Behörden einen Tatbestand als erfüllt betrachten oder nicht; die ersten zwei Ermessensarten sind dagegen Rechtsfolgerneremessensarten

Die Frage, ob eine bestimmte Norm den Verwaltungsbehörden Ermessen einräumt, ist auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln. Sie ist immer Rechtsfrage. Es können drei Arten von Einräumung von Ermessen unterschieden werden:

- Das Gesetz kann die Behörden ausdrücklich zum Handeln nach Ermessen ermächtigen
- Das Ermessen kann durch eine Kann-Vorschrift eingeräumt werden
- Der Gesetzgeber kann auch andere offene Formulierungen wählen, wie „nach Möglichkeit“, „soweit zumutbar“, etc.

Auch bei Entscheiden nach Ermessen sind die Behörden an die Verfassung gebunden. Insb. müssen sie die Grundsätze der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit und der Wahrung der öffentlichen Interessen wahren. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Es herrscht auch Begründungszwang.

3. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt (z.B. „Gefährdung der Sittlichkeit“, „Eignung“ eines Bewerbers). Sowohl beim Ermessen als auch beim unbestimmten Rechtsbegriff liegen offene Formulierungen vor, die den Verwaltungsbehörden Entscheidungsspielraum einräumen. Es stellt sich also die Frage nach den Unterschieden. Die Unterscheidung ist wichtig für die Frage des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte. Den Verwaltungsgerichten steht nur eine Rechtskontrolle zu. Eine Überprüfung der Ermessensbetätigung ist dagegen nur ausnahmsweise zulässig. Die unbestimmten Rechtsbegriffe sind hingegen der Auslegung zugänglich. Diese Auslegung durch die Verwaltungsbehörden kann von den Verwaltungsgerichten überprüft werden. zur Unterscheidung werden folgende Kriterien benutzt:

- Theorie der einzig richtigen Entscheidung: Diese veraltete Theorie besagt, dass bei einem unbestimmten Rechtsbegriff nur eine einzige richtige Lösung gewählt werden kann
- Unterschied zwischen Tatbestand und Rechtsfolge: Diese nur schwer umsetzbare Theorie besagt, dass der unbestimmte Rechtsbegriff den Tatbestand betreffe und das Ermessen die Rechtsfolge
- Abstellen auf die Rechtsschutzwürdigkeit: Massgeblich ist, ob die Anwendung einer offenen Normierung vom Richter soll überprüft werden können oder nicht. Bei jeder

offenen Normierung ist zu prüfen, ob eine richterliche Überprüfung sinnvoll ist und ob das Verwaltungsgericht geeignet ist, die Anwendung der Norm zu überprüfen.

Auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen soll sich der Richter mit der Überprüfung zurückhalten. Dafür sprechen besonders folgende Gründe:

- Zusammenhang mit den örtlichen Verhältnissen
- Technizität der Frage
- grössere Nähe und Vertrautheit der Verwaltungsbehörden mit den tatsächlichen Verhältnissen

Das Bundesgericht gewährt den Verwaltungsbehörden auch bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen einen gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum. Das Bundesgericht greift erst ein, wenn die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes als nicht mehr vertretbar erscheint.

4. Ermessensfehler

- Unangemessenheit: Der Entscheid liegt zwar innerhalb des Ermessensspielraumes, ist aber unzweckmässig. Es liegt keine Rechtsverletzung vor
- Ermessensmissbrauch: Die Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens sind zwar beachtet worden, aber das Ermessen erfolgt willkürlich und rechtsungleich. Es liegt eine Rechtsverletzung vor (OG 104 lit. a).
- Ermessensüberschreitung: Das Ermessen wird in einem Bereich ausgeübt, der kein Ermessen vorsieht. Es liegt eine Rechtsverletzung vor
- Ermessensunterschreitung: Die entscheidende Behörde betrachtet sich als gebunden, obschon ihr das Gesetz ein Ermessen einräumt. Es liegt eine Rechtsverletzung vor

5. Rechtliche Beurteilung der Ermessensfehler

Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensunterschreitung stellen qualifizierte Ermessensfehler dar, die vom Verwaltungsgericht kontrolliert werden können. Solche Entscheide können und müssen von den Verwaltungsgerichten aufgehoben werden. Amtet dagegen eine Verwaltungsbehörde als Rechtsmittelinstanz, so ist diese in der Regel nicht auf die blosse Rechtskontrolle beschränkt. Sie kann den Entscheid einer untergeordneten Behörde auch auf seine Angemessenheit hin überprüfen und einen unangemessenen Entscheid aufheben. Die Verwaltungsbehörden auferlegen sich dabei jedoch meist grosse Zurückhaltung.

6. Ermessen und Gesetzesdelegation

Einräumung von Ermessen und Gesetzesdelegation haben gemeinsam, dass der Gesetzgeber einen gewissen Freiraum offenlässt. Ermessen beschäftigt sich aber mit der Rechtsanwendung, während die Gesetzesdelegation eine Behörde ermächtigt, Normen aufzustellen. Die Problemstellung ist also

eine ganz andere. Bei der Gesetzesdelegation steht im Zentrum die Frage der Voraussetzungen der Zulässigkeit der Delegation und beim Ermessen das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit.

VIII. Gesetzmässigkeitsprinzip und Sonderstatusverhältnis („Besonderes Rechtsverhältnis“)

Ein Sonderstatusverhältnis liegt vor, wenn eine Person in einer engeren Rechtsbeziehung zum Staat steht als die übrigen Bürger und sich daraus für sie besondere Pflichten und Einschränkungen der Freiheitsrechte ergeben (z.B. Militärpersonen, Schüler). Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit gilt auch für diese besonderen Verhältnisse, jedoch sind die Anforderungen weniger streng. Beim Erfordernis des Rechtssatzes sind die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes weniger streng. Bezüglich des Erfordernisses der Gesetzesform muss verlangt werden, dass die Voraussetzungen für die Begründung des Sonderstatusverhältnisses in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt werden. Ebenfalls einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn bedürfen schwere Eingriffe in die Freiheitsrechte. In der Praxis finden sich allerdings nicht selten Regelungen, die diesen Anforderungen nicht voll entsprechen.

§8 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit

I. Rechtsgrundlage, Inhalt und Bedeutung des Gleichheitsprinzips

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

II. Anspruch auf materielle Gleichbehandlung

1. Grundsatz

Der Anspruch auf materielle Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten nach einem gleichen Massstab für die einzelnen Bürger festzusetzen sind. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.

2. Bedeutung bei der Rechtsetzung

Ein Erlass verletzt den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht

ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Eine unterschiedliche Regelung des gleichen Tatbestandes in verschiedenen Kantonen oder Gemeinden verletzt in der Regel das Rechtsgleichheitsgebot nicht. Dies ist eine Konsequenz der Eigenständigkeit der Kantone bzw. der Gemeindeautonomie. Nicht zulässig ist dagegen die ungleiche Behandlung von Einwohnern eines Kantons je nach ihrem Bürgerrecht. Hingegen ist die unterschiedliche Behandlung nach Wohnsitz in jenen Fällen zulässig, in denen der Wohnsitz für die zu regelnde Frage von Bedeutung ist.

3. Bedeutung bei der Rechtsanwendung

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht im Zweifelsfalle dem Rechtsgleichheitsprinzip vor. Wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das einem Bürger, der sich in der gleichen Lage befindet, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls von dieser Norm abweichend behandelt zu werden. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die abweichende Behandlung lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen erfolgt ist. Besteht hingegen eine eigentliche gesetzeswidrige Praxis und lehnt es die Behörde ab, diese aufzugeben, so kann der Bürger verlangen, dass die widerrechtliche Begünstigung, die Dritten zuteil wurde, auch ihm gewährt werde.

III. Praxisänderung

Der Grundsatz der Rechtssicherheit und das Gleichheitsprinzip stehen einer Änderung der Praxis nicht im Wege, sofern sie auf sachlichen Gründen beruht. Es sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

- Es müssen ernsthafte und sachliche Gründe für die Praxisänderung sprechen. Eine Begründung lässt sich insb. im Hinblick auf die künftige Entwicklung und die damit verbundenen Gefahren rechtfertigen
- Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung muss gegenüber demjenigen der Rechtssicherheit überwiegen
- Die Änderung muss grundsätzlich erfolgen.
- Die Praxisänderung darf keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen

IV. Willkürverbot

Willkür liegt erst vor, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist. Dies ist besonders dann der Fall, wenn er mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider läuft. Willkürliche Rechtsanwendung wird daher in folgenden Fällen angenommen:

- bei offensichtlicher Gesetzesverletzung
- bei offensichtlicher Missachtung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes oder des tragenden Grundgedanken eines Gesetzes
- bei groben Ermessensfehlern
- wenn ein Entscheid an einem inneren, nicht auflösbaren Widerspruch leidet
- im Falle eines stossenden Widerspruchs zum Gerechtigkeitsgedanken

Massgeblich ist dabei nur der objektive Tatbestand. Es muss also nicht nachgewiesen werden, dass die betroffene Behörde z.B. böswillig handelte. Die Willkür unterscheidet sich insofern vom Gleichbehandlungsgebot, als dass nur ein Anwendungsfall mit dem betreffenden Rechtssatz verglichen wird, und nicht mehrere Anwendungsfälle miteinander. Daher kann Willkür auch vorliegen, obwohl das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt wurde.

V. Verbot der formellen Rechtsverweigerung

1. Grundsatz

Formelle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn formelle Rechtssätze (Form- oder Verfahrensgrundsätze) verletzt werden, die sicherstellen sollen, dass der Bürger seine materiellen Rechtsansprüche durchsetzen kann. Sie bildet also das Gegenstück zur materiellen Rechtsverweigerung.

2. Verweigerung oder Verzögerung eines Rechtsanwendungsaktes

Das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Eine Rechtsverweigerung ist sodann nur möglich, wenn ein Anspruch des Bürgers auf Behandlung seines Begehrens besteht (z.B. nicht Aufsichtsbeschwerde oder Petition).

3. Unrichtige Zusammensetzung der Behörde

Der Bürger hat Anspruch darauf, dass die Behörden in einem ihn betreffenden Verfahren ordnungsgemäss zusammengesetzt sind und die Ausstands- und Ablehnungsgründe beachtet werden.

4. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Weiter hat der Bürger Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser besteht im Anspruch des Bürgers, in einem Verfahren mit seinem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung zu nehmen.

5. Überspitzter Formalismus

Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung. Sie liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt.

§9 Der Grundsatz des öffentlichen Interesses

I. Der Begriff des öffentlichen Interesses

1. Schwierigkeit einer allgemeinen Umschreibung

Das öffentliche Interesse ist die allgemeine Voraussetzung für jede staatliche Tätigkeit. Der Staat hat das Wohl der Allgemeinheit zu schützen und zu fördern und die Anliegen der staatlichen Gemeinschaft wahrzunehmen. Der Begriff des öffentlichen Interesses lässt sich jedoch nicht in eine Definition packen; ist also ein unbestimmter Rechtsbegriff.

2. Zeitliche und örtliche Wandelbarkeit

Der Begriff unterliegt zudem einer zeitlichen und örtlichen Wandelung.

3. Kasuistik

Im Folgenden werden die wichtigsten Gruppen von öffentlichen Interessen aufgeführt. Dabei zeigt sich, dass öffentliche Interessen sowohl materieller als auch ideeller Natur sein können:

- Polizeiliche Interessen: Im polizeilichen Interesse sind staatliche Massnahmen, die dem Schutz der Polizeigüter (öffentliche Ordnung und Sicherheit, öffentliche Ruhe, Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) dienen.
- Planerische Interessen
- Soziale und sozialpolitische Interessen
- Weitere öffentlichen Interessen (Umweltschutz, Gewässerschutz, Natur- und Heimatschutz, Tierschutz)

4. Fiskalische Interessen

Auch die fiskalischen Interessen (finanzielle Interessen des Staates) lassen sich zu den öffentlichen Interessen zählen, was jedoch umstritten ist. Sicher rechtfertigen sie keinen Eingriff in Freiheitsrechte.

II. Rechtsgrundlage

Verschiedene Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen nennen das öffentliche Interesse ausdrücklich als Voraussetzung und Massstab staatlichen Handelns.

III. Geltungsbereich

Der Grundsatz des öffentlichen Interesses bindet in umfassender Weise alle drei Staatsgewalten. Der Grundsatz des öffentlichen Interesses gilt für das gesamte Verwaltungsrecht, nicht nur für die Eingriffsverwaltung. Die Verwaltungsbehörden haben sowohl im hoheitlichen als auch im nicht-hoheitlichen Tätigkeitsbereich den Grundsatz des öffentlichen Interesses zu befolgen. Sogar dort, wo das Gemeinwesen privatrechtlich auftritt, hat es den Grundsatz des öffentlichen Interesses zu befolgen. Der wichtigste Anwendungsbereich ist nach wie vor die Beschränkung der Freiheitsrechte.

IV. Abwägung zwischen öffentlichem und entgegenstehenden privatem Interesse

Im Falle einer derartigen Interessenskollision muss eine wertende Gegenüberstellung und eine Interessenabwägung stattfinden. Es kann auch vorkommen, dass sich in einem Fall verschieden gerichtete öffentlichen Interessen gegenüberstehen. Folgendes ist möglich:

- Ein Eingriff in grundrechtlich geschützte Güter des Bürgers bedingt nicht nur ein Abwägen zwischen öffentlichen und gegenläufigen privaten Interessen. Da der Schutz der Grundrechte auch im öffentlichen Interesse liegt, findet gleichzeitig auch eine Gewichtung verschiedener öffentlicher Interessen statt
- Auch bei Rücknahme oder Widerruf von Verfügungen oder bei Praxisänderungen ist zwischen Rechtssicherheit und der richtigen Durchführung objektiven Rechts abzuwägen
- Eine Interessenskollision kann ferner durch unterschiedliche staatliche Zielsetzungen hervorgerufen werden
- Einander widersprechen können sich sodann die Interessen verschiedener Gebietskörperschaften (Bund, Kantone, Gemeinden)

§10 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

I. Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen, und dass sie in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, welche dem Bürger auferlegt werden.

II. Rechtsgrundlage

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat zwar Verfassungsrang, kann aber nicht als selbständiger Anspruch geltend gemacht werden, sondern nur zusammen mit einem verfassungsmässigen Recht.

III. Geltungsbereich

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

IV. Die drei Elemente des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

1. Eignung der Massnahme („Geeignetheit“)

Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Zu prüfen ist also die Zwecktauglichkeit der Massnahme.

2. Erforderlichkeit der Massnahme

Die Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Es gibt verschiedene Aspekte dieses Grundsatzes:

- 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 verknüpfte Auflage oder Bedingung herbeigeführt werden kann.
- Erforderlichkeit in räumlicher Beziehung: Eingriffe dürfen räumlich nicht übermässig sein

- Erforderlichkeit in zeitlicher Hinsicht: Ein Eingriff darf nur solange andauern, als es notwendig ist, um das damit angestrebte Ziel zu erreichen.
- Erforderlichkeit in personeller Beziehung: 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 können (z.B. Altersbegrenzung für Kinobesucher, statt Verbot des Filmes). Zudem sind Verwaltungsmassnahmen, für die mehrere mögliche Adressaten in Frage kommen, gegen diejenigen zu richten, denen sie am ehesten zuzumuten sind. Polizeiliche Massnahmen haben sich deshalb grundsätzlich nur gegen die Störer zu richten (sog. Störerprinzip).

3. 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. Der staatliche Eingriff muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.

§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 vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Für den Bereich des öffentlichen Rechts bedeutet dies, dass die staatlichen Behörden und die Bürger in ihren Rechtsbeziehungen gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen haben. Der umfassende Grundsatz von Treu und Glauben äussert sich im Verwaltungsrecht vor allem in zwei Ausprägungen:

1. In der Form des sog. Vertrauensschutzes verleiht er dem Bürger einen Anspruch auf Schutz seines berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden.
2. Als Verbot widersprüchlichen Verhaltens und als Verbot des Rechtsmissbrauchs verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben sowohl den staatlichen Behörden, wie auch dem Bürger, sich in ihren öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten.

II. Rechtsgrundlagen

ZGB 2 I begründet den Anspruch auf Treu und Glauben. Er wird als so wichtig betrachtet, dass er auf alle Rechtsgebiete Anwendung findet. Der Vertrauensschutz wird als verfassungsmässiges Recht angesehen.

III. Grundsatz des Vertrauensschutzes

1. Verhältnis des Vertrauensschutzes zu anderen Verfassungsgrundsätzen

- Vertrauensschutz und Rechtssicherheit: Diese zwei Grundsätze sind eng verwandt, unterscheiden sich aber dadurch, dass der Vertrauensschutz aus Treu und Glauben das individuelle Verhalten eines Bürgers schützt, während die Rechtssicherheit ein generelles Verhalten eines Bürgers schützt
- Vertrauensschutz und Legalitätsprinzip: Zwischen diesen beiden Grundsätzen besteht ein Spannungsverhältnis. Sie können sich z.B. in einem konkreten Fall, in dem eine Behörde einem Bürger eine vom Gesetz abweichende Zusicherung gegeben hat, auf die er sich verlassen durfte, gegenüberstehen. In diesem Fall hat eine Interessenabwägung stattzufinden. Ansonsten geht das Legalitätsprinzip vor (mit Ausnahmen).

2. Voraussetzungen des Vertrauensschutzes

Der Vertrauensschutz bedarf zunächst einer Vertrauensgrundlage. darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das beim betroffenen Bürger gewisse Erwartungen auslöst. Der Bürger soll sich auf eine Verfügung oder einen Entscheid verlassen können. Eine Vertrauensgrundlage stellt auch die in einer Verfügung oder in einem Entscheid enthaltene, fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung dar. Auch auf Verwaltungsrechtliche Verträge soll sich der Bürger verlassen können. Zur Problematik von Auskünften und Zusagen wird später Stellung bezogen. Schliesslich kann sich der Bürger auch auf die beständige Verwaltungs- und Gerichtspraxis berufen, vor allem, was Grundsatzentscheide betrifft. der Vertrauensschutz fordert bei Praxisänderungen (vor allem bei solchen, die sich auf Fristen, Formvorschriften oder die Zulässigkeit von Rechtsmitteln beziehen, welche die Verwirkung von Rechten nach sich ziehen können) eine vorgängige Ankündigung durch die Behörden.

In der Regel vermögen Rechtssetzungsakte keine Vertrauensgrundlage darzustellen. Das Vertrauensprinzip sollte aber dann angerufen werden können, wenn der Bürger durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwerwiegender Weise in seinen gestützt auf die bisherige gesetzliche Regelung getätigten Dispositionen getroffen wird und keine Möglichkeit der Anpassung hat. Hier ergibt sich u.U. ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung. Auch Raumpläne vermögen keine Vertrauensgrundlage darzustellen, ausser sie wurden für eine bestimmte Dauer zugesichert.

Zweitens kann sich nur auf Vertrauensschutz berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen.

Drittens kann sich nur auf Vertrauensschutz berufen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann.

Selbst wenn diese drei Voraussetzungen des Vertrauensschutzes (Vertrauensgrundlage, Vertrauen in das Handeln der staatlichen Behörde, Vertrauensbetätigung) erfüllt sind, kann der Vertrauensschutz aberkannt werden, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse dagegen steht.

4. Unrichtige behördliche Auskünfte im Besonderen

Grundsätzlich ist zu beachten, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit vorgeht. Die Voraussetzungen der Rechtswirkungen von unrichtigen behördlichen Auskünften sind:

- Eignung der Auskunft zur Begründung von Vertrauen: Notwendig ist eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit; eine ledigliche vage Absichtskundgabe oder ein Hinweis auf die bisherige Praxis genügt nicht. Unmassgeblich ist die Form der Auskunft
- Zuständigkeit der auskunfterteilenden Behörde: Grundsätzlich muss die Amtsstelle, welche die Auskunft gab, zur Auskunfterteilung zuständig gewesen sein. Soweit nicht eine besondere Regelung vorliegt, gilt die zum Entscheid zuständige Behörde auch als zuständige Auskunftsbehörde.
- Vorbehaltlosigkeit der Auskunft: Nicht schutzwürdig ist das Vertrauen eines Bürgers in eine Auskunft, wenn die Behörde wenigstens dem Sinn nach klar zum Ausdruck bringt, dass sie sich nicht festlegen will.
- Unrichtigkeit der Auskunft nicht erkennbar: Geschützt wird nur der gutgläubige Bürger.
- Nachteilige Disposition aufgrund der Auskunft: Die Disposition muss unwiderruflich oder irreversibel sein oder zu Schaden führen. Kausalität zwischen Auskunft und Disposition ist erforderlich
- 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

5. Rechtswirkungen des Vertrauensschutzes

Die Verletzung des Vertrauensschutzes kann im Wesentlichen zwei Rechtsfolgen herbeiführen: Bestandesschutz (Bindung der Behörden an die Vertrauensgrundlage) oder Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat. Der Entschädigungsanspruch kommt jedoch nur subsidiär zum Tragen. Im Einzelnen sind folgende Rechtsfolgen möglich:

- Bindung an die Vertrauensgrundlage: Auskünfte und Zusagen werden trotz Unrichtigkeit verbindlich, Verfügungen können nicht mehr zurückgenommen oder widerrufen werden, eine Praxisänderung oder Planänderung unterbleibt oder gesetzwidrigen Verordnungen kommt Verbindlichkeit zu
- Wiederherstellung von Fristen

- Entschädigung von Vertrauensschäden
- Übergangsregelungen

IV. Verbot widersprüchlichen Verhaltens

1. Verbot widersprüchlichen Verhaltens der Verwaltungsbehörden

Die Verwaltungsbehörde darf einen einmal gegenüber einem Bürger eingenommenen Standpunkt nicht mehr wechseln. Sie darf an die von ihr selbst veranlasste Vertrauensbetätigung auch keine Nachteile knüpfen.

2. Duldung eines rechtswidrigen Zustandes

Grundsätzlich hindert die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes die Behörde nicht an der späteren Behebung dieses Zustandes. Eine Vertrauensgrundlage, die der Wiederherstellung der Rechtmässigkeit ganz oder teilweise entgegensteht, wird nur ausnahmsweise geschaffen.

3. Verbot widersprüchlichen Verhaltens des Bürgers

Widersprüchliches Verhalten des Bürgers findet keinen Rechtsschutz. Widersprüchlich handelt derjenige, der eine gegebene Zusage oder Einwilligung, die zur Erlangung eines ihn begünstigenden Verwaltungsaktes geführt hat, später ausdrücklich oder stillschweigend in Abrede stellt.

V. Verbot des Rechtsmissbrauchs

Rechtsmissbrauch liegt insb. dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will.

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

I. Begriff der verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte

1. Die verwaltungsrechtlichen Pflichten

Der Begriff der Pflicht hat im Verwaltungsrecht zentrale Bedeutung, da der Staat dem Bürger mit Imperium gegenübersteht. dabei geht es meistens nicht um eine Gegenüberstellung von Rechten und Pflichten. Sowohl der Bürger als auch der Staat, d.h. natürliche und juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, können Träger verwaltungsrechtlicher Pflichten sein. Die Trägerschaft wird durch die einzelnen verwaltungsrechtlichen Erlasse bestimmt. Es gibt auch verwaltungsrechtliche Pflichten, die auf einem ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatz beruhen: Pflicht zu Leistung von Verzugszinsen und Rückforderung von grundlos erbrachten Leistungen (nicht verwirklichte oder nachträgliche weggefallene Gründe).

2. Die verwaltungsrechtlichen Rechte

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 Bürger stehen oft keine („subjektiven“) Rechte gegenüber. Hingegen stehen einige öffentlichrechtliche Ansprüche zur Verfügung. Ein öffentlichrechtlicher Anspruch ist eine sich aus dem öffentlichen Recht ergebende Berechtigung, zu deren Geltendmachung dem Berechtigten ein Rechtsmittel zur Verfügung steht (z.B. Freiheitsrechte, Recht auf Leistungen der Sozialversicherung). In vielen Fällen hat der Bürger keinen Rechtsanspruch, sondern er erhält nur gewisse Vorteile, die ihm aus der Anwendung des objektiven Rechts erwachsen; dabei liegt kein Recht des Bürgers vor (z.B. „Recht“ auf Benutzung von öffentlichen Strassen).

II. Begründung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten

- Begründung unmittelbar durch Rechtssatz: Die Verwaltungsbehörden müssen nicht tätig werden, damit ein genereller Rechtssatz für einen Bürger verpflichtend wirkt (z.B. Normen des SVG verpflichten den Verkehrsteilnehmer direkt)
- Begründung durch Verfügung: Die Pflichten und Rechte entstehen in diesem Fall erst durch die Konkretisierung des Rechtssatzes mittels einer Verfügung. Der Rechtssatz, welcher die Rechtsgrundlage für die Verfügung bildet, bindet den Bürger nur virtuell
- Begründung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag: Es liegt auch hier ein den Rechtssatz konkretisierender Rechtsanwendungsakt vor, durch den erst die verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte begründet werden

III. Beendigung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechten

1. Erfüllung

Die verwaltungsrechtliche Pflicht zu einer einmaligen Leistung geht mit deren richtigen Erfüllung unter. Andauernde Pflichten werden durch Erfüllung nicht beendet. ein Sonderfall der Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten liegt vor, wenn das öffentliche Recht den Bürger verpflichtet, einen privatrechtlichen Vertrag abzuschliessen.

2. Verjährung

Verjährung als allgemeiner Rechtsgrundsatz und kraft gesetzlicher Regelung: Die Verjährung ist im öffentlichen Recht als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt. Sie kann aber auch durch gesetzliche Regelung vorgesehen sein. Die Verjährung betrifft vermögensrechtliche und andere öffentlichrechtliche Ansprüche, sie gilt sowohl für das Gemeinwesen als auch für den Bürger.

Ausnahmen von der Verjährbarkeit: Ausnahmen von der Verjährbarkeit bestehen im Bereich der Polizeigüter: Pflichten, die sich aus polizeilichen Rechtsnormen ergeben, verjähren nicht.

Geltendmachung der Verjährung: Für das Privatrecht schreibt **OR 142** vor, dass der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Einrede hin berücksichtigen darf. 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 (Schutz des Bürgers)
- Forderungen des Bürgers: Wenn der Bürger Gläubiger ist, darf die Verjährung nur auf Einrede des Staates hin beachtet werden (Schutz des Bürgers)

Verjährungsfristen: Bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung der Verjährungsfristen ist auf öffentlichrechtliche Regelungen für verwandte Sachverhalte abzustellen. Fehlen solche, kann der Richter **OR 127f.** analog anwenden oder selbst eine Regelung aufstellen.

3. Verwirkung

Bei der Verwirkung geht das Recht selbst unter, falls nicht innerhalb der Verwirkungsfrist die gesetzlich vorgesehene Handlung vorgenommen wird. Eine Unterbrechung der Frist ist nicht möglich. Die Verwirkung ist von Amtes wegen zu beachten.

4. Verrechnung

Auch im öffentlichen Recht ist die Verrechnung von Geldforderungen grundsätzlich möglich, sofern sie nicht durch besondere gesetzliche Regelungen ausgeschlossen ist. Zu unterscheiden ist, ob die Verrechnung vom Staat oder vom Bürger erklärt wird. Die Verrechnung ist nicht von Amtes wegen zu beachten, es bedarf stets einer Verrechnungserklärung. Damit eine 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)
- Beide Forderungen müssen fällig sein

Das Gemeinwesen kann seine Forderungen mit Gegenforderungen der Bürger unabhängig davon zur Verrechnung bringen, ob die Forderungen oder die Gegenforderungen öffentlich- oder privatrechtlich sind. Der Bürger kann seine Forderungen gegenüber dem Gemeinwesen mit einer öffentlichrechtlichen Forderung des Gemeinwesens nur verrechnen, sofern das Gemeinwesen zustimmt. Für die Verrechnung seiner Forderungen mit privatrechtlichen Forderungen des Gemeinwesens bedarf es keiner Zustimmung des Gemeinwesens. Das Gemeinwesen ist also mit seinen öffentlichrechtlichen Forderungen privilegiert, indem es zu einer Verrechnung die Zustimmung erteilen muss.

5. Verzicht

Der zwingende Charakter des öffentlichen Rechts steht in einem Widerspruch mit der Verzichtbarkeit. Insb. kann das Gemeinwesen grundsätzlich nicht auf die Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht durch den Bürger verzichten. Auch der Bürger kann nicht ohne weiteres auf Rechte gegenüber dem Gemeinwesen verzichten. Unverzichtbar sind auf alle Fälle die Grundrechte und die prozessuale Rechte, da ihm diese zwar für individuelle private Zwecke, aber aus Gründen der öffentlichen Ordnung zuerkannt werden. Es gibt aber Ausnahmen vom Grundsatz der Unverzichtbarkeit:

- Verzichtbarkeit kraft gesetzlicher Anordnung
- Übertragbare Rechte: Der Bürger kann auf übertragbare Rechte (vermögensrechtliche Ansprüche gegenüber dem Gemeinwesen, z.B. Anspruch auf Entschädigung oder auf eine Baubewilligung) verzichten. Verzichtbarkeit und Übertragbarkeit sind Ausdruck der Verfügbarkeit über einen Anspruch und gehören in diesem Sinne zusammen

6. Beendigung durch Rechtssatz

Eine Änderung des Gesetzes bewirkt die unmittelbare Beendigung von Rechten und Pflichten, mit Ausnahme von wohlerworbenen Rechten.

7. Fristablauf bei Befristung

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

IV. Änderung verwaltungsrechtlicher Rechte und Pflichten

Verwaltungsrechtliche Pflichten und Rechte, die direkt durch Gesetz begründet worden, werden durch eine Gesetzesänderung abgeändert. Grenzen der Abänderbarkeit ergeben sich aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes, weshalb die Rückwirkung von geänderten Gesetzesbestimmungen selten ist.

Wenn verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten durch eine Verfügung begründet worden sind, stellt sich die Frage, ob sie wegen der Fehlerhaftigkeit der Verfügung, wegen der Änderung der

tatsächlichen Verhältnisse oder wegen Änderung der Rechtsgrundlagen geändert oder angepasst werden können. Eine fehlerhafte Verfügung, die noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen ist, kann von den Verwaltungsbehörden geändert werden. Betroffene Private können eine Änderung der ergangenen Verfügung auf dem Weg der Anfechtung der Verfügung geltend machen. Da Verfügungen in der Regel nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, können sie grundsätzlich von den Verwaltungsbehörden auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft widerrufen werden. Unter der Voraussetzung der Fehlerhaftigkeit der Verfügung ist die Änderung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage möglich. Ursprünglich fehlerhafte Verfügungen können im Rahmen einer Interessenabwägung (richtige Anwendung des Rechts – Rechtssicherheit) widerrufen werden. Die Änderung ursprünglich fehlerfreier Verfügungen muss anhand derselben Interessenabwägung beurteilt werden. Eine Änderung kommt nur in Betracht, wenn sich die der Verfügung zugrundeliegenden rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse seit Erlass wesentlich geändert haben. Die durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag begründeten Rechte und Pflichten können einerseits wegen Fehlerhaftigkeit des Vertrags (insb. bei Verletzung zwingender öffentlichrechtlicher Vorschriften), andererseits wegen stark veränderten Verhältnissen, die seit dem Vertragsabschluss eingetreten sind, abgeändert werden.

V. Übertragung verwaltungsrechtlicher Pflichten und Rechte

Die Übertragbarkeit ist im öffentlichen Recht grundsätzlich ausgeschlossen.

1. Rechte und Pflichten des Gemeinwesens und seiner Organe

Aufgrund der rechtssatzmässig festgelegten Zuständigkeitsordnung ist die freie Übertragung von Hoheitsrechten ausgeschlossen. Ein Subjektwechsel setzt hier stets eine gesetzliche Grundlage voraus.

2. Rechte und Pflichten des Privaten

Im Groben ist zu unterscheiden zwischen persönlichen (Hauptanwendungsfall), an eine Sache gebundenen und gemischten Rechten und Pflichten. Bei den persönlichen Rechten und Pflichten ist weiter zu unterscheiden:

- höchstpersönliche Rechte und Pflichten (z.B. Militärdienstpflicht) sind nicht übertragbar
- beschränkt übertragbare Pflichten: Bewilligungsbedürftige Übertragung (Bewilligungen und Konzessionen sind nur mit Zustimmung der Bewilligungs- oder Konzessionsbehörde übertragbar), formbedürftige Übertragung; es ist möglich, dass ein Gesetz die Frage der Übertragbarkeit verschieden regelt, je nachdem, ob die Übertragung einer Bewilligung durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden erfolgt oder 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 oder Besoldungsansprüche der Beamten. Nicht übertragbar sind u.a. Ansprüche aus Armenunterstützung oder Führerausweis.

- Zwangsweise Übertragung

Es gibt verwaltungsrechtliche Pflichten und Rechte, die so stark mit der Sache verknüpft sind (insb. Grundstücke), dass sie nur zusammen mit der Sache übertragen werden können. Zum Teil ist zudem eine behördliche Zustimmung erforderlich. Gemischte 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.

VI. Stellvertretung

Stellvertretung liegt vor, wenn kraft objektiven Rechts das Verhalten eines Rechtssubjekts (des Vertreters) einem anderen (dem Vertretenen) zugerechnet wird, so dass aus dem Verhalten des Vertreters der Vertretene verpflichtet und berechtigt wird. Die Stellvertretung bei der Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten oder bei der Ausübung verwaltungsrechtlicher Rechte ist zulässig, sofern nicht das Gesetz oder deren Natur das Tätigwerden einer bestimmten Person verlangen. Die Stellvertretung ist zulässig bei Geldleistungen oder kraft gesetzlicher Anordnung. Sie ist unzulässig bei Militärdienstpflicht, Pflichten der Beamten oder Rechten und Pflichten gestützt auf einen Fähigkeitsausweis.

§13 Begriff, Inhalt und Arten der Verfügung

I. Begriff der Verfügung

1. Definition

Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird.

2. Elemente des Begriff der Verfügung

- hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde: die Anordnung kann sich auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen beziehen. Sie ist hoheitlich und einseitig von den Behörden erlassen
- individuell-konkrete Anordnung: Die Verfügung ist Rechtsanwendung auf einen konkreten Fall und für einen individuellen Adressaten.
- Anwendung von Verwaltungsrecht: Die Verfügung ist eine Anordnung in Anwendung von Verwaltungsrecht. bei der erlassenden Behörde kann es sich um eine Verwaltungsbehörde oder um ein Organ der Legislative oder Exekutive handeln. Grundsätzlich kann jeder Träger öffentlicher Gewalt zum Erlass von Verfügungen ermächtigt sein. Dies trifft auch auf Private zu, soweit sie in Erfüllung von ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben handeln (z.B. Krankenkassen)
- Auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung: Eine Ausnahme davon, dass eine Verfügung Rechte und Pflichten begründet, ändert oder aufhebt, bildet die sog. Feststellungsverfügung, die lediglich bestehende Rechte und Pflichten autoritativ feststellt. Bei der Erfüllung von Verwaltungshandlungen gibt es auch verschiedene Handlungen, die nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet sind (z.B. Berichte).
- Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit

3. Abgrenzung zu Verwaltungshandlungen ohne Verfügungscharakter

Als Verwaltungshandlungen sind alle Handlungen zu betrachten, die ein Träger öffentlicher Gewalt bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ausübt. Eine Vielzahl dieser Verwaltungshandlungen hat keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Sie führen lediglich einen tatsächlichen Erfolg herbei. Man kann dabei unterscheiden:

- innerdienstliche Anordnungen: die innerdienstliche Anordnung ist eine Weisung der vorgesetzten Behörde an eine ihr unterstellte Behörde
- amtliche Berichte und Vernehmlassungen
- Auskünfte, Belehrungen, Empfehlungen und Rechnungsstellungen und Ermahnungen gegenüber Privaten
- Realakte und Vollzugshandlungen

II. Form der Verfügung

In der Regel bestehen gesetzliche Formvorschriften. Die Form, in der eine Verfügung erlassen und gegenüber dem Betroffenen eröffnet wird, bestimmt sich nach dem massgeblichen Verfahrensgesetz. Enthält dieses keine Regelung, so gilt der Grundsatz der freien Wahl der Form. Aus der Verletzung von Formvorschriften darf den Beteiligten keinerlei Nachteil erwachsen. Schwerwiegende Formfehler können die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge haben. Die Behörden tragen in jedem Fall die Beweislast dafür, dass die Verfügung erlassen und dem Betroffenen eröffnet worden ist.

Die Eröffnung der Verfügung, d.h. die individuelle Mitteilung des Erlasses und des Inhalts der Verfügung an den Betroffenen, ist eine empfangsbedürftige einseitige Rechtshandlung. Die Verfügung gilt als zugestellt, wenn sie vom Adressaten oder einer anderen hierzu berechtigten Person entgegengenommen oder in den Briefkasten des Adressaten eingeworfen ist.

III. Arten von Verfügungen

1. Rechtsgestaltende, verweigernde und feststellende Verfügung

- Durch eine rechtsgestaltende Verfügung werden verbindlich Rechte und Pflichten des Bürgers festgesetzt, geändert oder aufgehoben
- Unter einer verweigernden Verfügung ist eine Verfügung zu verstehen, mit welcher der Erlass einer rechtsgestaltenden Verfügung verweigert wird
- Durch die feststellende Verfügung werden keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben. Die feststellende Verfügung dient lediglich der Klärung der Rechtslage.

2. Mitwirkungsbedürftige Verfügung

Die Mitwirkung besteht darin, dass ohne die Zustimmung des Betroffenen die Verfügung nicht rechtswirksam ist. Das Fehlen der Zustimmung hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge. In der Regel wird die mitwirkungsbedürftige Verfügung erst auf Gesuch hin erlassen; das Gesuch beinhaltet bereits die Zustimmung (z.B. Bewilligungen).

IV. Nebenbestimmungen von Verfügungen

1. Zweck und Voraussetzungen von Nebenbestimmungen

Nebenbestimmungen sind Modalitäten einer Verfügung, die für die durch die Verfügung begründeten Rechte und Pflichten gelten. Nebenbestimmungen ermöglichen, die verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte entsprechend den konkreten Umständen auszugestalten. Der Begriff der Nebenbestimmung ist insoweit irreführend, als sie häufig einen wichtigen Bestandteil eines Verwaltungsrechtsverhältnisses ausmachen. Eine bedeutende Rolle spielen die Nebenbestimmungen vor allem bei der Erteilung von Bewilligungen. Dort erscheinen Nebenbedingungen als gerechtfertigt, sobald der Erlass der Verfügung verweigert werden könnte, wenn sie ohne Auflagen oder Bedingungen erlassen würde. Voraussetzungen für den Erlass von Nebenbestimmungen sind:

- Gesetzliche Grundlage: wo eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt, kann die Zulässigkeit aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, aus einem mit der Hauptanordnung in Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen.

Eine Bewilligung kann insb. dann mit einer Nebenbestimmung verbunden werden, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verweigert werden könnte (Verhältnismässigkeit!)

- Verhältnismässigkeit: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung

2. Arten von Nebenbestimmungen

- Befristung: Im Unterschied zur Bedingung hängt die Rechtswirksamkeit nicht von ungewissen Ereignissen ab
- Bedingung: Suspensivbedingung (Rechtswirksamkeit tritt mit Erfüllung der Bedingung ein) und Resolutivbedingung (Rechtswirksamkeit endet mit Erfüllung der Bedingung)
- Auflage: Eine Auflage ist die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden

V. Allgemeinverfügung

Die Allgemeinverfügung richtet sich nicht an individuelle Adressaten (z.B. Verkehrszeichen), jedoch regelt auch sie einen konkreten Sachverhalt. Die Allgemeinverfügung ist ein Zwischending zwischen Rechtssatz und Verfügung, rechtlich wird sie jedoch wie eine Verfügung behandelt. Obwohl die Allgemeinverfügung grundsätzlich wie ein Einzelakt zu behandeln ist, muss sie wie ein Gesetz akzessorisch auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden können.

VI. Der Raumplan

1. Arten von Raumplänen

- Richtplan: Der Richtplan ist das behördeninterne Planungsmittel, das die Richtlinien für die weitere raumplanerische Regelung, insb. für die Aufstellung von Nutzungs- oder Zonenplänen, darstellt.
- Nutzungs- oder Zonenplan: Der Nutzungsplan ist der Raumplan, durch welchen Zweck, Ort und Mass der Bodennutzung für ein bestimmtes Gebiet allgemein verbindlich festgelegt werden. Er besteht aus Nutzungsvorschriften, deren örtlicher Geltungsbereich mittels einer Karte in Parzellenschärfe bestimmt wird. Es werden drei Zonen unterschieden: Bauzone, Landwirtschaftszone und Schutzzone.

2. Rechtsnatur von Raumplänen

Die Richtpläne sind nur für die Behörden verbindlich, nicht dagegen für den Bürger. Sie können daher weder als Rechtssatz noch als Verfügung qualifiziert werden. Daraus folgt, dass bei Erlass von Richtplänen kein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht und dass der Richtplan weder der abstrakten noch der konkreten Normkontrolle unterliegt. Die Kantone können jedoch durch gesetzliche Anordnung ein Rechtsmittel vorsehen. Die Gemeinden können mit staatsrechtlicher Beschwerde geltend machen, ein Richtplan verletze ihre Gemeindeautonomie.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellen die Zonenpläne zwischen Rechtssatz und Verfügungen stehende Anordnungen dar (ähnlich den Allgemeinverfügungen). wegen ihrer Tragweite für den einzelnen Grundeigentümer hat dieser 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 Grundeigentümern angefochten werden.

§14 Änderung von Verfügungen

I. Rechtskraft von Verfügungen

1. Formelle Rechtskraft

Formelle Rechtskraft bedeutet, dass eine Verfügung vom Betroffenen nicht mehr mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Sie tritt ein, wenn eine der folgenden Voraussetzungen gegeben ist:

- wenn der Adressat ausdrücklich auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet
- wenn die Rechtsmittelfrist unbenutzt abgelaufen ist
- wenn die Verfügung in einem Verfahren erlassen wird, in dem gar kein Rechtsmittel erhoben werden kann bzw. die letzte Instanz über die Sache entschieden hat

2. Materielle Rechtskraft

Die materielle Rechtskraft bedeutet, dass die Verfügung materiell unabänderbar ist, also auch von den Verwaltungsbehörden nicht mehr widerrufen werden kann. Die materielle Rechtskraft setzt die Formelle voraus.

II. Voraussetzungen der Änderung von Verfügungen

1. Widerrufbarkeit der Verfügung

Die Verwaltungsbehörden können sogar Verfügungen, die formelle Rechtskraft erlangt haben, noch abändern. Sogar wenn ein Rechtsmittel ergriffen worden ist, ist die Verfügung noch abänderbar. So

erlangen diese keine materielle Rechtskraft. Die Initiative kann sowohl von den Behörden als auch vom Bürger ausgehen. Der Widerruf kann auch entweder durch die Behörde, die in der Sache entschieden hat, oder durch deren Aufsichtsbehörden erfolgen.

2. Kriterien für die Widerrufbarkeit von Verfügungen

Falls das Gesetz die Voraussetzungen des Widerrufs nicht ausdrücklich regelt, muss es zu einer Interessenabwägung kommen (richtige Anwendung objektiven Rechts – Rechtssicherheit). Nur die Abänderung von fehlerhaften Verfügungen kommt in Betracht, wobei die Fehlerhaftigkeit ursprünglich (die Verfügung ist von Anfang an mit einem Rechtsfehler behaftet) oder nachträglich (seit Ergehen der Verfügung ist eine Veränderung der Rechtsgrundlage oder eine erhebliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnissen eingetreten) sein kann. Der Widerruf stellt nur Probleme, wenn er zu Lasten des betroffenen Bürgers abgeändert werden muss.

3. Fälle von unwiderruflichen Verfügungen

Es gibt verschiedene Fälle, in denen Verfügungen unwiderrufbar werden, also materielle Rechtskraft erlangen. Zu beachten ist, dass bei sehr gewichtigen öffentlichen Interessen die Unwiderrufbarkeit nicht beachtet werden muss (ausgenommen bei einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung).

- Ausdrückliche gesetzliche Regelung
- Einräumung eines wohlerworbenen Rechts: wohlerworbene Rechte sind vermögenswerte Ansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, die sich durch ihre besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen. Ein Widerruf, der in wohlerworbene Rechte eingreift, ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Eigentumsgarantie erfüllt sind (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit). In jedem Fall ist der Widerruf entschädigungspflichtig
- Verfügungen, die auf einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren beruhen: Solche Verfügungen können grundsätzlich nicht widerrufen werden. Entscheidend ist, dass es sich um ein Verfahren handelt, dessen Aufgabe in der allseitigen Prüfung der öffentlichen Interessen und ihrer Abwägung gegenüber den entgegengesetzten Privatinteressen besteht (z.B. Baubewilligung).
- Einräumung einer Befugnis, von der der Berechtigte bereits Gebrauch gemacht hat: Diese Verfügungen können grundsätzlich nicht widerrufen werden. Vorausgesetzt ist dabei im Allgemeinen, dass die Benützung der Bewilligung erhebliche Investitionen erforderte und zur Schaffung eines Zustandes geführt hat, der nur unter Vernichtung gutgläubig geschaffener Werte wieder beseitigt werden kann. Dieser Grund für die Unwiderrufbarkeit spielt vor allem dann eine Rolle, wenn es um den einmaligen Gebrauch einer Befugnis geht, nicht aber bei jenen Verfügungen, mit denen eine dauernde Tätigkeit bewilligt wird.
- Privatrechtsgestaltende Verfügungen: Solche Verfügungen können grundsätzlich nicht widerrufen werden, sobald das privatrechtliche Rechtsgeschäft vollzogen ist.

- Verfügungen, über die ein Gericht materiell entschieden hat: Schafft ein verwaltungsgerichtliches Urteil einen Dauerzustand, so kann es der Verwaltung auch nicht unter allen Umständen verwehrt sein, gestützt auf veränderte Verhältnisse oder neue Erkenntnisse eine Verfügung zu treffen, welche im Ergebnis das früher gefällte Urteil des Verwaltungsgerichts aufhebt.

III. Arten der Änderung von Verfügungen

1. Widerruf oder Rücknahme

Widerruf oder Rücknahme einer Verfügung bedeutet, dass die verfügende oder allenfalls eine übergeordnete Behörde eine nicht in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung von Amtes wegen oder auf ein Wiedererwägungsgesuch hin abändert. Die Behörden gelangen zu Widerruf, wenn bei der Interessenabwägung dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts der Vorrang vor den Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zuerkannt werden muss. Das Verfahren des Widerrufs setzt nicht das Vorliegen von bestimmten formellen Voraussetzungen voraus. Die Behörden sind jedoch nicht verpflichtet, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten. Die Unterscheidung zwischen ursprünglich fehlerhaften und ursprünglich fehlerfreien Verfügungen spielt hierbei keine wesentliche Rolle.

2. Revision (Wiederaufnahme)

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 abändern kann, wenn ein gesetzlicher Revisionsgrund, d.h. ein besonders schwerwiegender Fehler, vorliegt. Die Revision ist ein ausserordentliches Rechtsmittel. Das Verfahren läuft zweistufig ab: Zuerst wird geprüft, ob ein Revisionsgrund vorliegt. Danach wird geprüft, ob die Verfügung materiell abgeändert werden soll oder nicht. Die wichtigsten Revisionsgründe sind:

- Beeinflussung der Verfügung durch ein Verbrechen oder Vergehen
- Vorbringen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel
- Übersehen aktenkundlicher erheblicher Tatsachen oder bestimmter Begehren
- Verletzungen von Bestimmungen über den Ausstand, die Akteneinsicht oder das rechtliche Gehör

Das Wiedererwägungsgesuch ist grundsätzlich ein formloser Rechtsbehelf. Wenn im Gesetz nichts anderes vorgesehen ist, besteht in der Regel kein Anspruch darauf, dass auf ein Wiedererwägungsgesuch eingetreten wird (es liegt im Ermessen der Behörde). Das Bundesgericht leitet jedoch unabhängig von der gesetzlichen Regelung einen Anspruch auf Eintreten ab, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- 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

3. Berichtigung von Kanzleifehlern

Wie dies verwaltungsrechtliche Erlasse zum Teil ausdrücklich vorsehen, können Schreib- und Rechnungsfehler von Amtes wegen oder auf Gesuch hin innert gewisser Fristen ohne weiteres berichtigt werden. Eine Berichtigung von solchen Kanzleifehlern ist zulässig, wenn sie ohne zeitliche Verzögerung erfolgt und soweit sie mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes im Einklang steht. Erforderlich ist, dass sich das Versehen nachträglich ohne weiteres feststellen und berichtigen lässt. Sicher zulässig ist die Berichtigung von Orthographie- und anderen Schreibfehlern und, nach ständiger Praxis, von Rechnungsfehlern, jedenfalls soweit der Rechnungsfehler aus der Verfügung selber hervorgeht. In den übrigen Fällen sind die Regeln über den Widerruf von Verfügungen anwendbar.

§15 Die fehlerhafte Verfügung

I. Allgemeines

Fehlerhaft ist eine Verfügung, wenn sie in bezug auf das Verfahren bei ihrer Entstehung oder in bezug auf ihre Form oder in bezug auf ihren Inhalt Rechtsnormen verletzt. Die möglichen Rechtsfolgen sind:

- Anfechtbarkeit (wirksam, kann aber innert gewisser Frist angefochten und in der Folge aufgehoben oder geändert werden)
- Widerrufbarkeit (wirksam, kann unabhängig von einer Frist angefochten werden; kann auch bei nachträglicher Mangelhaftigkeit angefochten werden)
- Nichtigkeit (von Anfang an nicht wirksam)

II. Regelfall der Anfechtbarkeit

Anfechtbarkeit muss der Regelfall sein, weil Nichtigkeit zu Rechtsunsicherheit führen würde. Anfechtbarkeit bedeutet im Einzelnen:

- Die Verfügung ist grundsätzlich gültig und damit rechtswirksam
- Die Verfügung muss innerhalb der Anfechtungsfrist und nach Massgabe der gesetzlichen Formvorschriften angefochten werden. Ist die Frist abgelaufen, erwächst die Verfügung in formelle Rechtskraft und kann nicht mehr angefochten werden. Es sind höchstens Widerrufbarkeit oder Revision denkbar

- Die Anfechtung kann nur vom Betroffenen geltend gemacht werden
- Die allfällige Ungültigkeitserklärung der Verfügung infolge Anfechtung wirkt z.T. ex tunc, z.T. ex nunc

Hat die Verfügung bereits formelle Rechtskraft erlangt, kann sie mit dem Revisionsbegehren noch angefochten werden.

III. Nichtigkeit als Ausnahme

1. Bedeutung der Nichtigkeit

Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann geltend gemacht werden.

2. Voraussetzungen der Nichtigkeit

Bei der Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit hilft die Evidenztheorie. Danach ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernstlich gefährdet wird.

3. Nichtigkeitsgründe

- schwerwiegender Zuständigkeitsfehler: Die örtliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde ist in der Regel kein Nichtigkeitsgrund. Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit setzt einen Nichtigkeitsgrund, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu.
- schwerwiegender Verfahrensfehler: Sie können einen Nichtigkeitsgrund bilden, wobei die Praxis jedoch sehr zurückhaltend ist
- schwerwiegende Form- oder Eröffnungsfehler: Sie können u.U. die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich ziehen. Auf alle Fälle darf den Parteien aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil erwachsen.
- schwerwiegender inhaltlicher Mangel: Inhaltliche Mängel haben in der Regel nur die Anfechtbarkeit zur Folge. In Ausnahmefällen führt ein ausserordentlich schwerwiegender Mangel zur Nichtigkeit.

IV. Heilung von fehlerhaften Verfügungen

Unter Umständen kann der Mangel einer Verfügung geheilt werden, insb. die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann wiedergutmacht werden, indem die unterlassene Anhörung,

Akteneinsicht oder Begründung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt. Dies ist jedoch nicht unproblematisch, da der Instanzenzug verkürzt wird und die Gefahr vermehrter Missachtung des Gehörsanspruches besteht, wenn Verstöße nicht sanktioniert werden.

V. Teilnichtigkeit

Von Teilnichtigkeit ist zu sprechen, wenn die Fehlerhaftigkeit nur eine Klausel der Verfügung betrifft und die Verfügung auch beim Wegfall dieser nichtigen Klausel Gültigkeit hat. Im Verwaltungsrecht ist im stärkeren Masse als im Privatrecht auf blosse Teilnichtigkeit zu schliessen.

§17 Begriff, Zulässigkeit und Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrages

I. Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages

1. 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.

2. Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsinstituten

Von der Verfügung unterscheidet sich der Vertrag durch seine Zweiseitigkeit. Selbst bei der mitwirkenden Verfügung kann der Private weit weniger auf den Inhalt einwirken als beim Vertrag.

Der verwaltungsrechtliche Vertrag regelt im Gegensatz zum Rechtssatz ein individuell – konkretes Rechtsverhältnis. Dasselbe gilt für Vereinbarungen rechtssetzender Natur wie etwa Staatsverträge.

Von privatrechtlichen Verträgen grenzt sich der verwaltungsrechtliche Vertrag durch den Gegenstand der dadurch geregelten Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse ab. Entscheidend ist also der Zweck des Vertrages.

II. Arten und Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen

1. Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen öffentlichrechtlichen Organisationen (Koordinationsrechtliche Verträge)

Verwaltungsrechtliche Verträge können zwischen zwei oder mehreren öffentlichrechtlichen Organisationen abgeschlossen werden. Sie werden koordinationsrechtliche Verträge genannt, weil sich die Vertragsparteien als Träger von Hoheitsrechten auf der gleichen Ebene befinden. Diese Verträge sind bezüglich ihrer Zulässigkeit unproblematisch, da gleichgeordnete und gleichgestellte Vertragspartner einander gegenüberstehen.

2. Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen öffentlichrechtlichen Organisationen und Privaten (Subordinationsrechtliche Verträge)

Verwaltungsrechtliche Verträge bieten verschiedene Vorteile gegenüber Verfügungen (Akzeptanz, Entlastung der Verwaltung, zusätzliches Wissen, ...) und gewinnen deshalb immer mehr an Bedeutung. Sie sind jedoch nicht unproblematisch: Die ältere Lehre lehnte die Zulässigkeit von solchen Verträgen strikte ab, da das Legalitätsprinzip keinen Spielraum für Vereinbarungen lasse. Es bestehe zudem die Gefahr der Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit. Heute anerkennt jedoch die Lehre die grundsätzliche Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen. Subordinationsrechtliche Verträge bedürfen jedoch gewisser Voraussetzungen: Erstens muss ein Rechtssatz entweder diese Handlungsform vorsehen oder dafür Raum lassen, oder wenn sie vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich. Zweitens muss der Vertrag die zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignetere Form als die Verfügung sein.

3. 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.

III. Entstehung und Auslegung von verwaltungsrechtlichen Verträgen

1. Entstehung

Verwaltungsrechtliche Verträge entstehen durch übereinstimmende Willenserklärung der Parteien, wobei die Vorschriften des OR analog Anwendung finden. Umstritten ist, ob der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages der Schriftform bedarf.

2. Auslegung

Verwaltungsrechtliche Verträge sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Einer Willensäußerung ist daher derjenige Sinn zu geben, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfanges bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. In guten Treuen beilegen durfte oder musste. Bei der Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist aber besonders zu beachten, dass die Verwaltungsbehörde beim Abschluss von Verträgen dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat. In Zweifelsfällen ist daher zu vermuten, dass sie keinen Vertrag abschliessen wollte, der mit dem öffentlichen Interesse im Widerspruch steht, und dass sich der Vertragspartner darüber Rechenschaft gab. Das Vertrauensprinzip gilt hier aber auch als Schranke des öffentlichen Interesses.

IV. Der fehlerhafte verwaltungsrechtliche Vertrag

Die Rechtswirkungen fehlerhafter verwaltungsrechtlicher Verträge sind noch wenig geklärt und in der Lehre umstritten. Verwaltungsrechtliche Verträge können Mängel unterschiedlicher Art aufweisen. Die Rechtsfolgen bestimmen sich je nach Art dieser Mängel. In erster Linie ist zu unterscheiden zwischen Verträgen, die bereits bei ihrem Abschluss mangelhaft sind, und solchen, die erst später in Widerspruch zum geltenden Recht geraten, weil sich das Recht oder die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben.

1. Ursprünglich fehlerhafte Verträge

Verwaltungsrechtliche Verträge, die schon bei ihrem Abschluss gegen Rechtsvorschriften verstossen, sind nicht ohne Weiteres nichtig. Sie können anfechtbar, widerrufbar oder nichtig sein. Die Anfechtbarkeit bedeutet, dass der Mangel des Vertrags von den Vertragsparteien oder allenfalls von dadurch betroffenen Dritten mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden kann. Allerdings sind nach dem Verfahrensrecht des Bundes und der Kantone oft nur Verfügungen Gegenstand der Anfechtung. Es fragt sich deshalb, ob dem Vertragsschluss eine Verfügung zugrunde liegt oder vorangeht (Zweistufentheorie), gegen die sich das Rechtsmittel richten kann. Widerrufbare Verträge können von der vertragsschliessenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde – allenfalls auf Antrag einer Vertragspartei oder eines betroffenen Dritten – aufgehoben oder geändert werden. Die Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden. Wird ein ursprünglich fehlerhafter Vertrag ungültig erklärt, so stellt sich die Frage der Entschädigung.

Lässt das Gesetz keinen Raum für eine Regelung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag, erweist sich eine solche nach Sinn und Zweck des Gesetzes als ungeeignet oder kann der Inhalt der Vereinbarung nicht zumindest mittelbar auf ein Gesetz zurückgeführt werden, so ist der mangelhafte Vertrag anfechtbar, soweit ein entsprechendes Rechtsmittel zur Verfügung steht. Unter gewissen Umständen könnten Nichtigkeit oder Widerruf zur Diskussion stehen, was Häfelin/Müller jedoch eher verneinen.

Schliesst eine unzuständige Behörde einen verwaltungsrechtlichen Vertrag ab, so stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Nach Häfelin/Müller hat die Unzuständigkeit nur ausnahmsweise die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge, nämlich dann, wenn es sich um einen

schweren, offensichtlichen Mangel handelt und wenn mit der Nichtigkeit keine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit verbunden ist. Die Anfechtung und der Widerruf von verwaltungsrechtlichen Verträgen, zu deren Abschluss die Behörde nicht kompetent war, sind wohl unter den gleichen Voraussetzungen möglich wie bei der Unzulässigkeit der vertraglichen Regelung.

Der Verstoß gegen zwingende Rechtsnormen ist in der Regel kein so schwerer und offensichtlicher Fehler, dass er zur Nichtigkeit des Vertrages führt. In Frage kommen deshalb praktisch nur Anfechtbarkeit und Widerrufbarkeit.

Weist ein verwaltungsrechtlicher Vertrag Willensmängel auf, so finden die Bestimmungen der Art. 23 ff. OR analog Anwendung. Sie gelten in diesem Falle allerdings als verwaltungsrechtliche und nicht als privatrechtliche Normen. Im Gegensatz zum Zivilrecht erweist sich ein Motivirrtum regelmässig als rechtserheblich.

Die Missachtung der Schriftform kann als Nichtigkeitsgrund gesehen werden.

2. Nachträglich fehlerhafte Verträge

Fraglich ist die Anpassung des Vertrages an die neuen Verhältnisse. Dies soll nur ausnahmsweise zulässig sein, da es doch gerade Zweck einer vertraglichen Vereinbarung ist, sich gegenseitig auf Dauer zu binden und den einseitigen Verzicht auf die Erfüllung der vertraglichen Pflichten auszuschliessen. Novation ist natürlich immer möglich.

Eine Änderung kann im Lichte der *clausula rebus sic stantibus* angewendet werden, wobei dies weniger restriktiv als im Privatrecht geschieht. Dies gilt für Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse. Bei Änderungen der rechtlichen Verhältnisse können wohlverworbene Rechte nicht ohne Weiteres entzogen werden, sondern müssen durch Enteignung rückgängig gemacht werden. Die Enteignung ist stets entschädigungspflichtig.

V. Beendigung des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts enden verwaltungsrechtliche Verträge ordentlichweise durch Erfüllung, durch Ablauf einer vereinbarten oder gesetzlich vorgesehenen Dauer (Befristung) oder infolge eines anderen Grundes, der zum Erlöschen eines Vertrages führt. Darüber hinaus kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vorsehen, dass die Parteien das Recht haben, das Vertragsverhältnis durch Kündigung aufzulösen. Ferner erlischt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag durch Auflösung infolge Fehlerhaftigkeit oder durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Schliesslich wird ein verwaltungsrechtlicher Vertrag auch durch (formelle) Enteignung der durch den Vertrag erlangten wohlverwobenen Rechte beendet.

§18 Begriff und Arten von verwaltungsrechtlichen Sanktionen

I. Allgemeines

1. Begriff

Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind die Mittel, mit welchen die Erfüllung von verwaltungsrechtlichen Pflichten erzwungen wird.

2. Arten

Die exekutorischen Sanktionen bezwecken unmittelbar die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten. Sie werden auch als Massnahmen des Verwaltungszwangs oder der Vollstreckung bezeichnet (z.B. Schuldbetreibung, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang).

Repressive Sanktionen sollen nicht den rechtmässigen Zustand wiederherstellen, sondern – im Anschluss an die Pflichtverletzung – verhindern, dass künftig wieder ein rechtswidriger Zustand eintritt. Mit repressiven Strafen wird Druck auf die Pflichtigen ausgeübt, um sie zu veranlassen, ihre Pflichten zu erfüllen. Verwaltungsrechtliche Pflichten werden damit nicht direkt durchgesetzt, sondern nur in mittelbarer Weise erzwungen. Repressive Sanktionen haben also keine eigentliche Vollstreckungsfunktion, sondern vor allem präventive Wirkung, indem sie die Pflichtigen von der Verletzung ihrer Pflichten abhalten sollen. Sie dienen oft auch dazu, begangenes Unrecht zu ahnden. 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. Verweigerung, Kürzung oder Rückforderung von Subventionen, Entzug von Bewilligungen). Die Zufügung solcher administrativer Rechtsnachteile ist eine Mischform zwischen exekutorischen und repressiven Massnahmen. Die verletzte Pflicht kann dadurch zwar nicht durchgesetzt, aber der rechtmässige Zustand doch (wieder-)hergestellt werden. Mit den repressiven Sanktionen haben die administrativen Rechtsnachteile gemeinsam, dass ein Fehlverhalten geahndet werden soll. Beispiele für repressive Sanktionen: Entzug von Führerausweis im Strassenverkehr, Disziplinar massnahmen.

Verwaltungsrechtliche Sanktionen lassen sich auch unterscheiden nach der Art, wie die Pflichten begründet werden, die sie durchsetzen sollen. Gewisse verwaltungsrechtliche Sanktionen (z.B. Verwaltungsstrafen, Disziplinar 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 entstanden ist. Man spricht in diesen Fällen auch von der Vollstreckung von Verfügungen.

3. Voraussetzungen

Hier werden die Voraussetzungen für Sanktionen im Allgemeinen aufgezählt. Bei bestimmten Sanktionen müssen zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein oder es kann auf einzelne Voraussetzungen verzichtet werden.

Zuständigkeit der die Sanktion anordnenden Behörde

Gesetzliche Grundlage (umstritten)
Vollstreckbarkeit der Verfügung
Verhältnismässigkeit
Androhung der Sanktion

II. Exekutorische Sanktionen

1. Schuldbetreibung für öffentlichrechtliche Geldforderungen

Öffentlichrechtliche Geldforderungen dürfen grundsätzlich nur auf dem Weg der Schuldbetreibung durchgesetzt werden. Der Schuldner kann jedoch auch durch repressive Sanktionen oder unter gewissen Umständen durch das Verweigern von Verwaltungsleistungen veranlasst werden, seiner Zahlungspflicht nachzukommen.

2. Ersatzvornahme

Ersatzvornahme bedeutet, dass die Verwaltungsbehörden vertretbare Handlungen, die von Verpflichteten nicht vorgenommen werden, durch eine amtliche Stelle oder durch einen Dritten auf Kosten der Pflichtigen verrichten lassen. Durch die Ersatzvornahme wird die primäre Leistung umgewandelt in die Pflicht, die Ersatzvornahme zu dulden und die Pflicht, die Kosten der Ersatzvornahme zu tragen. Für eine Ersatzvornahme ist die gesetzliche Grundlage keine notwendige Voraussetzung, da sie an die Stelle einer Pflicht tritt, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Hingegen ist die vorherige Androhung mit Einräumung einer angemessenen Frist besonders wichtig.

3. Antizipierte Ersatzvornahme

Eine antizipierte Ersatzvornahme liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde einen polizeiwidrigen Zustand selbst beseitigt, weil der Störer, der ihn verursacht hat, dazu faktisch gar nicht in der Lage ist. In diesen Fällen besteht keine Pflicht des Störers, für die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands zu sorgen, sondern nur die Pflicht zur Bezahlung der Kosten. Eine vorrangige Verfügung und Androhung entfällt.

4. Unmittelbarer Zwang

Als unmittelbaren Zwang bezeichnet man die direkte Einwirkung gegen Personen oder Sachen, um eine gesetzliche Pflicht oder eine Verfügung durchzusetzen. Voraussetzungen:

Gesetzliche Grundlage: Es ist umstritten, ob nur die Pflicht oder auch die Sanktion selbst in einem Rechtssatz geregelt sein muss.

Verhältnismässigkeit: Hier mit besonderem Gewicht; Subsidiarität gegenüber anderen Sanktionen.

III. Repressive Sanktionen

1. Verwaltungsstrafen, insbesondere Ordnungsbussen

Verwaltungsstrafen sind primär Mittel des Verwaltungszwanges. Sie dienen der Sanktionierung von Verstössen gegen das Verwaltungsrecht und bezwecken damit dessen Durchsetzung, während das Strafgesetzbuch andere Rechtsgüter schützt. Daher sind auch die allgemeinen Begriffe und Bestimmungen des StGB auf Verwaltungsstrafen nur bedingt anwendbar. Gewisse Verwaltungsstrafen haben allerdings Strafcharakter. Je nach Art und Schwere gelten sie zudem als Strafen im Sinne von EMRK Art. 6, auf welche die entsprechenden Verfahrensgarantien Anwendung finden. Ordnungsbussen sind Verwaltungsstrafen für geringfügigere Verletzungen des Verwaltungsrechts, insbesondere von Verfahrensvorschriften.

Nach Art. 335 Ziff. 1 StGB sind die Kantone befugt, die Übertretung kantonaler Verwaltungsvorschriften mit Strafe zu bedrohen. Zur Verhängung von Ordnungsbussen sind immer die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte, zur Verhängung anderer Verwaltungsstrafen teilweise auch die Strafgerichte zuständig.

Für die Verhängung von Verwaltungsstrafen ist grundsätzlich eine ausdrückliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn erforderlich. Bussen finden dagegen bereits in einer Verordnung eine genügende gesetzliche Grundlage, jedenfalls, wenn sie eine bestimmte Höhe nicht überschreiten.

Im Allgemeinen setzen Verwaltungsstrafen im Gegensatz zu exekutorischen Massnahmen ein Verschulden voraus. Ob dies auch im Fall der Ordnungsbussen gilt, ist umstritten.

Die Art. 67 ff. VStrR sehen vor, dass gegen die Ausfällung einer Verwaltungsstrafe durch die Verwaltungsbehörden des Bundes innert 30 Tagen seit Eröffnung Einsprache erhoben werden kann. Erfolgt keine fristgerechte Einsprache, so steht der Strafentscheid der Verwaltungsbehörde einem rechtskräftigen Urteil gleich. Wird Einsprache erhoben, trifft die Verwaltungsbehörde nach neuer Prüfung eine Einstellungs- oder Strafverfügung. Die von der Strafverfügung Betroffenen können innert 10 Tagen die Beurteilung durch das kantonale Strafgericht verlangen.

2. Bestrafung wegen Ungehorsams

Die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen ist eine repressive Strafe (Beugestrafe), die den Adressaten veranlassen soll, seine Pflichten zu erfüllen. Sie ist in Art. 292 StGB geregelt. Art. 292 StGB gilt nur subsidiär, wenn nicht ein anderes Gesetz eine besondere Ungehorsamsstrafe vorsieht. Voraussetzungen:

Zuständigkeit und Prüfungsrecht des Strafrichters: Zur Bestrafung wegen Ungehorsams ist nicht die verfügende Behörde, sondern der Strafrichter zuständig. Dieser darf unter Umständen vorfrageweise die Rechtmässigkeit der Verfügung überprüfen.

Ausdrückliche Strafandrohung in der Verfügung

Vorsatz: Art. 292 StGB setzt als Vorsatzdelikt voraus, dass der Adressat vom Inhalt der Verfügung Kenntnis hatte und ihr willentlich nicht Folge leistete.

Möglichkeit der wiederholten Androhung und Bestrafung: Mit der Androhung der Bestrafung bzw. der Bestrafung selber sollen die Privaten veranlasst werden, die Verfügung zu befolgen. Wiederholte Androhungen bzw. Bestrafungen sind deshalb zulässig, wenn die betreffende Verpflichtung durch wiederholte Verfügung festgelegt worden ist. Erforderlich ist aber, dass die Androhung nicht schon von vorneherein vollkommen nutzlos erscheint, da sie sonst nicht geeignet ist, den rechtmässigen Zustand herzustellen.

3. Disziplinarische Massnahmen

Disziplinarische Massnahmen sind Sanktionen gegenüber Personen, die in einem Sonderstatutverhältnis oder unter einer besonderen Aufsicht des Staates stehen. 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. Je nach Art und Schwere der angedrohten Sanktion ist sie allerdings als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu qualifizieren. Im Disziplinarrecht gilt der Grundsatz *ne bis in idem* in dem Sinne nicht, als eine disziplinarische Massnahme auch dann noch angeordnet werden kann, wenn für das betreffende deliktische Verhalten bereits eine Strafe ausgefällt worden ist. Disziplinarische Massnahmen mit Strafcharakter dürfen dagegen wegen des gleichen Verstosses grundsätzlich nicht mehrfach angeordnet werden.

Voraussetzungen: Gesetzliche Grundlage (Rechtssatz und Gesetzesform), Disziplinarfehler (Amtspflichten müssen vorsätzlich oder fahrlässig verletzt werden, eine Verletzung ist auch ausserhalb des Dienstes möglich), Verhältnismässigkeit inkl. Opportunitätsprinzip (Die Behörde kann auf die Bestrafung ganz verzichten), vorherige Anhörung (nicht erforderlich ist hingegen die Androhung der Disziplinar-massnahme).

4. Administrative Rechtsnachteile

Gelangen Private durch die Missachtung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu unrechtmässigen Vorteilen, können die betreffenden Vermögenswerte und Gegenstände eingezogen werden. Die Abschöpfung eines widerrechtlich erworbenen Vermögensvorteils ist aber nur zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist. Dabei genügt es, in einem Spezialgesetz oder in einem Verwaltungsstrafgesetz die allgemeinen Bestimmungen des StGB als anwendbar zu erklären, sodass die Einziehung gestützt auf Art. 59 StGB erfolgen kann.

Problematisch ist die Verweigerung von Verwaltungsleistungen, da kein eigentliches Austauschverhältnis zwischen Staat und Privaten vorliegt, sondern der Staat verpflichtet ist gewisse Leistungen zu erbringen. Es sind daher besondere Voraussetzungen zu erfüllen:

Besondere gesetzliche Ermächtigung, Konnexität, falls eine besondere gesetzliche Ermächtigung fehlt, Verhältnismässigkeit.

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 (z.B. Führerausweisentzug). Der Widerruf von

Verfügungen als Sanktion für Pflichtverletzungen der Begünstigten kann eine zivilrechtliche oder eine strafrechtliche Streitigkeit darstellen. In diesen Fällen sind die besonderen Ansprüche betreffend der Ausgestaltung des Verfahrens zu beachten.

§19 Grundsätze der Verwaltungsorganisation und der Verwaltungsführung

I. Die demokratische Ausgestaltung der Verwaltung

1. Das Ziel der demokratischen Ausgestaltung der Verwaltung

Aufgrund der Gefahr, dass die Verwaltung aufgrund ihrer Sachkompetenz gegenüber Parlament und Volk eine faktische Übermacht gewinnt, werden, wo möglich und sinnvoll, Privaten gewisse Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse eingeräumt.

2. Elemente der demokratischen Ausgestaltung der Verwaltung

Um Volk und Parlament an der Verwaltungstätigkeit teilhaben zu lassen, kommen unter anderem folgende Möglichkeiten in Betracht:

- parlamentarische Kontrolle der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit
- Verwaltungs- und Finanzreferendum
- Erfordernis der Gesetzesform
- Mitwirkungsrecht der Bevölkerung in der Raumplanung
- Volkswahl der Mitglieder der Regierung und Beamten, Grundsatz der freien Wählbarkeit
- Selbstverwaltung durch Körperschaften, deren Mitglieder betroffen sind

II. Die Hierarchie der Verwaltungsbehörden

1. Begriff der Hierarchie

Hierarchie bedeutet, dass jede Stelle sowohl über- als auch untergeordnete Stellen haben kann, also stufenförmig aufgebaut und mit einer Pyramide vergleichbar ist, an deren Spitze die Regierung steht.

2. Der Zweck der Hierarchie der Verwaltungsbehörden

Leistungsfähigkeit der Verwaltungsbehörden (klare Regelung der Zuständigkeiten), Koordination der verschiedenartigen Verwaltungstätigkeiten (Einheit der Verwaltung), Zuordnung der Verantwortung, Bedeutung für die parlamentarische Kontrolle.

3. Auswirkungen des hierarchischen Aufbaus der Verwaltungsbehörden

Dienstbefehle und Weisungen, Dienstaufsicht, beschwerderecht des betroffenen Privaten (Aufsichtsbeschwerde).

III. Zentralisation und Dezentralisation der Verwaltungsbehörden

1. Zentralisation

Zentralisierte Verwaltungsorganisation liegt vor, wenn in einem bestimmten Sachbereich die massgebliche Verwaltungstätigkeit für das ganze Staatsgebiet im Hauptort, von der Zentralverwaltung, ausgeübt wird. Zentralisation und Hierarchie müssen nicht unbedingt zusammengehören. Zentralisation ist nur in kleinen Gebieten sinnvoll.

2. Sachliche Dezentralisation (Dekonzentration)

Sachliche Dezentralisation (Dekonzentration) bedeutet, dass die Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben einem besonderen Verwaltungsorgan ausserhalb der Zentralverwaltung übertragen wird, das über eine gewisse Selbständigkeit (Autonomie) verfügt. Als solche besondere Verwaltungsorgane kommen vor allem öffentlichrechtliche Körperschaften, öffentlichrechtliche Anstalten oder auch gemischtwirtschaftliche und privatrechtliche Organisationen in Betracht. Ihnen wird in der Regel nur eine einzige Aufgabe übertragen, was eine Spezialisierung sowie eine effektive und effiziente Aufgabenerledigung gestattet. Zugleich erfolgt eine Entlastung der Zentralverwaltung.

3. Örtliche Dezentralisation

Bei der örtlichen Dezentralisation wird das Staatsgebiet in Verwaltungsbezirke aufgeteilt, die bestimmte Aufgaben zu erledigen haben. 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. Zwecke liegen in der besseren Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und im erleichterten Zugang des Bürgers, nicht aber in der Erweiterung der Demokratie. Daneben ist auch die örtliche Dezentralisation mit Autonomie denkbar, wobei es sich dann nicht mehr bloss um Verwaltungsbezirke, sondern um selbständige Gebietskörperschaften und Herrschaftsverbände handelt. Die wichtigsten Erscheinungsformen sind die Kantone, soweit sie Bundesrecht vollziehen und in den Kantonen die Gemeinden dar.

IV. Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden und betroffenen Privaten

1. Das Ziel der Zusammenarbeit

Früher bestand eine strenge Trennung zwischen den Verwaltungsbehörden und den von der Verwaltungstätigkeit betroffenen Privaten. Heute hat sich dieser Gegensatz etwas gemildert. Man versucht – zum Vorteil der Verwaltung und der Betroffenen – vermehrt, die Privaten in die Verwaltungstätigkeit mit einzubeziehen und in möglichst vielen Bereichen an der staatlichen Aufgabenerfüllung mitwirken zu lassen.

2. Die wichtigsten Formen der Zusammenarbeit

Einbezug von Vertretern betroffener und interessierter Privatpersonen und privater Organisationen in Beratungs- oder Aufsichtsorgane, Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private, Mitwirkung bei Verfügungen und Abschluss von Verträgen, Mitwirkungsrechte der betroffenen Privaten im Verwaltungsverfahren, informelle Kooperation zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten.

V. Amtshilfe

1. Begriff und Bedeutung

Der hierarchische Aufbau der Verwaltung hat eine ausgeprägte Spezialisierung der einzelnen Behörden zur Folge. Die einzelnen Amtsstellen sind jedoch nicht in der Lage, alle ihre Aufgaben alleine zu erfüllen, sondern müssen oft mit anderen Stellen zusammenarbeiten, beispielsweise, weil einer Behörde bestimmte Informationen fehlen, die ihr eine andere liefern könnte. Die Zusammenarbeit wird als Amtshilfe bezeichnet, wenn die Handlung der helfenden Behörde der Erfüllung der Aufgabe einer anderen Behörde dient und sie auf deren Ersuchen und ausserhalb prozessrechtlich geregelter Verfahren vorgenommen wird. Zu unterscheiden ist die Amtshilfe von der Rechtshilfe, die prozessrechtlich geregelt ist, und von der Kooperation oder Koordination, wo bestimmte Amtsstellen zusammenarbeiten müssen, weil die Geschäfte in den Aufgabenbereich mehrerer Behörden fallen.

2. Schranken

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

§20 Formen der dezentralisierten Verwaltungsorganisation

I. Die Zentralverwaltung

1. Aufbau der Zentralverwaltung

Im Bund ist gemäss Art. 174 BV der Bundesrat die oberste vollziehende und leitende Behörde. Der Bundesrat ist eine Kollegialbehörde, die sich aus sieben gleichberechtigten Mitgliedern zusammensetzt. Regierungsentscheide ergehen grundsätzlich als Beschlüsse des Kollegiums (Art. 177 Abs. 1 BV). Das Kollegialsystem wird ergänzt durch das Departementalsystem. Jedes Mitglied des Bundesrates steht an der Spitze eines Departementes. Die Bundesverwaltung ist somit aufgegliedert in sieben Departemente, die ihrerseits in weitere Verwaltungseinheiten (Ämter, allenfalls Gruppen von Ämtern) unterteilt sind. Hinzu kommt die Bundeskanzlei, welche die allgemeine Stabsstelle des Bundesrates ist (Art. 179 BV). Der Aufbau der Bundeszentralverwaltung ist streng hierarchisch. Gemäss Art. 3 RVOG handeln Bundesrat und Bundesverwaltung auf der Grundlage von Verfassung und Gesetz nach den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit.

Die kantonalen Zentralverwaltungen sind ähnlich wie diejenige des Bundes organisiert. Auch hier steht an der Spitze eine Kollegialbehörde, die in der Mehrzahl der Kantone als Regierungsrat, in einigen anderen Kantone als Staatsrat (Conseil d'Etat) bezeichnet wird. Sie ist die oberste leitende, vollziehende und verwaltende Behörde im Kanton. Auch die kantonalen Zentralverwaltungen sind hierarchisch aufgebaut. Jedes Mitglied des Regierungsrates steht einer Direktion (Departement) – u.U. auch mehreren Direktionen – vor, die in der Regel in kleinere Verwaltungseinheiten (Ämter, Abteilungen) aufgegliedert ist.

2. Kompetenzverteilung

Der Bundesrat entscheidet über wichtige Geschäfte als Kollegialbehörde. Die Vorbereitung und der Vollzug dieser Geschäfte sind Sache der zuständigen Departemente. Der Bundesrat überträgt den Departementen oder den ihnen unterstellten Verwaltungseinheiten durch Verordnung die weniger wichtigen Geschäfte zur selbständigen Erledigung (Art. 177 BV, Art. 47 RVOG). Er legt durch Verordnung die Gliederung der Bundesverwaltung in Ämter fest, bestimmt ihre Aufgaben und teilt sie den Departementen nach den Kriterien der Führbarkeit, des Zusammenhanges der Aufgaben sowie der sachlichen und politischen Ausgewogenheit zu. Die Departementsvorsteher regeln die organisatorischen Grundzüge der ihren Departementen zugeordneten Ämter und können sie mit Zustimmung des Gesamtbundesrates zu Gruppen zusammenfassen (Art. 43 RVOG). Der Bundesrat kann bestimmten Gruppen und Ämtern Leistungsaufträge erteilen und sie dafür mit einer grösseren Autonomie ausstatten (Art. 44 RVOG). Die Aufgabenverteilung innerhalb der kantonalen Zentralverwaltungen ist ähnlich wie im Bund.

Im Bund können nach Art. 2 Abs. 3 und 4 RVOG Verwaltungsaufgaben auch gesetzlich an dezentralisierte Verwaltungseinheiten und an gemischtwirtschaftliche und privatrechtliche Organisationen übertragen werden. Die Kantone kennen diese Kompetenzdelegation ebenfalls. Möglich ist auch die Delegation von Aufgaben des Bundes an die Kantone, dieser Vollzugsföderalismus ist jedoch nicht unproblematisch.

II. Öffentlichrechtliche Körperschaften

1. Begriff und Merkmale

Öffentlichrechtliche Körperschaften sind mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständig öffentliche Aufgaben erfüllen.

Kennzeichnend für die öffentlichrechtliche Körperschaft ist, dass sie aus Mitgliedern besteht, die bei der Erfüllung der wahrzunehmenden Aufgaben mitwirken. Mitglieder können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Die öffentlichrechtliche Körperschaft ist eine juristische Personen im Sinne von Art. 52 Abs. 2 ZGB. Sie beruht auf öffentlichrechtlicher Grundlage (Art. 59 ZGB). Gründung und Organisation erfolgen grundsätzlich durch das öffentliche Recht. Nur wenn die öffentlichrechtliche Regelung unvollständig ist, wird auf das private Vereins- und Genossenschaftsrecht zurückgegriffen. Die öffentlichrechtliche Körperschaft übt sowohl hoheitliche wie auch nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeiten aus. Ihre Anordnungen können die Rechtsnatur von Verfügungen haben. Zum Teil handeln die Körperschaften auch in den Formen des Privatrechts.

2. Arten und Beispiele

Innerhalb der öffentlichrechtlichen Körperschaften lassen sich vor allem Gebietskörperschaften, Personalkörperschaften und Realkörperschaften unterscheiden. Bei den Gebietskörperschaften ist für die Mitgliedschaft massgeblich, dass die zugehörigen Personen ihren Wohnsitz innerhalb eines bestimmten Territoriums haben. Sie beruhen also auf territorialer Grundlage (z.B. Gemeinden). Bei den Personalkörperschaften knüpft die Mitgliedschaft an bestimmte persönliche Eigenschaften, vor allem an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe, an (z.B. Studentenschaften). Die Mitgliedschaft bei Realkörperschaften ergibt sich aus dem Eigentum an bestimmten Sachen, namentlich Grundstücken. Die Unterscheidung der verschiedenen Arten von Körperschaften gilt nicht absolut. Es gibt auch Mischformen.

3. Errichtung

Die Rechtsgrundlage für die Errichtung öffentlichrechtlicher Körperschaften findet sich stets im öffentlichen Recht. Das Gesetz sieht in der Regel die Errichtung durch den Staat vor. Ausnahmsweise

geht die Initiative für die Errichtung von den zukünftigen Mitgliedern aus. In diesen Fällen ist eine staatliche Genehmigung erforderlich.

4. Autonomie

Die Körperschaften verfügen oft über Entscheidungsfreiheit beim Vollzug oder bei der Regelung der eigenen Angelegenheiten.

5. Organisation

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

6. Zwangsmitgliedschaft und freiwillige Mitgliedschaft

Der Beitritt zu öffentlichrechtlichen Körperschaften kann obligatorisch oder fakultativ sein. Bei der Zwangsmitgliedschaft werden bestimmte Personen durch das Gesetz zu einer Körperschaft zusammengefasst. Das Gesetz kann den Beitritt ersetzen oder ihn vorschreiben. Die freiwillige Mitgliedschaft ist eher die Ausnahme.

7. Staatliche Aufsicht

Da die öffentlichrechtlichen Körperschaften mehr oder weniger selbständig öffentliche Aufgaben wahrnehmen, ist die Aufsicht des Staates, die in der Regel der Exekutive obliegen, notwendig. Der Umfang der jeweiligen staatlichen Kontrolle ist entsprechend der gewährten Autonomie unterschiedlich.

8. Rechtsschutz

Die Gemeinden können bei Verletzung der ihnen vom kantonalen Recht verliehenen Autonomie staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht erheben. Die Autonomie steht nach Bundesgericht auch anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften zu, soweit sie hoheitlich auftreten und vom kantonalen Recht mit Autonomie ausgestattet sind. Beschwerdeberechtigt ist die öffentlichrechtliche Körperschaft ferner dann, wenn sie durch eine Verfügung staatlicher Behörden wie eine Privatperson betroffen ist. Soweit öffentlichrechtliche Körperschaften auf kantonalem Recht beruhen, sieht dieses oft weitere Rechtsschutzmöglichkeiten vor.

III. Öffentlichrechtliche Anstalten

1. Begriff und Merkmale

Die öffentlichrechtliche 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.

Die öffentlichrechtliche Anstalt ist eine 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. Der grundlegende Unterschied zur öffentlichrechtlichen Körperschaft besteht darin, dass die Anstalt nicht über Mitglieder, sondern nur über Benützer verfügt. Nur in gewissen Fällen kann das Gesetz den Benützern gewisse Mitwirkungsrechte einräumen.

2. Selbständige und unselbständige öffentlichrechtliche Anstalten

Selbständige öffentlichrechtliche Anstalten sind Anstalten, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind. Den unselbständigen öffentlichrechtlichen Anstalten verfügen über keine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie sind nicht rechtsfähig und verfügen weder über ein eigenes Vermögen noch können sie Haftungssubjekte sein.

3. Autonomie der öffentlichrechtlichen Anstalt

Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit kann eine Anstalt über eine grosse Autonomie gegenüber ihrem Trägergemeinwesen verfügen.

4. Rechtsverhältnis zwischen öffentlichrechtlicher Anstalt und deren Benützern

Das Gesetz kann vorsehen, dass zur Regelung des Benütznungsverhältnisses der staatliche Träger der öffentlichrechtlichen Anstalt oder die Anstalt selber befugt ist. Die Beziehung zwischen einer öffentlichrechtlichen Anstalt und deren Benützern kann dem privaten oder dem öffentlichen Recht unterstehen. Die Zuordnung ist – soweit nicht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorliegt – häufig nicht einfach und muss für den konkreten Fall aufgrund verschiedener Kriterien vorgenommen werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Beziehung zwischen einer öffentlichrechtlichen Anstalt und ihren Benützern dann öffentlichrechtlicher Natur, wenn durch sie ein besonderes Gewaltverhältnis begründet wird, kraft dessen die Anstalt dem Benutzer gegenüber mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattet ist, was in jedem Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung der Benütznungsordnung zu entscheiden ist. Als Gesichtspunkte gelten dabei insbesondere die unmittelbare Verfolgung öffentlicher Zwecke, im Vergleich zu denen die Absicht auf Erzielung eines Gewinnes von untergeordneter Bedeutung erscheint, sowie die einseitige, unabänderliche Regelung der Anstaltsbenützung durch Gesetz oder Verordnung, im Gegensatz zur freien Bestimmbarkeit der

gegenseitigen Beziehungen der Beteiligten auf dem Boden der Gleichberechtigung. Die Regelung muss publiziert werden.

Als privatrechtlich ist das Benützungsverhältnis in der Regel in jenen Fällen zu qualifizieren, in denen den beteiligten Parteien die Möglichkeit zukommt, ihre Beziehungen selber frei zu gestalten. Zwischen der öffentlichrechtlichen Anstalt und ihrem Benutzer können Vereinbarungen ausgehandelt werden, die von Fall zu Fall verschieden sind; die Einigung wird durch Unterhandlungen mit gegenseitigem Vor- und Nachgeben herbeigeführt.

Der Benutzer kann sich unter gewissen Umständen in einem Sonderstatusverhältnis mit der Anstalt befinden, wodurch diese ihm gegenüber Disziplinargewalt erhält. Die Organe der Anstalt können unter Umständen auch polizeiliche Funktionen wahrnehmen (Anstaltspolizei).

5. Monopol und Anstaltszwang

Die Rechtsordnung kann vorsehen, dass eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit dem freien privaten Wettbewerb entzogen wird und dass sie ausschliesslich durch eine öffentlichrechtliche Anstalt ausgeübt werden darf. In diesem Fall liegt ein unmittelbares rechtliches Monopol vor. Eine ähnliche Situation liegt vor, wenn für eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit zwar kein staatliches Monopol besteht, jedoch den Privaten die Benützung einer öffentlichrechtlichen Anstalt zwingend vorgeschrieben ist (Anstaltszwang). Man spricht in diesem Fall von einem mittelbar rechtlichen Monopol (z.B. Gebäudeversicherung).

IV. Öffentlichrechtliche Stiftungen

1. Begriff und Merkmale

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

Die öffentlichrechtliche Stiftung entsteht durch den Stiftungsakt des Stifters. Stifter kann grundsätzlich jede natürliche oder juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts sein. Zumeist wird es sich um ein Gemeinwesen handeln. Der Stiftungsakt kann in einem Gesetz oder in einer Verfügung bestehen. Möglich ist auch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung eines privaten Stifters, die zusätzlich der behördlichen Genehmigung bedarf. Charakteristisch für die öffentlichrechtliche Stiftung ist – im Gegensatz zu Körperschaft und Anstalt – ihr Vermögen. Die Stiftung ist ein Stück verselbständigtes und vom allgemeinen Verwaltungsvermögen getrenntes Vermögen. Auch nicht rechtsfähige Stiftungen sind möglich, diese werden meist als Fonds bezeichnet. Stiftungszweck ist die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe unter Verwendung des Stiftungsvermögens. Die Stiftung hat keine körperschaftliche Organisation, sondern nur Stiftungsorgane, denen die Verwaltung der Stiftung obliegt, und Genussberechtigte, Destinatäre.

2. Abgrenzung gegenüber den privatrechtlichen Stiftungen mit öffentlichem Zweck

Neben den auf öffentlichrechtlicher Grundlage beruhenden Stiftungen existieren auch privatrechtlich geregelte Stiftungen, die einen öffentlichen Zweck verfolgen. Der Unterschied besteht vor allem in der privatrechtlichen Rechtsgrundlage. Für die Fragen der inneren Organisation kommt Privatrecht zur Anwendung, für Fragen des Verfahrens u.U. auch öffentliches Recht (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG).

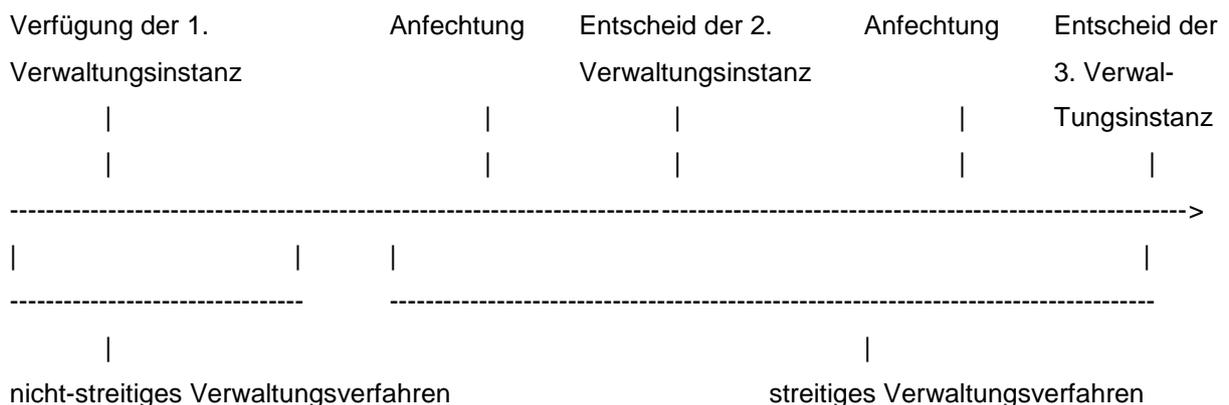
§24 Grundsätze des Verwaltungsverfahrens

I. Begriff, Anwendungsbereich und Bedeutung

1. Nichtstreitiges und Streitiges Verwaltungsverfahren

Das nichtstreitige Verwaltungsverfahren betrifft die Vorbereitung und den Erlass von erstinstanzlichen Verfügungen durch Verwaltungsbehörden. Zur Vorbereitung gehören z.B. das Einreichen von Gesuchen, die Feststellung des Sachverhaltes, das Anhören von Betroffenen, das Einholen von Stellungnahmen anderer Behörden oder von Experten. Beim Erlass geht es um Fragen der Form, Begründung, Eröffnung usw. der Verfügung.

Das Streitige Verwaltungsverfahren betrifft die Anfechtung von Verfügungen (Regelungen über Frist, Form, Legitimation usw.) und das Verfahren, das vor Verwaltungsbehörden zur Erledigung des anschließenden Rechtsstreites durchgeführt wird (Regelungen über Zuständigkeit, Kognition, Wirkung des Entscheides usw.).



2. Anwendungsbereich und Bedeutung

Das Verwaltungsverfahrensrecht regelt das Zustandekommen und die Anfechtung von Verfügungen, u.U. auch von Verträgen und Raumplänen, nicht aber von Rechtssätzen. Die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens richten sich vor allem an die Verwaltungsbehörden. Sie gelten zum Teil jedoch ebenfalls für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Das Verwaltungsverfahren ist für die Ausgestaltung des Verwaltungsrechts von grosser Tragweite. Das zeigt sich vor allem in dreierlei Hinsicht: Das Verwaltungsverfahren garantiert den rechtsstaatlichen Vollzug des materiellen Verwaltungsrechts, das Verwaltungsverfahren dient dem Rechtsschutz der Privaten, indem es den verfassungsrechtlichen Anspruch auf faire Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) näher umschreibt und die Beachtung der Grundrechte im Verfahren sicherstellt, das Verwaltungsverfahren entlastet die Organe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, indem Streitigkeiten durch die Regelung der Verfahrensgrundsätze vermieden oder durch Verwaltungsbehörden erledigt werden können.

II. Rechtsgrundlagen

1. Verwaltungsverfahren vor Bundesbehörden

Für das Verwaltungsverfahren vor Bundesbehörden ist das VwVG massgebend. Die Art. 7 – 43 VwVG umschreiben die allgemeinen Verfahrensgrundsätze und regeln das nichtstreitige Verwaltungsverfahren vor Bundesbehörden. Die Art. 44 – 79 VwVG beziehen sich auf das streitige Verwaltungsverfahren.

2. Kantonales Verwaltungsverfahren

Das kantonale Verwaltungsverfahren ist in kantonalen Verwaltungspflegegesetzen oder Spezialerlassen geregelt. Auf das Verfahren letzter kantonalen Instanzen, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügen, findet das VwVG teilweise Anwendung (Art. 1 Abs. 3 VwVG). Auch hat der Bundesgesetzgeber punktuell oder generell (z.B. Art. 98a OG) ins kantonale Recht eingegriffen.

3. Für alle Verfahren massgebende Rechtsnormen

Sowohl im Verfahren vor Bundesbehörden als auch vor kantonalen Instanzen sind neben den einschlägigen gesetzlichen Regelungen auch die Verfahrensgarantien zu beachten, welche in der Bundesverfassung und im internationalen Recht (EMRK, UNO-Pakt II) statuiert werden.

III. Die einzelnen Grundsätze und Garantien für Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege

1. Begriff und Bedeutung von Verfahrensgrundsätzen und –garantien

Die Verfahrensgrundsätze gestalten das Verfahren, das die Vorbereitung und den Erlass von Verfügungen und, im Falle ihrer Anfechtung, den anschliessenden Rechtsstreit betrifft. Sie richten sich

an die am Verfahren beteiligten Verwaltungs- und Justizbehörden und an die beteiligten Privaten. Einige dieser Grundsätze stellen Verfahrensgarantien dar, d.h. sie gewähren dem Einzelnen gegenüber dem Staat Ansprüche auf eine gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren. Diese im Völker- und Verfassungsrecht verankerten Garantien sind Mindestansprüche, welche die in eidgenössischen und kantonalen Verfahrensgesetzen umschriebenen prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten ergänzen.

2. Offizial- und Dispositionsprinzip

Das Offizialprinzip bedeutet, dass die Verwaltungs- und Justizbehörden von Amtes wegen darüber entscheiden, ob ein Verfahren eingeleitet oder beendet wird und was Gegenstand des Verfahrens ist. Das Gegenteil ist das Dispositionsprinzip, bei dem die beteiligten Privaten über Einleitung und Beendigung eines Verfahrens sowie über dessen Gegenstand entscheiden.

Im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren findet vor allem das Offizialprinzip Anwendung. Bei mitwirkungsbedürftigen Verfügungen gilt aber auch die Dispositionsmaxime. Das Streitige Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsgerichtsbarkeit werden vorwiegend vom Dispositionsprinzip beherrscht.

3. Untersuchungs- und Verhandlungsprinzip

Das Untersuchungsprinzip bedeutet, dass die Verwaltungs- und Justizbehörden von Amtes wegen den Sachverhalt abklären. Die Parteien tragen weder eine Behauptungs- noch eine Beweisführungslast. Das Gegenteil ist das Verhandlungsprinzip, bei dem den beteiligten Parteien die Aufgabe zufällt, den für das Verfahren erheblichen Sachverhalt darzustellen und zu beweisen. Die Behörden sind an die tatsächlichen Vorbringen und die Beweisanträge der Parteien gebunden.

Im Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich das Untersuchungsprinzip, das durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert wird (vgl. Art. 12 f. VwVG). Im Streitigen Verwaltungsverfahren müssen die Behörden den Sachverhalt nicht weiter abklären und können sich damit begnügen, die Stichhaltigkeit der Parteivorbringen zu prüfen. Sie dürfen aber weitere Sachverhaltsermittlungen vornehmen. Auch wenn das Untersuchungsprinzip Anwendung findet, müssen die Parteien zur Abklärung des Sachverhaltes beitragen. Diese Pflicht kann sich aus dem Gesetz oder aus der Natur des zu beurteilenden Rechts ergeben. Kann von den Privaten nach den Umständen eine Äusserung oder eine Handlung erwartet werden und bleibt eine solche aus, so haben die Behörden nicht nach Tatsachen zu forschen, die nicht aktenkundig sind. Verweigern die Privaten in einem Verfahren, das durch ihr Begehren eingeleitet worden ist, die notwendige und zumutbare Mitwirkung, so muss die Behörde auf das Begehren nicht eintreten (Art. 13 Abs. 2 VwVG).

4. Ermittlung des anzuwendenden rechts von Amtes wegen

Die Verwaltungsbehörden und Gerichte sind verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen anzuwenden. Im Streitigen Verwaltungsverfahren kann diese Pflicht durch das

Rügeprinzip relativiert werden. Das Rügeprinzip besagt, dass die Rechtsmittelinstanz nur die von den Parteien geltend gemachten Rechtsverletzungen und tatsächlichen Einwände prüfen muss oder darf. Rechtsvorbringen der Parteien sind für die entscheidende Instanz unverbindlich; sie muss sich aber mit ihnen auseinandersetzen, wenn sie von einer gewissen Relevanz sind.

5. Zuständigkeitsprüfung

Die Prüfung der Zuständigkeit der entscheidenden Behörde hat von Amtes wegen zu erfolgen. Durch eine Vereinbarung zwischen Behörde und Partei kann keine Zuständigkeit begründet werden (Art. 7 VwVG). Bestehen Zweifel über die Zuständigkeit, so ist ein Meinungs-austausch zwischen den Behörden, deren Zuständigkeit in Frage kommt, zu pflegen. (Art. 8 Abs. 2 VwVG). Ist die angerufenen Behörde unzuständig, so überweist sie die Sache der zuständigen Behörde, wenn in der Eingabe der Wille zum Ausdruck kommt, einen Entscheid durch eine Behörde herbeizuführen. Wird die Zuständigkeit bestritten, fällt die Behörde darüber einen Entscheid, mit welchem sie entweder ihre Zuständigkeit feststellt oder mangels Zuständigkeit auf die Sache nicht eintritt (Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und 2 VwVG).

6. Eröffnung von Verfügungen

Verfügungen sind den Parteien zu eröffnen (Art. 34 VwVG). Da die Eröffnung es den Betroffenen erst ermöglicht, die Verfügung anzufechten, umfasst der Begriff „Parteien“ nicht nur die direkt betroffenen Adressaten der Verfügung, sondern auch Dritte, die von der Verfügung bloss mittelbar betroffen, aber zur Beschwerde befugt sind. Die Eröffnung der Verfügung kann grundsätzlich formfrei erfolgen, doch trägt die Verwaltungsbehörde die Beweislast für die richtige Eröffnung. Art. 34 VwVG schreibt für die Eröffnung durch die dem Gesetz unterstellten Behörden Schriftlichkeit vor. Die Verfügung kann auch amtlich publiziert werden (vgl. Art. 36 VwVG). Aus einer mangelhaften Verfügung darf dem Betroffenen keinerlei Rechtsnachteil erwachsen (Art. 38 VwVG, Art. 107 Abs. 3 OG).

7. Rechtsmittelbelehrung

Für Behörden des Bundes schreibt Art. 35 Abs. 1 VwVG vor, dass Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht kein ungeschriebener bundesrechtlicher Grundsatz, wonach die Kantone auch ohne ausdrückliche Vorschrift des kantonalen oder des Bundesrechts zur Rechtsmittelbelehrung verpflichtet sind. Die letzte kantonale Instanz, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügt, hat aber nach Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 VwVG eine Rechtsmittelbelehrung anzubringen. Die meisten Kantone kennen im Übrigen – wie der Bund – eine allgemeine Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung.

Gemäss Art. 35 Abs. 2 VwVG, dem viele kantonale Regelungen entsprechen, hat die Rechtsmittelbelehrung das zulässige ordentliche Rechtsmittel zu nennen und anzugeben, bei welcher Instanz und in welcher Frist es eingelegt werden muss. Auf die Zulässigkeit von ausserordentlichen Rechtsmitteln muss dagegen nicht hingewiesen werden.

Das Fehlen oder die Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung stellt eine mangelhafte Eröffnung der Verfügung dar. Aus ihr darf den Parteien kein Rechtsnachteil erwachsen, wenn sie sich in guten Treuen darauf verlassen durften.

8. Fristen

Rechtsmittelfristen dienen der Rechtssicherheit, indem nach ihrem Ablauf Verfügungen in formelle Rechtskraft erwachsen. Die vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde angesetzten Fristen für die Vornahme einer Parteihandlung fördern dagegen die zügige Verfahrenserledigung. Der Fristenlauf beginnt einen Tag nach der Eröffnung der Verfügung. Die Beweislast für den Beginn der Frist trägt die eröffnende Behörde. Fällt der letzte Tag nicht auf einen Werktag, so ist Art. 20 Abs. 3 VwVG zu beachten. Im Bund steht die Frist während der Gerichtsferien still (Art. 22a VwVG). Den Nachweis für die Einhaltung der Frist haben die Privaten zu leisten. Gesetzliche Fristen können im Gegensatz zu behördlich festgesetzten Fristen nicht erstreckt werden. Sie können dagegen wiederhergestellt werden (vgl. zum Ganzen Art. 20 – 24 und 50 VwVG).

9. Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren

Art. 29 BV regelt die allgemeinen Verfahrensgarantien (Verbot der formellen Rechtsverweigerung). Ausdrücklich erwähnt werden Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsverbot (Abs. 1), Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 2) und Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Abs. 3). Besondere Verfahrensgarantien finden sich in den Art. 30 ff. BV. Die Bedeutung von Art. 29 BV geht aber darüber hinaus, indem er das Gebot der Fairness aufstellt, unter das weitere Garantien fallen können.

Das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Eine Rechtsverweigerung ist somit nur dann möglich, wenn ein Anspruch der Privaten auf Behandlung ihrer Begehren besteht. Dieser Anspruch liegt nicht vor bei Aufsichtsbeschwerden und Wiedererwägungsgesuchen. Dasselbe gilt für Petitionen.

Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung. Sie liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt.

Die Privaten haben Anspruch darauf, dass die Behörden in einem sie betreffenden Verfahren ordnungsgemäss zusammengesetzt sind und die Ausstands- und Ablehnungsgründe beachtet werden. Die richtige Zusammensetzung einer kantonalen Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde bestimmt sich in erster Linie nach dem kantonalen Organisations- und Verfahrensrecht. Zusätzlich haben die Privaten aber einen aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde. Das Recht auf richtige

Zusammensetzung der Verwaltungsbehörde umfasst den Anspruch auf Bekanntgabe der Behördenmitglieder, die beim Entscheid mitwirken.

10. Anspruch auf rechtliches Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits zugleich ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar.

Die Behörden des Bundes müssen neben Art. 29 Abs. 2 BV und der reichen Gerichtspraxis auch die Art. 26 – 33, 18, 35 VwVG und das Datenschutzgesetz beachten. Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör hängt grundsätzlich von der Intensität der Betroffenheit durch die Verfügung ab. Beim Erlass von Rechtssätzen besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Anhörung, da keine unmittelbare Betroffenheit gegeben ist. Schranken des Anspruchs können sich ergeben, wenn eine Verfügung besonders dringlich ist, wenn schutzwürdige Interessen Dritter oder des Staates entgegenstehen oder wenn Gefahr besteht, dass der Zweck einer im öffentlichen Interesse liegenden Massnahme durch vorgängige Anhörung vereitelt wird.

Vor Erlass einer Verfügung ist den Betroffenen in der Regel Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 30 Abs. 1 VwVG, Art. 30a VwVG; Ausnahmen: Art. 30 Abs. 2 VwVG). Um den Betroffenen die Stellungnahme zu ermöglichen, muss ihnen der voraussichtliche Inhalt der Verfügung bekannt gegeben werden. Es besteht kein Anspruch auf mündliche Stellungnahme.

Der Betroffene hat auch gewisse Mitwirkungsrechte bei der Beweiserhebung: Abnahme der rechtzeitig und formgerecht angebotenen Beweismittel, sofern sie eine erhebliche Tatsache betreffen und nicht offensichtlich untauglich sind, um über die Tatsachen Beweis zu erbringen, Teilnahme an Augenscheinen und Zeugeneinvernahmen, Protokollierung der wichtigen Aussagen der Parteien, Zeugen und Experten, Stellungnahme zu Äusserungen der Gegenpartei und Kenntnisnahme vom Ergebnis des Beweisverfahrens mit der Möglichkeit, sich zu äussern.

Die Akten der Verwaltungsbehörden sind grundsätzlich nicht öffentlich. Einen Anspruch auf Akteneinsicht hat nur, wer in einem Verfahren schutzwürdige Interessen verfolgt. Dazu gehören die an einem Verwaltungsverfahren beteiligten Personen (Art. 26 VwVG). Unabhängig von einem Verfahren haben Private ein Recht auf Auskunft über die sie betreffenden, von der Behörde registrierten Daten. Es besteht jedoch kein Anspruch auf Zusendung der Daten oder Akten. Um die Meinungsbildung innerhalb der Verwaltung nicht vollständig vor der Öffentlichkeit auszubreiten, besteht bei Akten des internen amtlichen Verkehrs kein Akteneinsichtsrecht. Bei den übrigen Akten kann dem Interesse an der Akteneinsicht ein Geheimhaltungsinteresse des Staates oder anderer Personen entgegenstehen (Art. 27 VwVG). Zwischen diesen Interessen ist abzuwägen. Geht das Geheimhaltungsinteresse vor, so darf die Behörde entweder das betreffende Schriftstück auch nicht beachten oder muss dem Betroffenen den wesentlichen Inhalt bekannt geben (Art. 28 VwVG).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, sich in einem Verfahren auf eigene Kosten vertreten oder beraten zu lassen. Es kann nur für unbedeutende Angelegenheiten ausgeschlossen werden.

Die Pflicht, Verfügungen zu begründen, ergibt sich für die Behörden des Bundes aus Art. 35 Abs. 1 VwVG, für kantonale Behörden aus dem kantonalen Verfahrensrecht. Ein Mindestanspruch auf Begründung folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller (selbständiger) Natur. Das bedeutet, dass eine Rechtsmittelinstanz, die eine Verletzung des Anspruchs feststellt, den angefochtenen Hoheitsakt aufheben muss ohne Rücksicht darauf, ob die Anhörung für den Ausgang des Verfahrens relevant ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung des Entscheides veranlassen wird oder nicht. Die Rechtsprechung nimmt überwiegend an, der Mangel der Gehörsverweigerung werde geheilt, wenn die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt; eine Rückweisung der Sache zu Gewährung des rechtlichen Gehörs würde, so wird argumentiert, bloss zu einem formalistischen Leerlauf und einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen. Neuerdings soll jedoch die Heilung des Mangels die Ausnahme bilden.

11. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

die Verfassung gewährleistet gleichen Rechtsschutz für alle Rechtsuchenden, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Kraft. Es wäre mit dem Gleichheitsprinzip und mit der Garantie auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) nicht vereinbar, wenn eine Partei auf die Durchsetzung ihrer Rechte verzichten müsste, weil sie nicht über die nötigen Mittel für die Führung des Prozesses verfügt oder wenn sie ihre Ansprüche weniger wirkungsvoll geltend machen könnte als eine andere, wirtschaftlich stärkere Partei. Private haben deshalb unter gewissen Voraussetzungen einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 65 VwVG).

Nur eine bedürftige Partei (jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt) kann unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen. Das Begehren darf nicht aussichtslos sein. Der Entscheid muss für die Partei von erheblicher Tragweite sein. Der Anspruch besteht unabhängig von Staatsangehörigkeit und Wohnsitz. Die unentgeltliche Bestellung eines Anwalts setzt zusätzlich voraus, dass die bedürftige Partei nicht im Stande ist, ihre Sache selbst wirksam zu vertreten.

Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat zur Folge, dass die bedürftige Partei keine Vorschüsse für die Kosten der Behörden, der Gegenpartei und des eigenen Anwalts leisten muss. Sie wird aber nicht endgültig von der Pflicht, die Kosten zu tragen, befreit, sondern muss diese dem Staat zurückerstatten, wenn sie später in den Besitz ausreichender Mittel gelangt. Die Verfahrensrechte des

Bundes (Art. 65 VwVG) und der Kantone sehen zum Teil die endgültige Befreiung von den Kosten vor.

12. Recht auf eine wirksame Beschwerde

Art. 13 EMRK gewährleistet den Privaten den Anspruch, bei Verletzung eines durch die Konvention garantierten Rechtes eine wirksame Beschwerde bei einer innerstaatlichen Instanz einzulegen. Allerdings muss die materielle Rüge vertretbar sein. Im Gegensatz zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt Art. 13 keine eigentliche Gerichtsbarkeit. Für das Verwaltungsrecht ist Art. 13 EMRK vor allem dort von Bedeutung, wo gegen Rechtsakte eine Beschwerdemöglichkeit ausgeschlossen wird oder wegen der Form des staatlichen Handelns ein Rechtsschutz nicht besteht. In solchen Fällen kann Art. 13 EMRK zur Folge haben, dass blosser Rechtsbehelfe ohne Erledigungsanspruch wie förmlich Rechtsmittel behandelt werden müssen. Die Betroffenen müssen jedoch vorher alle zur Verfügung stehenden Mittel des Rechtsschutzes ausschöpfen.

13. Recht auf gerichtliche Beurteilung – Rechtsweggarantie

Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistet in zwei Fällen die Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht. Vorausgesetzt wird, dass entweder über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen des Privaten zu entscheiden ist, oder die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage Verfahrensgegenstand bildet. Da die EMRK – Organe diese Begriffe autonom auslegen, können auch Angelegenheiten, welche in der Schweiz zum Verwaltungsrecht gehören, darunter fallen.

Der Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ist besonders schwierig zu umschreiben. Er wird jedoch in der Praxis sehr weit ausgelegt. Zu den strafrechtlichen Anklagen nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen auch jene Angelegenheiten, wo von jedermann ein gewisses Verhalten verlangt wird oder wo die angedrohte Sanktion eine gewisse Schwere aufweist.

Sind die Voraussetzungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfüllt, so hat ein von anderen Behörden und Parteien unabhängiges, unparteiisches Gericht über die Sache zu urteilen. Die entscheidende Instanz muss über (institutionelle) richterliche Unabhängigkeit verfügen, darf also keinerlei Weisungsgewalt unterworfen sein. Dieser konventionskonforme Rechtsschutz muss nur einmal gewährt werden.

Mit dem Inkrafttreten der Justizreform wird in Art. 29a BV eine allgemeine Rechtsweggarantie eingeführt werden, welche sich nicht auf die von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfassten zivil- und strafrechtlichen Angelegenheiten beschränkt. Art. 30 Abs. 1 BV vermittelt den Privaten einen Anspruch darauf, dass in dem vom Gesetz vorgesehenen Verfahren ihre Streitsache durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht beurteilt wird. Der sachliche Geltungsbereich dieser Garantie ist nicht auf zivil- und strafrechtliche Angelegenheiten beschränkt, aber doch enger, da er nur besteht, wenn das Gesetz ein gerichtliches Verfahren vorsieht.

14. Anspruch auf öffentliche Verhandlung und Urteilsverkündung

Die Bundesverfassung sieht in Art. 30 Abs. 3 vor, dass Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann. Der Anspruch ist natürlich nicht zwingend, die Parteien können auch darauf verzichten.

§25 Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege

I. Allgemeines

1. Begriff der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege

Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege ist das Verfahren, in dem eine Verwaltungsbehörde über die Erledigung einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit entscheidet. Die entscheidende Behörde ist teil der hierarchisch aufgebauten Verwaltungsorganisation. Das Verfahren der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege ist im Bund in Art. 44 ff. VwVG geregelt.

2. Träger der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege

Im Rechtsstreit um eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde entscheidet i.d.R. die ihr in der Verwaltungshierarchie übergeordnete Behörde.

3. Bedeutung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege

Der Vorteil der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege besteht in der Möglichkeit der umfassenden Rechts- und Ermessenskontrolle durch die urteilende Behörde. Zudem erhält die übergeordnete Behörde Kenntnis von allfälligen Mängeln der Praxis oder der angewendeten Rechtsnormen und kann Korrekturen vornehmen. Als Nachteil erscheint die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Unparteilichkeit des Entscheides. Im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege soll die verwaltungsinterne Rechtspflege auf Bundesebene weitgehend abgeschafft werden.

4. Förmliche Rechtsmittel und formlose Rechtsbehelfe

Im Verfahren der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege stehen den Rechtsuchenden zwei grundsätzlich verschiedene Gruppen von Mitteln zur Verfügung. Die förmlichen Rechtsmittel verpflichten die angerufene Rechtsmittelinstanz zur Behandlung und zu einer Erledigung in der Form eines Prozess- oder Sachurteils. Die Erhebung von förmlichen Rechtsmitteln ist an Fristen und Formen gebunden. Förmlich Rechtsmittel sind die Beschwerde oder der Rekurs, die Einsprache und das Revisionsgesuch. Eine Beschwerde oder ein Rekurs richtet sich an eine der verfügenden Behörde übergeordnete Rechtsmittelinstanz. Bei einer Einsprache oder einem Revisionsgesuch ist dagegen

die verfügende Behörde selber Rechtsmittelsinstanz. Die formlosen Rechtsbehelfe der Aufsichtsbeschwerde und des Wiedererwägungsgesuches geben den Rechtsuchenden dagegen keinen Rechtsschutzanspruch gegenüber der angerufenen Instanz; diese ist nicht zur Behandlung verpflichtet. Die Erhebung der formlosen Rechtsbehelfe ist nicht an Fristen und Formen gebunden. Die formlosen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts richten sich grundsätzlich an Verwaltungsbehörden, im Falles des Wiedererwägungsgesuches an die verfügende Behörde, im Falle der Aufsichtsbeschwerde an eine Aufsichtsbehörde.

II. die Beschwerde oder der Rekurs

1. Begriff

Die Beschwerde oder der Rekurs ist das förmliche Rechtsmittel, mit dem von einer höheren Behörde oder von einer besonderen Beschwerde- oder Rekursbehörde die Abänderung oder Aufhebung einer Verfügung oder eines Beschwerdeentscheides einer unteren Behörde verlangt wird. Die Beschwerde ist ausgeschlossen, wenn das Gesetz ausdrücklich eine Verfügung oder einen Beschwerdeentscheid als endgültig bezeichnet.

2. Terminologie

Beschwerde und Rekurs bezeichnen dasselbe Rechtsmittel.

3. Rechtsgrundlage

Die allgemeine gesetzliche Regelung der Beschwerde an eine übergeordnete Behörde befindet sich für den Bund in den Art. 44 ff. VwVG. Dazu gehört auch die Beschwerde an den Bundesrat (Art. 72 ff. VwVG).

4. Voraussetzungen

Beschwerdeinstanz: Die Beschwerde richtet sich als devolutes Rechtsmittel nicht an die verfügende Behörde, sondern in der Regel an eine dieser hierarchisch übergeordneten Behörde, die Aufsichtsbehörde (Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG). Oberste Beschwerdeinstanz im Rahmen der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege ist im Bund der Bundesrat (Art. 47 Abs. 1 lit. a und Art. 72 VwVG), in den Kantonen der Regierungsrat. Eine Staffelung von Beschwerdeinstanzen ist genau so möglich wie besondere Beschwerdeinstanzen aufgrund von Spezialerlassen. Die Verfahrensgesetze sehen zum Teil auch Sprungrekurse vor (z.B. Behörde 1 erlässt Entscheid, Anfechtung bei Behörde 2 mit Zurückweisung an Behörde 1, bei neuerlicher Anfechtung des Entscheides von Behörde 1 direkt zu Behörde 3).

Beschwerdeobjekt: Gegenstand der Anfechtung im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren ist eine Verfügung (Art. 44 f. und 72 VwVG). Es braucht dabei jedoch nicht das ganze durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis streitig zu sein.

Beschwerdegründe (Rechtswidrigkeit, Unrichtige oder unvollständige Feststellung der rechtserheblichen Sachverhalts, Unangemessenheit): Es können grundsätzlich alle Mängel des Zustandekommens und des Inhaltes der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden. Massgeblich ist im Einzelnen die Umschreibung der Beschwerdegründe im anzuwendenden Verfahrensgesetz. Vgl. für den Bund Art. 49 VwVG. Es kann geltend gemacht werden, eine Verfügung verletze einen Rechtssatz. Dabei gelten Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensunterschreitung als Rechtsverletzung. Wenn der Sachverhalt von der verfügenden Behörde unrichtig oder unvollständig ermittelt worden ist, ist der Rechtsanwendungsakt mit einem Fehler behaftet. Dieser Beschwerdegrund wird in den Verfahrensgesetzen regelmässig aufgeführt. Das Besondere der verwaltungsinternen Rechtspflege besteht u.a. darin, dass die Rekursbehörde grundsätzlich auch die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung überprüfen darf. In der Praxis wird darin jedoch Zurückhaltung geübt.

Beschwerdelegitimation: Die Beschwerde ist nicht als Popularbeschwerde ausgestaltet: Sie steht nur den Betroffenen zu. Die Umschreibung der Beschwerdelegitimation stimmt bei der Verwaltungsbeschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde weitgehend überein (Art. 48 VwVG und Art. 103 OG). Grundvoraussetzung für die Beschwerdelegitimation ist die Partei- und Prozessfähigkeit. Es wird dabei an die zivilrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit angeknüpft. Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Die Prozessfähigkeit setzt Handlungsfähigkeit voraus. Sie bedeutet die Fähigkeit, den Rechtsstreit selbständig führen zu können. Es sind jedoch noch weitere Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation erforderlich: Das Erfordernis der Betroffenheit und des schutzwürdigen Interesses. Neben den Adressaten der angefochtenen Verfügung sind u.U. auch Dritte beschwerdeberechtigt. Drittpersonen ist aber nur dann die Beschwerdeberechtigung zuzubilligen, wenn sie eine besonders nahe und schützenswerte Beziehung zur Streitsache haben, weil sie mehr als irgendjemand oder die Allgemeinheit von der angefochtenen Verfügung betroffen werden. Zur Beschwerde legitimiert sind auch Gemeinwesen und Behörden (Behördenbeschwerde), falls dies durch die Verfahrensgesetze oder Spezialerlasse vorgesehen ist (Art. 48 lit. b VwVG). Eine solche Behördenbeschwerde liegt vor, wenn das Gesetz die Vorinstanz, d.h. die Behörde, über deren Verfügung eine erste Rekursinstanz entschieden hat, dazu befugt erklärt, den Rekursentscheid an eine höhere Rekursinstanz weiterzuziehen. Verbände und andere juristische Personen des Privatrechts sind nach den allgemeinen Regeln beschwerdeberechtigt, soweit sie Adressaten oder Drittbetroffene der angefochtenen Verfügung sind. Problematisch ist die Berechtigung bei Verbänden, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Diese darf nicht beeinträchtigt werden. Verbände können auch im Interesse ihrer Mitglieder Beschwerde führen, sofern sie durch die Statuten zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder ermächtigt sind und eine grosse Anzahl der Mitglieder betroffen und beschwerdeberechtigt ist.

Beschwerdefrist: Im Bund gilt eine Frist von 30 Tagen; gegen eine Zwischenverfügung steht dem Betroffenen eine nur zehntägige Beschwerdefrist zur Verfügung (Art. 50 VwVG). Der Fristenlauf beginnt mit der Eröffnung der Verfügung (Art. 20 ff. VwVG).

Beschwerdeschrift: Die Beschwerdefrist muss den vom Gesetz vorgesehenen formellen und inhaltlichen Anforderungen genügen. Die Beschwerde ist in schriftlicher Form, versehen mit der Unterschrift des Beschwerdeführers einzureichen (Art. 51 f. VwVG). Die Beschwerdeschrift muss die Begehren des Beschwerdeführers sowie deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten (Art. 52 VwVG).

5. Wirkungen der Beschwerde

Der Suspensiveffekt oder die aufschiebende Wirkung bedeutet, dass mit der Einreichung der Beschwerde die Rechtswirkungen der angefochtenen Verfügung bis zur Erledigung des Rechtsstreites nicht eintreten können und keine Vollstreckung möglich ist. Dies ist bei der Verwaltungsbeschwerde grundsätzlich der Fall, es gibt jedoch auch Ausnahmen (Art. 55 Abs. 1 VwVG).

Der Devolutiveffekt bedeutet, dass mit der Einreichung der Beschwerde die Beschwerdeinstanz zum Entscheid über die angefochtene Verfügung zuständig wird. Die Devolution, d.h. die Überwälzung der Zuständigkeit, ist ein Resultat des hierarchischen Aufbaus der Verwaltungsbehörden. Sie hat zur Folge, dass es der Vorinstanz grundsätzlich verwehrt ist, weitere Abklärungen oder Anordnungen in der Streitsache zu treffen (vgl. Art. 54 und 58 VwVG).

6. Verfahren vor der Beschwerdeinstanz

Im Bund gelten für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren neben den Art. 54 ff. VwVG auch die auf das gesamte Verwaltungsverfahren anwendbaren allgemeinen Verfahrensgrundsätze, insbesondere Art. 7 ff. VwVG. Besondere Bedeutung hat das Untersuchungsprinzip: Die Beschwerdebehörde hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Die Beschwerdeinstanz bringt eine nicht zum Vorneherein unzulässige Beschwerde ohne Verzug der Vorinstanz und allfälligen Gegenparteien des Beschwerdeführers oder anderen Beteiligten zwecks Vernehmlassung zur Kenntnis.

7. Beschwerdeentscheid

Im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren steht die reformatorische Wirkung des Beschwerdeentscheides im Vordergrund: Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst. Die bloss kassatorische Wirkung ist die Ausnahme: In diesem Falle hebt die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

Auch im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren gilt zum Teil das Dispositionsprinzip, das den Parteien den Entscheid über Einleitung, Gegenstand und Beendigung eines Verfahrens überlässt. Dieser Grundsatz wird aber zum Teil durch das Oficialprinzip eingeschränkt: Die Beschwerdeinstanz ist nicht oder nur in beschränktem Rahmen an die Parteibegehren gebunden. Im Bund ist die reformatio in melius (dem Beschwerdeführer wird mehr zugesprochen, als er verlangt hat) ohne weiteres möglich (Art. 62 VwVG). Die reformatio in peius (zu Ungunsten) darf nur erfolgen, soweit die Verfügung Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Ermittlung des

Sachverhalts beruht; wegen blosser Unangemessenheit der Verfügung ist sie unzulässig, es sei denn, die Änderung erfolge zugunsten einer Gegenpartei (Art. 62 Abs. 2 VwVG). Vor einer beabsichtigten reformatio in peius muss die Beschwerdeinstanz der Partei Gelegenheit zur Stellungnahmen – und damit zum allfälligen Rückzug der Beschwerde – geben (Art. 62 Abs. 3 VwVG). Meist wird die Partei ihre Beschwerde zurückziehen, weshalb der reformatio in peius keine grosse praktische Bedeutung zukommt.

III. Die Einsprache

1. Begriff

Die Einsprache ist das vom Gesetz besonders vorgesehene förmliche Rechtsmittel, mit dem eine Verfügung bei der verfügenden Verwaltungsbehörde zwecks Neuüberprüfung angefochten wird. Das Einspracheverfahren ermöglicht eine Abklärung komplexer tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse und eine umfassende Abwägung der verschiedenen von einer Verfügung berührten Interessen. Es kann deshalb zur Unwiderrufbarkeit (materielle Rechtskraft) einer Verfügung führen. Davon zu unterscheiden ist die Einwendung, die vor Erlass der Verfügung erfolgt und Ausfluss aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ist.

2. Anwendungsbereich

Das Einspracheverfahren kommt im Gegensatz zur Beschwerde nur zum Zuge, wenn es durch eine Gesetzesbestimmung für einen bestimmten Verwaltungsbereich besonders vorgesehen ist.

IV. Das Revisionsgesuch

1. Begriff

Das Revisionsgesuch ist das ausserordentliche förmliche Rechtsmittel, mit dem eine formell rechtskräftige Verfügung oder ein rechtskräftiger Beschwerdeentscheid wegen des Vorliegens eines Revisionsgrundes bei der verfügenden Verwaltungsbehörde oder bei der entscheidenden Beschwerdeinstanz angefochten wird. Es kann von Amtes wegen oder auf ein Gesuch hin eingeleitet werden.

2. Regelung im Bund

Art. 66 VwVG zählt die Gründe auf, die in der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege des Bundes zur Revision eines Beschwerdeentscheides führen können: Revision wegen Beeinflussung des Beschwerdeentscheides durch ein Verbrechen oder Vergehen (Art. 66 Abs. 1 lit. a VwVG),

Revision infolge Gutheissung einer Beschwerde durch den EGMR oder das Ministerkomitee des Europarates wegen Verletzung der EMRK und deren Protokolle, sofern eine Wiedergutmachung nur durch Revision möglich ist (Art. 66 Abs. lit. b VwVG), Revision wegen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel (Art. 66 Abs. 2 lit. a VwVG), Revision wegen Verfahrensmängeln bezüglich der Besetzung der urteilenden Instanz, der Nichtberücksichtigung aktenkundiger erheblicher Tatsachen, der Nichtbeurteilung von gestellten Rechtsbegehren sowie der Verletzung wesentlicher Prozessgrundsätze (Art. 66 Abs. 2 lit. b und c VwVG). Zu den letzten beiden Punkten ist die Einschränkung von Art. 66 Abs. 3 VwVG zu beachten. Die Möglichkeit der Revision erstinstanzlicher Verfügungen ist im VwVG nicht vorgesehen.

3. Regelung in den Kantonen

Einige Kantone kennen keine Revision. Zum Teil werden jedoch die kantonalen Vorschriften über die Revision von Urteilen der Verwaltungsgerichte auch auf Rekursentscheide von Verwaltungsbehörden angewandt.

V. Das Wiedererwägungsgesuch

1. Begriff

Das Wiedererwägungsgesuch ist der formlose Rechtsbehelf, durch den die Betroffenen die verfügende Verwaltungsbehörde ersuchen, auf ihre Verfügung zurückzukommen und sie abzuändern oder aufzuheben. Es handelt sich eigentlich um eine Bitte (Petition) um Überprüfung der Verfügung und um eine andere Würdigung der Sach- oder Rechtslage.

2. Rechtsgrundlagen

Das Wiedererwägungsgesuch wird im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes nicht einheitlich geregelt (vgl. aber Art. 58 Abs. 1 VwVG). Auch in einigen kantonalen Erlassen wird die Wiedererwägung nicht erwähnt.

3. Anwendungsbereich

Das Wiedererwägungsgesuch kann sich nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen; Rechtsmittelentscheide können durch die Verwaltungsbehörden nicht in Wiedererwägung gezogen werden, da ihnen materielle Rechtskraft zukommt.

4. Fehlen von formellen Voraussetzungen

Der Gesuchsteller ist bei diesem formlosen Rechtsbehelf weder an eine Form noch an die Einhaltung einer Frist für die Einreichung des Gesuchs gebunden. Hingegen ist im Sinne der Rechtssicherheit der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten.

5. Behandlung des Wiedererwägungsgesuches

Die Behandlung eines Wiedererwägungsgesuches durch die angerufene Verwaltungsbehörde richtet sich nach einer Reihe von Prinzipien, welche die Praxis entwickelt hat. Danach ist die um Wiedererwägung gebetene Behörde grundsätzlich nicht gehalten, sich mit einem Wiedererwägungsgesuch zu befassen, weil dieses als blosser Rechtsbehelf keinen Anspruch auf Prüfung und Beurteilung vermittelt, es sei denn, die Pflicht zur Behandlung sei gesetzlich vorgesehen oder ergebe sich aus einer ständigen Verwaltungspraxis. Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht jedoch ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen, welche Rechtsprechung und Lehre aus dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung und dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet haben. Haben sich also die Verhältnisse wesentlich geändert, besteht ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Anpassung der Verfügung oder war die Verfügung ursprünglich fehlerhaft, besteht ein Anspruch auf Revision.

6. Wirkung des Wiedererwägungsgesuches

Wird ein Wiedererwägungsgesuch gestellt, so hat das nicht zur Folge, dass laufende Rechtsmittelfristen unterbrochen werden. Es bewirkt auch nicht, dass nach der Entscheidung der angerufenen Behörde, das Wiedererwägungsgesuch nicht zu behandeln, eine neue Frist für den Rekurs in der Sache selber zu laufen beginnt. Ebenso sind Verfügungen, mit denen die Anhandnahme eines Wiedererwägungsgesuches abgelehnt wird, grundsätzlich nicht anfechtbar.

VI. Die Aufsichtsbeschwerde

1. Begriff

Die Aufsichtsbeschwerde ist der formlose Rechtsbehelf, durch den eine Verfügung oder eine andere Handlung einer Verwaltungsbehörde bei deren Aufsichtsbehörde beanstandet und darum ersucht wird, die Verfügung abzuändern oder aufzuheben oder eine andere Massnahme zu treffen. Sie ist blosser Rechtsbehelf und vermittelt deshalb keinen Erledigungsanspruch. Der Anzeiger hat keine Parteirechte, der Entscheid der Aufsichtsbehörde ist nicht anfechtbar. Die Aufsichtsbeschwerde wird auch als Anzeige bezeichnet.

2. Adressat

Aufsichtsbeschwerden richten sich an die für die kritisierte Behörde zuständige Aufsichtsinstanz. Dies ist in der Regel eine dieser übergeordnete Verwaltungsbehörde. Kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift sind ausnahmsweise auch Justizbehörden ermächtigt, Aufsichtsfunktionen auszuüben.

3. Rechtsgrundlage

Die Aufsichtsbeschwerde hängt mit der Aufsichtskompetenz der mit der Beschwerde angegangenen Behörde zusammen und bedarf keiner gesetzlichen Grundlage (vgl. aber Art. 71 VwVG).

4. Anwendungsbereich und Wirkung der Aufsichtsbeschwerde

Der Anwendungsbereich der Aufsichtsbeschwerde ist sehr weit, er umfasst die gesamte Amtstätigkeit. Die Aufsichtsbeschwerde kann sich gegen Verfügungen und andere Tat- oder Unterlassungshandlungen richten. Es können verschiedene Massnahmen verlangt werden, da das Spektrum der Handlungen ebenfalls so weit ist. Die Aufsichtsbehörden können auf Anzeige hin eine formell rechtskräftige Verfügung nur aufheben, wenn die Voraussetzungen für den Widerruf erfüllt sind, wenn also das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen am Vertrauensschutz oder der Rechtssicherheit überwiegt.

5. Legitimation

Jedermann ist zur Aufsichtsbeschwerde berechtigt, ein persönliches Betroffensein ist nicht erforderlich (vgl. Art. 71 Abs. 1 VwVG).

6. Fehlen von formellen Voraussetzungen

Wie das Wiedererwägungsgesuch stellt auch die Aufsichtsbeschwerde nur einen formlosen Rechtsbehelf dar. Sie ist weder form- noch fristgebunden. Sie hat keine Auswirkungen auf allenfalls laufende Rechtsmittelfristen. Die Aufsichtsbehörde ist nicht verpflichtet, die Aufsichtsbeschwerde materiell zu behandeln. Im Bund tritt der Bundesrat nach ständiger Rechtsprechung zu Art. 71 VwVG auf eine Aufsichtsbeschwerde nur ein, wenn eine wiederholte oder eine wiederholbare Verletzung von klarem materiellem Recht oder von Verfahrensrecht behauptet wird, die mit keinem ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel gerügt werden kann (Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde).

VI. Begehren um Erläuterung und Berichtigung von Redaktions- und Rechnungsfehlern

Das Begehren um Erläuterung ist das ausserordentliche Rechtsmittel, mit dem Unklarheiten und Widersprüche im Dispositiv oder zwischen diesem und der Begründung eliminiert werden können (Art. 69 VwVG). Zuständig ist die Behörde, die entschieden hat. Der Erläuterungsentscheid stellt, wie Art. 5

Abs. 2 VwVG für den Bund ausdrücklich festhält, eine Verfügung dar und bewirkt, dass die Rechtsmittelfrist neu zu laufen beginnt (Art. 69 Abs. 2 VwVG). Das Erläuterungsbegehren ist an keine Frist gebunden. Redaktions- und Rechnungsfehler sowie Kanzleiversehen, welche keinen Einfluss auf das Dispositiv oder auf den erheblichen Inhalt der Begründung haben, können von der Beschwerdeinstanz jederzeit berichtigt werden (Art. 69 Abs. 3 VwVG).

§26 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit

I. Allgemeines

1. Begriff der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das Verfahren, in dem ein Gericht über die Erledigung von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten entscheidet.

2. Arten von Verwaltungsgerichtsbarkeit

Für die Austragung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten vor einem Gericht stehen zwei verschiedene Prozessformen zur Verfügung, von denen die eine die Merkmale des Beschwerde- bzw. Anfechtungsverfahrens und die andere die Merkmale des Klageverfahrens aufweist.

Bei den meisten verwaltungsgerichtlichen Verfahren urteilt ein Verwaltungsgericht als zweite oder dritte Instanz: Es entscheidet über eine erstinstanzliche Verfügung oder einen Beschwerde- oder Einspracheentscheid einer Vorinstanz, die mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen worden ist. Das Verfahren wird weitgehend durch das Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geprägt. Das Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht wird in Art. 97 – 115 OG geregelt; das Verfahren der Beschwerde an eine Rekurskommission des Bundes bestimmt sich nach Art. 71a Abs. 2 VwVG.

In den Fällen, in denen keine anfechtbare Verfügung vorliegt, weil es den Verwaltungsbehörden nicht zusteht, die betreffenden Rechtsverhältnisse durch eine Verfügung zu regeln, werden Streitigkeiten über diese Rechtsverhältnisse von Privaten oder von Verwaltungsbehörden auf dem Klageweg einem Verwaltungsgericht unterbreitet. Diese beurteilt eine solche Streitigkeit als erste und in gewissen Fällen auch als einzige Instanz. Das Verfahren wird vom Rechtsmittel der verwaltungsrechtlichen Klage bestimmt. Es weist Ähnlichkeiten mit dem Zivilprozess auf. Diese ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit ist verglichen mit der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit von untergeordneter Bedeutung. Die verwaltungsrechtliche Klage ist in Art. 116 – 120 OG geregelt; das Verfahren der Klage an eine Schiedskommission des Bundes in Art. 71a Abs. 2 und 3 VwVG.

3. Richterliche Unabhängigkeit

Im Gegensatz zu den für die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege zuständigen Instanzen verfügen die Behörden der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege über richterliche Unabhängigkeit. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit besagt, dass die Gerichte sowohl gegenüber dem Parlament als auch gegenüber der Regierung und den Verwaltungsbehörden sachlich, organisatorisch und personell unabhängig sind (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 21 Abs. 3 OG).

4. Verhältnis von Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörden

Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte stehen in einem engen verfahrensmässigen Zusammenhang, was den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit etwas einschränkt. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch bezüglich der Überprüfungscompetenz. Die von den verwaltungsinternen Rechtspflegeinstanzen ausgeübte Kontrolle ist umfassender: Die Verwaltungsgerichte können angefochtene Verfügungen grundsätzlich nicht auf Angemessenheit überprüfen. Die Verwaltungsgerichte spielen vor allem bei der Kontrolle der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine grosse Rolle.

II. Träger der Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Allgemeines Verwaltungsgericht

Man spricht von einem allgemeinen Verwaltungsgericht, wenn sich dessen Zuständigkeit potenziell auf Streitigkeiten in allen Sachgebieten des Verwaltungsrechts erstreckt. Es kann sich dabei um ein eigenständiges Gericht handeln oder um eines, das in das oberste Gericht des Kantons integriert ist.

2. Spezialverwaltungsgericht

Ein Spezialverwaltungsgericht liegt vor, wenn eine Justizbehörde nur für die Beurteilung von Streitigkeiten aus einem bestimmten Sachbereich des Verwaltungsrechts zuständig ist. Der Vorteil von Spezialverwaltungsgerichten besteht darin, dass für komplexe Sachbereiche, wie z.B. die verschiedenen Zweige der Sozialversicherung oder das Steuerrecht, Richter mit entsprechendem Fachwissen gewählt werden können. Um eine Rechtszersplitterung aufzuhalten, steht im Bund gegen Entscheide eidgenössischer Rekurs- oder Schiedskommissionen grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht offen (Art. 98 lit. e OG).

III. Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte

1. Umfang der sachlichen Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichte sind für eine Vielzahl von Sachgebieten zuständig, da heute die Auffassung vertreten wird, dass sich nahezu alle verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten für eine gerichtliche Anfechtung eignen. Ausnahmen ergeben sich in auswärtigen, gewissen militärischen und technischen Fragen. Grenzen ergeben sich zudem in Sachbereichen, in denen die Verwaltungsbehörden über besondere Fachkenntnisse verfügen.

2. Gesetzestechnische Methode der Umschreibung der Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte

Die Generalklausel ermächtigt ein allgemeines, Verwaltungsgericht, alle verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten zu entscheiden. Die Generalklausel geht von der Einsicht aus, dass sich grundsätzlich alle verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten für eine justizmässige Erledigung eignen. Sie ist die aus rechtsstaatlicher Sicht konsequenteste Lösung, weil sie den Privaten einen umfassenden Rechtsschutz gewährt. Meist wird keine uneingeschränkte Generalklausel vorgesehen, sondern eine mit Negativkatalog. Diese Methode wurde auch für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht vorgesehen. Die Generalklausel ist in Art. 97 OG statuiert, die Ausnahmen in Art. 99 – 101 OG. Dasselbe gilt für das eidgenössische Versicherungsgericht (Art. 128 OG, Ausnahme Art. 129 OG). Möglich wäre auch die Enumerationsmethode, wo nur bestimmte Kompetenzen aufgelistet werden. Diese Methode ist abzulehnen, weil die Listen lückenhaft sind und meist relativ zufällig zusammengestellt werden. Wird die Enumeration mit einer (grosszügigen) Teilgeneralklausel versehen, wird ein ebenso guter Schutz wie durch die Generalklausel mit Negativkatalog erreicht.

3. Vorinstanzen

Bei der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit stellt sich die Frage, gegen die Entscheide welcher Behörde eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig sein soll. Die Regelung der möglichen Vorinstanzen ist Teil der funktionellen Zuständigkeitsordnung, die den Weg einer Streitsache durch die verschiedenen Instanzen festlegt. Der in den Verfahrensgesetzen und in Spezialgesetzen vorgesehene Instanzenzug muss durchlaufen worden sein, damit das Verwaltungsgericht auf eine Beschwerde eintritt. Die in Frage kommenden Vorinstanzen werden für das Bundesgericht in Art. 98 OG geregelt.

IV. Verwaltungsgerichtsbeschwerde

1. Begriff

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist das ordentliche Rechtsmittel, mit dem von einem Verwaltungsgericht die Abänderung oder Aufhebung einer erstinstanzlichen Verfügung einer Verwaltungsbehörde oder eines Beschwerdeentscheides einer unteren Beschwerdeinstanz verlangt wird.

2. Voraussetzungen

Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (Rechtsgrundlage für die Zuständigkeit des Bundesgerichts, Rechtsgrundlage für die Zuständigkeit der kantonalen Verwaltungsgerichte): gemäss der Generalklausel von Art. 97 OG beurteilt das Bundesgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen, d.h. in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht ergangen sind (Art. 5 VwVG). Liegt eine derartige Verfügung vor, so ist zu prüfen, ob sie von einer der in Art. 98 OG genannten Vorinstanzen ergangen ist. Ausgeschlossen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wenn die Streitsache in einem der Negativkataloge von Art. 99 – 101 OG zu finden ist. In den Kantonen herrschen unterschiedliche Regelungen vor (z.B. Generalklauseln oder Enumeration).

Beschwerdeobjekt (Bund: Verfügungen, Verfügungen, die sich auf Bundesverwaltungsrecht stützen oder die sich zu Unrecht nicht auf Bundesverwaltungsrecht stützen, Verfügungen, die sich auf kantonales Ausführungsrecht zu Bundesverwaltungsrecht stützen, Verfügungen, die sich auf kantonales Recht stützen, das in einem engen Sachzusammenhang zum anwendbaren Bundesverwaltungsrecht steht, Sonderregelungen auf den Gebieten der Raumplanung und der Steuerharmonisierung, Regelung in den Kantonen): Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können gemäss Art. 97 OG i.V.m. Art. 5 VwVG ausnahmslos nur Verfügungen angefochten werden. Als Verfügungen gelten Verfügungen, Vollstreckungsverfügungen, Zwischenverfügungen, Einsprache- und Beschwerdeentscheide sowie Entscheide im Rahmen einer Revision oder Erläuterung, ferner das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung. Es können nur Verfügungen angefochten werden, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen bzw. sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen sollten, da sie eine Rechtsbeziehung regeln, die ihrer Natur nach dem öffentlichen Recht des Bundes, d.h. dem Bundesverwaltungsrecht, untersteht. Als öffentliches Recht des Bundes nach Art. 5 VwVG ist nur das Bundesverwaltungsrecht bezeichnet. Verfügungen, die sich auf kantonales Ausführungsrecht zu Bundesverwaltungsrecht stützen, können ebenfalls Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde sein. Dies allerdings nur dann, wenn dem kantonalen Ausführungsrecht neben dem zu vollziehenden Bundesverwaltungsrecht keine selbständige Bedeutung zukommt, weil es nichts anordnet, was nicht schon durch Bundesrecht geboten wäre. Verfügungen, die sich auf kantonale Normen stützen, die nicht als Ausführungsrecht zu Bundesverwaltungsrecht im gerade dargestellten Sinn zu qualifizieren sind, können unter bestimmten Voraussetzungen trotzdem mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht angefochten werden. Zum einen ist dies dann der Fall, wenn ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen dem materiellen kantonalen Recht und dem ebenfalls anwendbaren, im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu beurteilenden Bundesverwaltungsrecht besteht, zum andern ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzulegen gegen Entscheide, die sich auf kantonales Verfahrensrecht stützen, wenn dadurch die richtige Anwendung des in der Hauptsache massgeblichen Bundesverwaltungsrechts vereitelt werden könnte.

Auf den Gebieten der Raumplanung und der Steuerharmonisierung verfügt der Bund nur über Grundsatzgesetzgebungskompetenzen (Art. 75 Abs. 1, Art. 129 Abs. 1 BV). Bei Grundsatzgesetzen

des Bundes ist es besonders schwierig, zwischen kantonalem Ausführungsrecht mit selbständiger und unselbständiger Bedeutung zu unterscheiden. Deshalb hat der Bundesgesetzgeber auf diesen zwei Gebieten Sonderregelungen für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bzw. der staatsrechtlichen Beschwerde erlassen (Raumplanung: Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 oder Art. 24 – 24d RPG, Art. 34 Abs. 3 RPG; Steuerharmonisierung: Art. 73 StHG für Entscheide über Materien der Titel 2 – 5 und Titel 6 Kapitel 1).

In den meisten Kantonen können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ebenfalls nur Verfügungen angefochten werden. Weiterziehbar sind Verfügungen, die sich auf kantonales Verwaltungsrecht stützen. Sodann sind die Kantone verpflichtet, auch für die Beurteilung von Verfügungen, die in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht ergangen sind, richterliche Behörden als letzte kantonale Instanzen zu bestellen, soweit gegen deren Entscheide unmittelbar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zulässig ist (Art. 98a Abs. 1 OG).

Beschwerdegründe (Rechtswidrigkeit, Unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, Unangemessenheit): Die Verwaltungsgerichte sind eingeführt worden, um die Rechtmässigkeit der Verwaltungstätigkeit justizmässig überprüfen zu können. Den Verwaltungsgerichten steht deshalb in der Regel nur eine Rechtskontrolle, nicht eine Ermessenskontrolle zu. In denjenigen Fällen, in denen gegen Entscheide letzter kantonaler richterlicher Instanzen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zulässig ist, müssen bereits im kantonalen Verfahren die Beschwerdegründe mindestens im gleichen Umfang gewährleistet sein wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht (Art. 98a Abs. 3 OG). Die Rechtswidrigkeit ist der wichtigste Beschwerdegrund bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Es kann eine Verletzung des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts gerügt werden. Als Rechtsverletzung gilt auch die Anwendung eines ungültigen Rechtssatzes; die Verwaltungsgerichte müssen deshalb eine akzessorische Überprüfung des Rechtssatzes (konkrete Normenkontrolle) durchführen. Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung und Ermessensmissbrauch stellen Rechtsverletzungen dar. Die richtige und vollständige Ermittlung des Sachverhalts, auf den die verwaltungsrechtlichen Normen anzuwenden sind, ist Voraussetzung richtiger Rechtsanwendung. Die Unangemessenheit oder Unzweckmässigkeit einer Verfügung kann im Allgemeinen mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht geltend gemacht werden. Ausnahmsweise ist aber gestützt auf eine besondere Gesetzesbestimmung auch mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Überprüfung der Angemessenheit möglich, soweit die besondere Art der Streitsache dies erfordert. Für das Bundesgericht bestehen folgende Ausnahmen: bei der Anfechtung von erstinstanzlichen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben und öffentlichrechtlichen Entschädigungen (Art. 104 lit. c Ziff. 1 OG), bei der Anfechtung von Verfügungen, gegen die das Bundesrecht die Rüge der Unangemessenheit besonders vorsieht (Art. 104 lit. c Ziff. 3 OG), im Falle des Sprungrekurses gemäss Art. 47 Abs. 3 VwVG, wenn die übersprungene Vorinstanz die Unangemessenheit hätte überprüfen können.

Beschwerdelegitimation: Für die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt im Wesentlichen die gleiche Regelung wie für die Legitimation beim verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren. Für Private werden wiederum Betroffensein und schutzwürdiges Interesse

vorausgesetzt (Art. 103 lit. a OG). Für die Behördenbeschwerde sind Art. 103 lit. b und c OG massgebend. Auch für Verbände gilt dasselbe wie im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren.

Beschwerdefrist: Art. 106 Abs. 1 OG sieht grundsätzlich eine Beschwerdefrist von 30 Tagen für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht vor. Für Zwischenverfügungen gilt die kürzere Frist von zehn Tagen, eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde ist an keine Frist gebunden (Art. 106 Abs. 2 OG).

Beschwerdeschrift: die Verfahrensgesetze enthalten regelmässig Vorschriften über Inhalt und Form der Beschwerdeschrift. Für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gelten die in Art. 108 OG genannten Anforderungen.

3. Wirkungen der Beschwerde

Die Frage, ob der Einreichung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde Suspensiveffekt zukommt, wird von den Verfahrensgesetzen nicht einheitlich beantwortet. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht hat nicht grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Einzig die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine zur Geldleistung verpflichtende Verfügung wirkt suspensiv (Art. 11 Abs. 1 OG). Weitere Abweichungen sind nach Art. 11 Abs. 2 OG zulässig.

4. Verfahren vor Verwaltungsgericht

Für das Verfahren vor Verwaltungsgericht gelten ähnliche Grundsätze wie im verwaltungsinternen Verfahren. Den Rechten und Pflichten der am Rechtsstreit beteiligten Parteien kommt aber grössere Bedeutung zu. Das Bundesgericht kann im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen prüfen (Art. 105 Abs. 1 OG). Das Gericht kann sich jedoch auch mit der Sachverhaltsdarstellung der Parteien begnügen, es trägt aber letztlich doch die Verantwortung für die richtige Sachverhaltsermittlung. Ausnahme: Art. 105 Abs. 2 OG. Offensichtlich unzulässige oder unbegründete sowie offensichtlich falsch begründete Beschwerden können vom Bundesgericht im vereinfachten Verfahren erledigt werden (Art. 36a OG). Das Verfahren wird in der Regel schriftlich abgewickelt. Das rechtliche Gehör kann auf dem Weg des Schriftenwechsels (Art. 110 OG) gewährt werden. Eine mündliche Parteiverhandlung kann vom Gericht angeordnet werden (Art. 112 OG). Für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Enteignungsverfahren gelten zum Teil besondere Verfahrensbestimmungen (Art. 115 OG).

5. Beschwerdeentscheid

Das Bundesgericht ist frei, bei Gutheissung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde selber einen Entscheid in der Sache zu treffen oder diese zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuschicken (Art. 114 Abs. 2 OG). Zulässig ist auch eine Rückweisung an die verfügende Behörde (Sprungrückverweisung). Im Verfahren vor Verwaltungsgericht haben die Parteien eine bessere Rechtsposition als im verwaltungsinternen Verfahren. Dementsprechend steht die Dispositionsmaxime im Vordergrund. Das Bundesgericht ist in seinem Urteil über eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde an

die Begehren der Parteien gebunden. Dabei ist die reformatio in melius wie auch die reformatio in peius verboten (Ausnahme: Art. 114 Abs. 1 OG).

V. Revisionsgesuch

Auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist regelmässig das Revisionsgesuch als ausserordentliches förmliches Rechtsmittel vorgesehen, das ähnlich wie im verwaltungsinternen Verfahren geregelt ist. Die Revisionsgründe sind jedoch leicht anders: Art. 136 f. und 139a OG. Findet das Bundesgericht, dass der Revisionsgrund zutrefte, so hebt es die frühere Entscheidung auf und entscheidet aufs Neue (Art. 144 OG).

VI. Erläuterung und Berichtigung von Redaktions- und Rechnungsfehlern

Die Parteien können die Erläuterung oder Berichtigung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils verlangen, wenn das Urteilsdispositiv unklar oder unvollständig ist, im Widerspruch zur Begründung steht oder Redaktions- oder Rechnungsfehler enthält (Art. 145 OG).

VII. Verwaltungsrechtliche Klage

1. Begriff

Die verwaltungsrechtliche Klage ist das förmliche Rechtsmittel, mit dem eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit bei einem Verwaltungsgericht anhängig gemacht wird, ohne dass vorher eine Verfügung oder eine Entscheidung ergangen ist.

2. Natur der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Den so genannten direkten Verwaltungsprozess kennt neben dem Bundesrecht (Art. 166 – 120 OG) auch das kantonale Recht (Ausnahme: BS, SH). Charakteristisch für die ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, dass sie nur zum Zuge kommt, wenn eine Streitsache nicht vorher von den Verwaltungsbehörden durch Verfügung geregelt worden ist. Der direkte Verwaltungsprozess gleicht in vielen Belangen dem Zivilprozess; das OG verweist in Art. 120 ausdrücklich auf die Bestimmungen über den Bundeszivilprozess.

3. Sachliche Zuständigkeit

Die Kompetenzen eines Verwaltungsgerichts lassen sich beim Klageverfahren nicht gut mit einer Generalklausel umschreiben. Die Verfahrensgesetze befolgen regelmässig die

Enumerationsmethode. Dabei geht es meistens um vermögensrechtliche Streitigkeiten. Mit der Revision des OG vom 4. Oktober 1991 ist der Anwendungsbereich der verwaltungsrechtlichen Klage ans Bundesgericht erheblich eingeschränkt worden. Die verwaltungsrechtliche Klage ist noch zulässig bei Streitigkeiten aus Bundesverwaltungsrecht über das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, ausser über die Genehmigung von Erlassen (Art. 116 lit. a OG), das Verhältnis zwischen Kantonen (Art. 116 lit. b OG) und Ansprüche auf Schadenersatz aus der Amtstätigkeit von Mitgliedern der obersten Bundesbehörden (Art. 116 lit. c OG).

4. Formelle Voraussetzungen für die Zulässigkeit der verwaltungsrechtlichen Klage

Die Erhebung einer verwaltungsrechtlichen Klage ist nicht an eine Frist gebunden. Es sind jedoch allfällige spezialgesetzliche Verjährungs- und Verwirkungsfristen zu beachten. Die verwaltungsrechtliche Klage beim Bundesgericht ist nicht zulässig, wenn die zivil- oder staatsrechtliche Klage oder die zivilrechtliche Berufung offen stehen oder wenn die Streitigkeit in den Zuständigkeitsbereich des Eidgenössischen Versicherungsgerichts fällt (Art. 117 lit. a und b OG). Die verwaltungsrechtliche Klage ist grösstenteils subsidiär zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. Art. 116, 117 lit. c OG).

5. Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts

Da das Verwaltungsgericht im direkten Verwaltungsprozess einzige Instanz ist, muss ihm eine entsprechend umfassende Prüfungszuständigkeit zustehen. Die Kognition des Verwaltungsgerichtes erstreckt sich daher auf Rechts-, Tat-, und Ermessensfragen. Allerdings ist es an die Parteianträge gebunden.

6. Verfahren vor Verwaltungsgericht

Die meisten Verwaltungsrechtspflegegesetze enthalten nur äusserst wenige Vorschriften über das Klageverfahren. Auch im OG fehlt eine einlässliche Regelung, Art. 120 OG verweist hauptsächlich auf die Regelungen über den Bundeszivilprozess. Für die Feststellung des Sachverhaltes gilt gemäss der in Art. 120 OG enthaltenen Verweisung der Untersuchungsgrundsatz des Art. 105 Abs. 1 OG. Das Bundesgericht hat zwar den dem Entscheid zugrunde liegenden Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln, doch darf es die Parteien zur Sammlung des Prozessstoffes herbeiziehen.

§27 Totalrevision der Bundesrechtspflege

I. Drei neue Gesetze

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege sollen voraussichtlich drei neue Gesetze geschaffen werden: Das Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), das Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG) und das Bundesgesetz über das Verwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG). Mit dem BGG soll das OG total revidiert werden. Es legt die Organisation des gesamten Bundesgerichts fest und regelt sämtliche Rechtsmittel, mit denen das Bundesgericht angerufen werden kann. Das SGG bestimmt die Organisation und die Zuständigkeit des zu errichtenden erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts, das VGG die Organisation und Zuständigkeit des neu zu schaffenden Bundesverwaltungsgerichts.

II. Zwei neue Gerichte – Teilintegration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht bilden die Vorstufe des Bundesgerichtes (Zweistufigkeit der Bundesgerichtsbarkeit). Eine verwaltungsinterne Rechtspflege ist nicht mehr vorgesehen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht soll teilweise in das Bundesgericht integriert werden. Es wird also eine Abteilung des Bundesgerichts. Das Verfahren in der Sozialversicherungsrechtspflege wird demjenigen im übrigen Verwaltungsrecht gleichgestellt. Diese Neuerung ist höchst umstritten.

III. Neue Rechtsmittel: Die Einheitsbeschwerden

Der Entwurf zu einem BGG sieht je ein einheitliches rechtsmittel an das Bundesgericht für jedes der drei wichtigsten Rechtsgebiete vor: eine Beschwerde in Zivilsachen, eine Beschwerde in Strafsachen und eine Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten. Eine Sonderregelung gilt für kantonale Erlasse, die stets mit der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten anzufechten sind (abstrakte Normenkontrolle), unabhängig davon, aus welchem Rechtsgebiet der Erlass stammt. Die Einheitsbeschwerden sind subsidiär gegenüber kantonalen Rechtsmitteln und gegenüber anderen Rechtsmitteln des Bundesrechts. Die Einheitsbeschwerden sind reformatorischer, nicht kassatorischer Natur.

IV. Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht

Die Voraussetzungen für das Eintreten des Bundesgerichts auf die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten sind in Art. 77 ff. E-BGG geregelt. Neben Beschwerden in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten beurteilt das Bundesgericht gemäss Art. 106 E-BGG auch Klagen bei Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden sowie

Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen und Haftungsklagen aus der Amtstätigkeit von Magistratspersonen.

1. Beschwerdeobjekt

Nach Art. 77 E-BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts (nicht nur Verfügungen!), gegen kantonale Erlasse (abstrakte Normenkontrolle), betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger sowie betreffend Volkswahlen und –abstimmungen.

2. Ausnahmen

Art. 78 Abs. 1 E-BGG zählt in Anlehnung an den Negativkatalog von Art. 99 – 101 OG eine Vielzahl von Fällen auf, die sich nicht für eine richterliche Überprüfung eignen. Nach Art. 78 Abs. 2 E-BGG ist die Beschwerde auch in den nach Abs. 1 ausgeschlossenen Bereichen zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (Rechtsweggarantie). Da Bund und Kantone gesetzliche Ausnahmen von der Rechtsweggarantie nur in Ausnahmefällen vorsehen dürfen, führt die Möglichkeit, beim Bundesgericht Beschwerde wegen Verletzung der Rechtsweggarantie einzureichen, zu einer einheitlichen Auslegung dieses Anspruchs.

3. Streitwert

Eine Streitwertgrenze ist bei Beschwerden in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nur für den Bereich der Staatshaftung vorgesehen, weil er mit der zivilrechtlichen Haftung verwandt ist. Die Streitwertgrenze ist hier auf 40'000.— festgesetzt (Art. 79 E-BGG). Bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung kann das Bundesgericht auch angerufen werden, wenn die Streitwertgrenze nicht erreicht wird.

4. Vorinstanzen

nach Art. 80 ff. E-BGG können Vorinstanzen des Bundesgerichts sein: das Bundesverwaltungsgericht, letzte kantonale Instanzen, der kantonale Gesetzgeber, für Beschwerden betreffend politische Stimmberechtigung, Volkswahlen und –abstimmungen letzte kantonale Instanzen, Bundeskanzlei, Kantonsregierungen, das Bundesstrafgericht, die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen.

5. Beschwerdegründe

Mit der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten kann nach Art. 90 ff. E-BGG gerügt werden die Verletzung von: Bundesrecht (einschliesslich Verfassungsrecht), Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten, kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der

Bürger und über Volkswahlen und –abstimmungen, interkantonalem Recht. Als Beschwerdegrund gelten auch: die Anwendung von schweizerischem statt ausländischem Recht oder unrichtige Anwendung des ausländischen Rechts, die unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Zulässig ist nur noch die Kontrolle der Rechtmässigkeit.

6. Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdelegitimation ist in Art. 83 Abs. 1 E-BGG grundsätzlich gleich wie in Art. 103 OG für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde umschrieben.

7. Beschwerdefrist

Die Beschwerde ist in der Regel innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheides einzureichen, bei Beschwerden gegen einen Erlass innert 30 Tagen seit der nach kantonalem Recht massgeblichen Veröffentlichung. Für Sonderfälle sind kürzere Beschwerdefristen vorgesehen (Art. 94 f. E-BGG).

8. Beschwerdeschrift

Nach Art. 39 E-BGG gelten erhöhte Anforderungen an die Begründung der Beschwerdeschrift: Es ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt; ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, so ist auszuführen, warum eine solche frage vorliegt.

V. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Nach Art. 27 ff. E-VGG kann das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz und mit Klage als erste Instanz angerufen werden.

1. Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz

Mit Beschwerde können Verfügungen nach Art. 5 VwVG angefochten werden (Art. 27 E-BGG). Die Generalklausel für die Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist mit einem Negativkatalog versehen (Art. 28 E-VGG). Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts können nach Art. 29 E-VGG sein: Die Bundeskanzlei, die Departemente und die ihnen unterstellten oder administrativ zugeordneten Dienststellen der Bundesverwaltung, die Anstalten und Betriebe des Bundes, eidgenössische Kommissionen, Schiedsgerichte sowie Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung in Verrichtung einer öffentlichen Aufgabe, der Bundesrat und die Organe der Bundesversammlung, das Bundesgericht und das Bundesstrafgericht bei Personalfragen, kantonale Instanzen (nur ausnahmsweise, vgl. auch Art. 30 E-VGG). Das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen

Sachverhaltes und die Unangemessenheit überprüfen. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt also über voll Kognition. Das ergibt sich aus Art. 49 VwVG; dieses Gesetz ist für das Verfahren massgebend, soweit der E-VGG keine abweichenden Regelungen enthält.

2. Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz (Klageverfahren)

Nach Art. 31 E-VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht auf Klage Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen des Bundes und Streitigkeiten über Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten im Privatrechtsbereich.

V. Zuständigkeit des Bundesrates

Nach Art. 72 ff. VwVG verfügt der Bundesrat heute über nicht unbedeutende Restkompetenzen in der Verwaltungsrechtspflege. Diese Zuständigkeiten sollen weitgehend abgeschafft werden. Die Beschwerde wird in jedem Fall subsidiär zu andern Rechtsmitteln sein.

§28 Die Eigentumsgarantie

I. Rechtsgrundlage und Bedeutung der Eigentumsgarantie

1. Rechtsgrundlage

Seit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 ist die Eigentumsgarantie in Art. 26 BV verankert.

2. Ausgestaltung der Eigentumsordnung durch Verfassung und Gesetzgebung

Die Eigentumsgarantie gehört zu den Grundrechten mit wirtschaftlichem Charakter, beinhaltet aber auch eine ideelle Komponente, indem sie zur Persönlichkeitsentfaltung beiträgt. Das Eigentum ist in der Verfassung nicht absolut, umfassend gewährleistet, sondern in einer durch andere Verfassungsbestimmungen bereits relativierten, eingegrenzten Form. An diesem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff haben sich Gesetzgebung und Rechtsanwendung zu orientieren, indem sie die verschiedenen, für das Eigentum relevanten Werte der Verfassung gegeneinander abwägen und zum Ausgleich bringen. Die Eigentumsgarantie schützt ein Rechtsinstitut.

3. Funktionen der Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie hat einerseits eine Abwehrfunktion, indem sie gewisse staatliche Eingriffe ins Eigentum generell verbietet und andere vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig macht. Andererseits hat die Eigentumsgarantie konstitutive Funktion, indem sie den Staat verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen, die den Erwerb von Eigentum und die Nutzung der Eigentümerrechte erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen. Aus der Eigentumsgarantie selbst können in der Regel keine gerichtlich durchsetzbaren Ansprüche aus Leistungen des Staates hergeleitet werden. Jedoch besteht unter Umständen die Pflicht der Behörden, zum Schutz der Ausübung der Grundrechte zu intervenieren und durch aktives Handeln einen Eingriff in die Eigentumsgarantie zu beenden, der seinen Ursprung nicht in einer staatlichen Massnahme oder Entscheidung, sondern im Verhalten von andern Privaten hat.

4. Träger der Eigentumsgarantie

Träger der von der Eigentumsgarantie geschützten Rechte sind natürliche und juristische Personen des Privatrechts.

II. Die Eigentumsgarantie als Institutsgarantie

Die Institutsgarantie (Kerngehalts-, Wesensgehaltsgarantie) verbietet es dem Gesetzgeber, das Eigentum als Institut unserer Rechtsordnung in Frage zu stellen. Dieser Schutz des Instituts des Eigentums folgt aus Art. 36 Abs. 4 BV, welcher den Kerngehalt aller Grundrechte als unantastbar erklärt. Adressat der Institutsgarantie ist der Gesetzgeber, der keine Normen aufstellen darf, welche das Rechtsinstitut beseitigen, aushöhlen, seiner Substanz berauben oder seinen Wesenskern antasten.

III. Die Eigentumsgarantie als Bestandes- und Wertgarantie

In ihrer Hauptbedeutung schützt die Eigentumsgarantie nicht das Eigentum als Institut der Rechtsordnung, sondern den Bestand der konkreten Eigentumsrechte der Einzelnen. Sie verbietet allen staatlichen Organen, diese Rechte zu beschränken, sofern der Eingriff nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Eine Massnahme, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllt, verletzt die Eigentumsgarantie als Bestandesgarantie. Erscheint ein staatlicher Eingriff in das Eigentum unter dem Aspekt der Instituts- und Bestandesgarantie als zulässig, so stellt sich die Frage, ob er die Privaten derart trifft, dass das Gemeinwesen entschädigungspflichtig wird. Dies ist nach Art. 26 Abs. 2 BV der Fall bei materiellen und formellen Enteignungen. Die Eigentumsgarantie, die den Eingriff zulässt, verwandelt sich in dieser Situation in eine blosse Wertgarantie: Der Träger kann zwar über sein Recht gar nicht mehr oder nur noch in sehr beschränktem Umfang verfügen, er wird aber für die dadurch eintretenden Vermögenseinbussen entschädigt.

1. Schutzobjekte

Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist weiter als der privatrechtliche und beinhaltet neben den vermögenswerten Privatrechten eine Reihe von wohlerworbenen Rechten der Privaten gegenüber dem Gemeinwesen.

Geschützt sind das sachenrechtliche Eigentum und der Besitz an beweglichen und unbeweglichen Sachen, beschränkte dingliche und obligatorische Rechte sowie Immaterialgüterrechte. Umstritten sind die faktischen Rechte (Vorteile und Chancen, die sich nicht aus rechtlichen sondern aus tatsächlichen Gründen mit einem Vermögenswert verbinden). Unter die Eigentumsgarantie fallen auch gewisse öffentlichrechtliche Vermögensansprüche, die durch Gesetz oder individuelle Zusicherung als unwiderrufbar erklärt worden sind (wohlerworbene Rechte des öffentlichen Rechts). Dazu gehören einerseits die seit unvordenklicher Zeit bestehenden dinglichen Rechte (z.B. Wasserrechte zum Betrieb von Mühlen), die ihren Ursprung in einer nicht mehr bestehenden Rechtsordnung haben. Andererseits werden vertragliche oder vertragsähnliche Rechte als wohlerworben bezeichnet.

2. Inhalt des Schutzes durch die Bestandesgarantie

Ein staatlicher Eingriff, der zu einer Beschränkung der durch die Eigentumsgarantie geschützten Rechte führt, ist nur dann mit der Bestandesgarantie vereinbar, wenn er kumulativ die im folgenden dargestellten drei Voraussetzungen erfüllt.

Der staatliche Eingriff muss in einem Rechtssatz vorgesehen sein. Schwere Eingriffe sind grundsätzlich in einem Gesetz im formellen Sinn zu regeln. Ein schwerer Eingriff liegt dabei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel vor, wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird oder wenn durch Verbote und Gebote der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert wird.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse geeignet, einen Eingriff in die Eigentumsgarantie zu rechtfertigen, sofern das angestrebte Ziel nicht gegen andere Verfassungsnormen verstösst. Ausgeschlossen sind einzig rein fiskalische Interessen. Erforderlich ist stets ein aktuelles öffentliches Interesse.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip soll sicherstellen, dass die zur Erreichung des angestrebten Ziels eingesetzten Mittel geeignet und erforderlich sind und dass der Zweck der Massnahme deren Auswirkungen rechtfertigt. Wichtig ist dabei vor allem die Prüfung der Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung.

3. Inhalt des Schutzes durch die Wertgarantie

Art. 26 Abs. 2 BV sieht vor, dass der Staat bei formeller und materieller Enteignung volle Entschädigung zu leisten hat.

§30 Die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen

I. Begriff der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung und der materiellen Enteignung

1. Begriff der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung

Der Begriff der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung umfasst nur jene staatlichen Eingriffe, durch die das Eigentum nicht entzogen, sondern die Befugnisse, es zu nutzen oder darüber zu verfügen, durch das öffentliche Recht beschränkt werden. Wichtig sind bei der Umschreibung zwei Elemente: Zum Einen findet kein Übergang eines vermögenswerten Rechtes statt und zum Anderen werden die Berechtigten gestützt auf das öffentliche Recht beschränkt in ihren Befugnissen betreffend Nutzung oder betreffend Verfügung über ihr Eigentum. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen können durch Verfügung, Rechtssatz oder Nutzungsplan angeordnet werden.

2. Überblick über die drei Arten von öffentlichrechtlichen Eingriffen ins Eigentum

Öffentlichrechtliche Eingriffe ins Eigentum

- Formelle Enteignung
- Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung
 - Materielle Enteignung
 - Entschädigungslose öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung

3. Unterscheidungsmerkmale für die drei Arten von öffentlichrechtlichen Eingriffen ins Eigentum

Eine formelle Enteignung liegt vor, wenn vermögenswerte Rechte durch einen Hoheitsakt ganz oder teilweise entzogen und in der Regel auf den Enteigner übertragen werden. Ausnahmsweise geht das Recht auch unter oder es wird zugunsten des Enteigners ein neues Recht begründet. Die formelle Enteignung erfolgt gegen volle Entschädigung, mit deren Bezahlung das Recht ohne Weiteres auf den Enteigner übergeht.

Die materielle Enteignung unterscheidet sich von der formellen Enteignung dadurch, dass die Trägerschaft der vermögenswerten Rechte unverändert bleibt. Das Gemeinwesen beschränkt aber die Verfügungs- oder Nutzungsbefugnisse im Interesse der Allgemeinheit derart, dass sich dies für den Eigentümer wie eine Enteignung auswirkt. Auch im Falle der materiellen Enteignung ist volle Entschädigung auszurichten, die hier allerdings nicht Voraussetzung des Übergangs des Rechts auf den Enteigner ist, sondern Folge einer Eigentumsbeschränkung, die einer Enteignung gleichkommt.

Bei den entschädigungslos zu duldenen öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen findet kein Eigentumsübergang statt; die Nutzungs- und Verfügungsbefugnisse des Eigentümers werden aber

eingeschränkt. Die Beschränkung der aus dem Eigentum fließenden Rechte ist in diesem Fall allerdings nicht so intensiv, dass sie einer Enteignung gleichkäme. Der Eingriff bleibt deshalb entschädigungslos.

II. Voraussetzungen der Zulässigkeit von öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen

Bevor die Frage der Entschädigung beantwortet werden kann, ist in einem separaten Verfahren die Zulässigkeit des Eingriffs zu prüfen. Dabei gilt dasselbe wie bereits in §28 erwähnt: Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung).

III. Voraussetzung und Umfang der Entschädigungspflicht

1. Voraussetzungen der Entschädigungspflicht (materielle Enteignung)

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis liegt eine materielle Enteignung vor, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seiner Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche, aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird. Geht ein Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (Sonderopfer). Zwei Elemente sind also jeweils zu prüfen: die Art des Gebrauchs des Rechts, das beschränkt wird, und die Art des Eingriffs.

Voraussetzung jeder materiellen Enteignung ist, dass entweder ein bisheriger, rechtmässig ausgeübter oder ein sehr wahrscheinlich in naher Zukunft möglicher Gebrauch einer Sache eingeschränkt wird. Ob ein künftiger Gebrauch sehr wahrscheinlich möglich gewesen wäre, bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Es muss eine nach der Rechtslage und den tatsächlichen Verhältnissen begründete Erwartung enttäuscht werden. Es sind also alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu prüfen und zu gewichten.

Das zweite Kriterium ist die Art des Eingriffs. Auch hier lassen sich zwei Fälle unterscheiden: die besondere Intensität und das Sonderopfer. Die besondere Intensität ist nach objektiven Kriterien zu bemessen. Abzustellen ist weniger auf die Höhe der rechnerisch ermittelten Vermögenseinbusse als auf das Ausmass der wirtschaftlichen Beeinträchtigung durch Verlust von Befugnissen, die nach der bisher geltenden Eigentumsordnung bestanden. Hierzu zählen vor allem Bauverbote (wenn sie unbefristet sind oder länger als 10 Jahre dauern und wenn sie mehr als einen Drittel des Grundstücks betreffen; Faustregeln des Bundesgerichts). Das Sonderopfer ist selten.

2. Höhe der Entschädigung

Es ist volle Entschädigung zu leisten. Für die Höhe ist die Differenz zwischen dem Verkehrswert vor und nach der Eigentumsbeschränkung massgebend. Zusätzlich kann auch noch Entschädigung aus Vertrauensschutz geschuldet sein (Art. 9 BV). Entschädigungspflichtig wird jenes Gemeinwesen, das die Eigentumsbeschränkung angeordnet hat.

3. Für die Berechnung massgeblicher Zeitpunkt

Für die Bemessung der Entschädigung bei materieller Enteignung ist stets der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Eigentumsbeschränkung massgebend. Bei übermässiger Verzögerung des Entscheides über die Rechtmässigkeit einer planerischen Massnahme, die zu einer materiellen Enteignung führt, sind jedoch für die Dauer der Verzögerung Verzugszinsen geschuldet.

4. Rechtsschutz

Gegen die Entscheide letzter kantonaler Instanzen über Entschädigungen als Folge von Eigentumsbeschränkungen, die durch Planungen nach dem RPG entstehen, ist gemäss Art. 34 RPG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gegeben. Beschwerdeberechtigt sind neben den betroffenen Privaten auch Kantone und Gemeinden. Stehen die Voraussetzungen der Zulässigkeit der materiellen Enteignung in Frage oder handelt es sich nicht um eine Eigentumsbeschränkung, welche ihre Ursache in einer Planungsmassnahme hat, so ist die staatsrechtliche Beschwerde gegeben.

IV. Entschädigungslose öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen

1. Allgemeines

Unabhängig von einer allenfalls bestehenden Entschädigungspflicht müssen sich alle öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Drei Gründe können zur Folge haben, dass eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung nicht als materielle Enteignung erscheint und entschädigungslos zu dulden ist: wenn kein bisheriger oder künftiger, sehr wahrscheinlicher Gebrauch einer Sache betroffen ist, wenn kein schwerer Eingriff vorliegt und auch kein Sonderopfer gegeben ist. Keine Entschädigung wird sodann bei gewissen polizeilich motivierten Eigentumsbeschränkungen gewährt.

2. Anwendungsfälle

3. Sonderfall der polizeilich motivierten Eigentumsbeschränkungen

Bis zum Jahre 1980 ging das Bundesgericht davon aus, die Frage der Entschädigungspflicht des Gemeinwesens für Eigentumsbeschränkungen stelle sich nicht, wenn der Eingriff (nur!) zum Schutz von Polizeigütern erfolge. Der Polizeibegriff sei allerdings eng zu verstehen; die Massnahme müsse gegen den Störer gerichtet und zur Abwendung einer konkreten, d.h. ernsthaften und unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit nötig sein. Ausnahmen vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilich motivierter Eigentumsbeschränkungen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung namentlich dann möglich, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen gegeben sind: es muss sich um einen besonders schweren Eingriff in das Privateigentum handeln; der Eingriff erfolgt zum Schutz der Allgemeinheit und nicht primär im Interesse der Grundeigentümer. H/M finden diese Ausnahme mehr als fragwürdig...

§31 Formen der öffentlichrechtlichen Haftung

I. Allgemeines

1. Das Problem: Haftung für Schaden im öffentlichen Recht

Tätigkeiten und Unterlassungen von Behörden und Beamten können Schäden verursachen. Als Geschädigte kommen in Frage: Private und Staat. Dabei stellt sich zuerst die Frage, ob der Schaden durch die Verursacher ersetzt wird oder ob ihn die Geschädigten tragen müssen. Nach herrschender Praxis besteht aufgrund des Legalitätsprinzips ein Anspruch auf Schadenersatz nur, wenn und soweit ein Rechtssatz dies vorsieht. Diese Auffassung ist allerdings umstritten. Können die Geschädigten Ersatz des Schadens verlangen, so fragt sich weiter, wer dafür haftbar ist. Grundsätzlich kommen drei Möglichkeiten in Betracht: Haftung des Staates, Haftung der handelnden Behörde bzw. Beamten oder Staat und Behörden bzw. Beamte haften gemeinsam.

2. Rechtsgrundlagen

Die schweizerische öffentlichrechtliche Haftungsordnung ist föderalistisch strukturiert. Die Haftung richtet sich nach Bundesrecht, soweit der Schaden durch Personen verursacht wird, denen die Ausübung eines öffentlichen Amtes des Bundes übertragen ist (Art. 1 Abs. 1 VG). Ausserdem hat der Bund für gewisse Beamten spezielle Haftungsregeln erlassen. In allen übrigen Fällen sind die Vorschriften der jeweiligen kantonalen Haftungsgesetze massgebend. Dies gilt auch dann, wenn Beamte der Kantone oder Gemeinden beim Vollzug von Bundesrecht, der ihnen nach der gesetzlichen Ordnung obliegt, einen Schaden verursachen.

Exkurs: In einem Urteil des EuGH (EuGRZ 19 [1992] 60, 62 f.) wird festgehalten, dass ein Mitgliedstaat auf Grund der durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) geschaffenen Rechtsordnung zum Ersatz der Schäden verpflichtet werde, die den Einzelnen durch Verstösse gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, welche diesem Staat zuzurechnen sind. Unter

bestimmten Voraussetzungen hätten die Einzelnen einen Anspruch auf Entschädigung, der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet sei. Der Staat habe im Rahmen des nationalen Haftungsrechts die Folgen des durch die Verletzung seiner gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen verursachten Schadens zu beheben.

3. Allgemeine und spezielle Haftungsregeln

Neben der allgemeinen Haftungsregelung im Verantwortlichkeitsgesetz (VG) gibt es auf Bundesebene eine Reihe von Spezialgesetzen, welche Haftungsbestimmungen enthalten. Die speziellen Haftungsregelungen gehen der allgemeinen Ordnung im VG vor (Art. 3 Abs. 2 VG). Auch im kantonalen Recht können besondere Vorschriften in Spezialgesetzen von der allgemeinen Regelung im kantonalen Haftungsgesetz abweichen.

4. Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts

Nach dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts sollen öffentlichrechtliche Haftungsbestimmungen nur noch im Bereich der Ausübung hoheitlicher Gewalt zur Anwendung kommen. Im Übrigen wären die zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen auch für den Bund, die Kantone und die Gemeinden sowie ihre Körperschaften, Anstalten und Beamten massgebend. Dieser Vorschlag ist sehr umstritten.

II. Die möglichen Regelungen der Haftung gegenüber Dritten

1. Staats- und Beamtenhaftung

Die Frage, ob der Staat oder der Beamte oder beide haftbar seien, stellt sich nur, wenn Dritte geschädigt worden sind, nicht aber, wenn der Staat durch das Verhalten seiner Beamten einen Schaden erlitten hat. Die möglichen Regelungen bezüglich des Haftungssubjekts weisen aus der Sicht der Geschädigten und aus derjenigen der Allgemeinheit Vor- und Nachteile auf. Haftet der Staat allein, so müssen öffentliche Mittel (Steuergelder!) für den Ersatz des Schadens eingesetzt werden, der von Behörden oder Beamten verursacht wurde; diese tragen kein finanzielles Risiko für ihre Handlungen oder Unterlassungen, sind also vermögensrechtlich nicht dafür verantwortlich, was sich auf die Sorgfalt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben auswirken kann. Bei der Staatshaftung ist es möglich, auf das Verschulden als Voraussetzung zu verzichten und sie als Kausalhaftung auszugestalten. Der Haftung der Behörden und Beamten kann auf der anderen Seite dazu führen, dass diese zur Vermeidung von finanziellen Risiken allzu ängstlich, zögernd oder gar nicht entscheiden oder handeln. Zudem besteht die Gefahr, dass der Schaden infolge Zahlungsunfähigkeit der haftenden Behördenmitglieder oder Beamten nicht ersetzt werden kann. Es liegt deshalb nahe, Lösungen zu treffen, bei welchen sich die Geschädigten an den Staat halten können, aber die den Schaden

verursachenden Behörden und Beamten sich unter gewissen Voraussetzungen an der Deckung des Schadens beteiligen müssen. Die wichtigsten Formen sind:

Ausschliessliche Beamtenhaftung (nur mit Verschulden!), Primäre Beamtenhaftung mit subsidiärer Staatshaftung (der Staat wird für den Verlust verantwortlich, der durch die Zahlungsunfähigkeit der Beamten entstanden ist), Solidarische Haftung von Staat und Beamten, Ausschliessliche Staatshaftung (überwiegende Variante in der Schweiz, Regressforderungen vom Staat an die Beamten sind möglich).

2. Verschuldens- und Kausalhaftung

Nach dem Haftungsgrund kann zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung unterschieden werden. Die Beamtenhaftung ist regelmässig als Verschuldenshaftung ausgestaltet. Bei der Staatshaftung finden sich beide Arten, wobei die Tendenz in Richtung Kausalhaftung geht. Bei der Verschuldenshaftung können die Geschädigten in eine schwierige Lage geraten, wenn sie beweisen müssen, dass der Beamte den Schaden schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) verursacht hat.

3. Haftung für rechtmässig und rechtswidrig zugefügten Schaden

Die Unterscheidung zwischen der Haftung für rechtmässig und rechtswidrig zugefügten Schaden knüpft ebenfalls am Haftungsgrund an. Die Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung oder Unterlassung ist regelmässig Voraussetzung der Staats- oder Beamtenhaftung. Der Staat haftet ausnahmsweise auch für rechtmässig zugefügten Schaden, wenn den Geschädigten nicht zugemutet werden kann, ihn zu tragen.

§32 Die Staatshaftung

I. Haftungssubjekte

Der Anspruch auf Schadenersatz kann sich gegen Bund, Kantone, Gemeinden oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts richten. Im Bund können auch ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende und mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraute Organisationen Haftungssubjekte sein (Art. 19 VG).

II. Voraussetzungen der allgemeinen Staatshaftung

1. Schaden

Die Haftung des Staates setzt den Eintritt eines Schadens voraus. Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis und dem, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Unter bestimmten Voraussetzungen kann zudem ein Anspruch auf Ersatz von immateriellen Schäden durch Leistung einer Geldsumme als Genugtuung geltend gemacht werden (vgl. Art. 6 VG). Reduktionsgründe und spezielle Berechnungsregeln finden sich in Art. 4 f. VG.

2. Personen, für deren Verhalten der Staat haftbar werden kann

Das jeweils anwendbare Haftungsgesetz umschreibt den Kreis der Personen, für deren Verhalten der Staat haftbar gemacht werden kann. Dem VG liegt ein weiter Beamtenbegriff zugrunde. Darunter fällt jede Person, die unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut ist (Art. 1 Abs. 1 lit. f VG). Es ist sogar belanglos, ob überhaupt ein Dienstverhältnis zum Bund besteht. Für das Verhalten von Organen oder Angestellten einer mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation haftet nach Art. 19 Abs. 1 lit. a VG primär die Organisation, der Bund nur subsidiär, soweit die Organisation die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag.

3. Öffentlichrechtlicher Tätigkeitsbereich

Der Staat haftet für schädigende Handlungen oder Unterlassungen im Bereich der vom öffentlichen Recht geregelten amtlichen Tätigkeiten (Art. 3 VG). Demgegenüber richtet sich die Haftung nach den Vorschriften des Privatrechts, soweit der Staat als Subjekt des Privatrechts auftritt, also insbesondere im Bereiche der Verwaltung des Finanzvermögens, der administrativen Hilfstätigkeiten und der fiskalischen Wettbewerbswirtschaft. Im Bund steht auch in diesen Fällen den Geschädigten nur ein Anspruch gegen den Bund, nicht gegen die fehlbaren Beamten zu (Art. 11 Abs. 2 VG).

4. Handlungen oder Unterlassungen in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit

der Staat kann nur haftbar werden, wenn ein funktioneller Zusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und einer amtlichen Tätigkeit besteht (Art. 3 VG). Dies umfasst aber nicht Handlungen, die bei Gelegenheit einer amtlichen Tätigkeit erfolgen.

5. Widerrechtlichkeit

Die schädigende Handlung muss grundsätzlich rechtswidrig sein. Dabei sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zwei Fälle zu unterscheiden: Die Verletzung von absolut geschützten Rechtsgütern ist immer widerrechtlich. Bei einer Beeinträchtigung des Vermögens muss hingegen ein Verstoss gegen ein Ge- oder Verbot der Rechtsordnung vorliegen, welches dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dient. Unterlassungen sind nur rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Vorausgesetzt wird somit eine Dienstpflichtverletzung. Die Verletzung von absolut

geschützten Rechtsgütern ist nicht widerrechtlich, wenn die schädigende Handlung durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt wird. Im Vordergrund steht im Bereich der Staatshaftung die rechtmässige Ausübung hoheitlicher Gewalt. Die Schädigung der Amtshandlung ist dann gerechtfertigt, wenn sie der gesetzlich vorgesehene Sinn und Zweck der Handlung ist oder wenn sie zwangsläufig mit der Durchführung des Gesetzes verbunden ist. Ein weiterer bedeutsamer Rechtfertigungsgrund ist die Einwilligung der Verletzten.

Wird ein Entscheid im Rechtsmittelverfahren geändert oder aufgehoben, so steht seine Rechtswidrigkeit fest. Es fragt sich, ob das für den Entscheid verantwortliche Gemeinwesen für den Schaden, der durch den rechtswidrigen Entscheid entstanden ist, haftbar gemacht werden kann. Haftungs begründende Widerrechtlichkeit ist nur dann gegeben, wenn diese Personen eine für die Ausübung ihrer Funktion bedeutsame Pflicht, d.h. eine wesentliche Amtspflicht, verletzt haben.

6. Adäquater Kausalzusammenhang

Bei der Staatshaftung muss zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden ein Kausalzusammenhang bestehen, d.h. die Schadenursache muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder zu begünstigen.

7. Verschulden

Die allgemeine Staatshaftung ist in der Regel als Kausalhaftung ausgestaltet, setzt also nur Widerrechtlichkeit, aber kein Verschulden voraus.

8. Ausschluss der Überprüfung von formell rechtskräftigen Verfügungen, Entscheiden und Urteilen

Im Verantwortlichkeitsprozess ist die Überprüfung formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile ausgeschlossen (Art. 12 VG). Nach dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes können die Mängel einer Verfügung nur im Verfahren der Verwaltungsrechtspflege, nicht auch noch im Verantwortlichkeitsprozess geltend gemacht werden (Subsidiarität der Staatshaftung gegenüber dem Verwaltungsrechtsschutz). Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Grundsatz.

9. Reduktionsgründe bei der Schadenersatzbemessung

Die Ersatzpflicht kann ermässigt oder es kann gänzlich von ihr entbunden werden, wenn die geschädigte Person in die schädigende Handlung eingewilligt hat oder wenn Umstände, für die sie einstehen muss, auf die Entstehung oder die Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben (Art. 4 VG).

10. Verjährung/Verwirkung

Der Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung gegenüber dem Gemeinwesen erlischt infolge Zeitablaufs (Art. 20 Abs. 1 VG). Wird der Anspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so kommt diese nicht zur Anwendung (im Gegensatz zu Art. 23 Abs. 2 VG).

III. Besondere Haftungsregelungen

1. Haftung gemäss Privatrecht

Die Haftung für Staatstätigkeiten, die keinen amtlichen, sondern privatrechtlichen bzw. gewerblichen Charakter tragen, bestimmt sich nach den Regeln des Privatrechts. Der Staat tritt bei der administrativen Hilfstätigkeit und bei der Verwaltung des Finanzvermögens als Privatrechtssubjekt auf. Wird bei diesen privatrechtlichen Tätigkeiten ein Schaden verursacht, kommen die Vorschriften über die unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR), die Geschäftsherrnhaftung (Art. 55 OR) und die Organhaftung (Art. 55 ZGB) zur Anwendung.

Bei der Grundeigentümerhaftung können entweder Enteignungsrecht oder privatrechtliche Regeln (Art. 679 ZGB), je nach Fall, zur Anwendung kommen. Ebenfalls möglich ist eine Werkeigentümerhaftung.

2. Haftung gemäss Spezialgesetz

Bund und Kantone haben in Spezialerlassen abweichende Haftungsregelungen getroffen, die den allgemeinen Vorschriften des VG vorgehen (Art. 3 Abs. 2 VG): Führung des Grundbuches (Art. 955 ZGB), Schuldbetreibung und Konkurs (Art. 5ff. SchKG), Führung des Handelsregisters (Art. 928 OR), Zivilstandswesen (46 ZGB), Motorfahrzeughalter (Art. 73 SVG), Schäden aus militärischen Veranstaltungen (Art. 135 ff. MG), Schäden aus dienstlichen Verrichtungen des Zivilschutzes (Art. 58 ff. ZSG).

3. Exkurs: Haftung nach europäischem Gemeinschaftsrecht

IV. Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden

1. Das Problem

Schäden, die durch rechtmässige Handlungen verursacht werden, haben im Allgemeinen die Geschädigten zu tragen. Dies kann zu sehr stossenden Ergebnissen führen, wenn der Schaden durch eine Handlung entstanden ist, welche die Geschädigten nicht veranlasst und von der sie auch nicht profitiert haben. Das Problem wird durch die neuere Rechtsprechung zum Begriff der

Widerrechtlichkeit erheblich entschärft. Die Frage bleibt jedoch dann von Bedeutung, wenn entweder ein Rechtfertigungsgrund besteht oder ein blosser Vermögensschaden vorliegt.

2. Fälle mit gesetzlicher Regelung

Für bestimmte Fälle der rechtmässigen Zuführung von Schäden durch Organe des Staates sieht das Gesetz eine Ersatzpflicht des Staates vor. Das VG enthält keine Regelung über die Haftung des Bundes für Schäden, die durch rechtmässige Handlungen oder Unterlassungen entstanden sind. Die kantonalen Haftungsgesetze statuieren dagegen häufig eine Entschädigungspflicht des Staates für Schäden, welche Dritten aufgrund bestimmter polizeilicher Massnahmen entstehen.

3. Fälle ohne gesetzliche Regelung

Fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, so haftet der Staat nach dem Legalitätsprinzip grundsätzlich nicht. Es fragt sich aber, ob sich eine Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässig zugefügten Schaden aus Art. 8 BV herleiten lässt, wenn es als ein unzumutbares, mit dem Prinzip der Lastengleichheit nicht zu vereinbarendes Sonderopfer erschiene, die Betroffenen den Schaden selbst tragen zu lassen.

V. Rechtsschutz

1. Rechtsschutz im Bund

Die Geschädigten haben ihre Ansprüche gegen den Bund bei einer durch Verordnung des Bundesrates bezeichneten Behörde geltend zu machen; diese erlässt eine Verfügung, welche der Beschwerde an die Rekurskommission für die Staatshaftung und hierauf der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegt.

2. Rechtsschutz in den Kantonen

Die Kantone sehen die Möglichkeit eines Rechtsmittels an ein kantonales Verwaltungsgericht oder die Zuständigkeit eines Zivilgerichtes vor.

§34 Begriff und Arten der öffentlichen Sachen

I. Allgemeines

1. Begriff der öffentlichen Sache i.w.S.

Öffentliche Sachen i.w.S. sind alle Sachen, deren sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient. Massgebend für die Zugehörigkeit zu den öffentlichen Sachen i.w.S. ist deren Zweckbestimmung und die Verfügungsmöglichkeit (Hoheit) des Staates darüber. Dagegen bildet das Eigentum kein Anknüpfungskriterium; öffentliche Sachen können auch im Privateigentum stehen.

2. Überblick über die Arten von öffentlichen Sachen

Öffentliche Sachen i.w.S.

- Finanzvermögen
- Öffentliche Sachen i.e.S.
 - Verwaltungsvermögen
 - Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch

II. Das Finanzvermögen

Das Finanzvermögen dient der Erfüllung staatlicher Aufgaben nur mittelbar, durch seinen Vermögenswert oder seine Erträge. Es handelt sich um realisierbare Aktiven des Staates. Das Finanzvermögen untersteht im Aussenverhältnis den Vorschriften des Privatrechts. Es können sich schwierige Abgrenzungen ergeben, z.B. wenn eine Sache unmittelbar zur staatlichen Aufgabenerfüllung dient, gleichzeitig aber auch Erträge abwirft (Verwaltungsvermögen!).

III. Das Verwaltungsvermögen

1. Begriff

Zum Verwaltungsvermögen gehören jene Werte, die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung der öffentlichen Aufgaben dienen.

2. Nutzung

Ähnlich wie bei Sachen im Gemeingebrauch kann auch beim Verwaltungsvermögen zwischen ordentlicher Nutzung (Gemeingebrauch), ausserordentlicher Nutzung (gesteigerter Gemeingebrauch) und Sondernutzung unterschieden werden. Wird Verwaltungsvermögen bestimmungsgemäss im Rahmen der Verwaltungstätigkeit gebraucht, so liegt eine ordentliche Nutzung vor. Soweit Verwaltungsvermögen nicht für den bestimmungsgemässen Gebrauch benötigt wird, kann es vorübergehend auch für eine ausserordentliche Nutzung zu anderen Zwecken zur Verfügung gestellt werden. Sondernutzung an Verwaltungsvermögen bedeutet, dass Private von Verwaltungsvermögen

längerfristig exklusiv Gebrauch machen können. Schliesslich sind auch Mischformen denkbar. Die Auswahl der Nutzungsberechtigten in den Fällen der ausserordentlichen Nutzung und der Sondernutzung sollte nach ähnlichen Regeln erfolgen wie bei den Sachen im Gemeingebrauch. In einem offenen Verfahren ist allen Interessierten Gelegenheit zu geben, sich um das Nutzungsrecht zu bewerben; die Auswahl der Berechtigten muss nach sachlichen Kriterien erfolgen.

3. Finanzreferendum

Der Erwerb von Finanzvermögen stellt keine Ausgabe, sondern eine Kapitalanlage dar, die jederzeit realisierbar ist, weshalb ein Finanzreferendum i.S. eines Ausgabenreferendums entfällt. Demgegenüber führen sowohl der Erwerb von Verwaltungsvermögen als auch die Umwandlung von Finanz- in Verwaltungsvermögen zu einer Ausgabe, die je nach den anwendbaren kantonalen oder kommunalen Bestimmungen dem Finanzreferendum unterliegt.

IV. Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

1. Begriff

Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch stehen allen Privaten zur Benutzung offen. Im Gegensatz zum Finanzvermögen dienen die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und sind nicht realisierbar. Gegenüber dem Verwaltungsvermögen unterscheiden sie sich durch den offenen Benutzerkreis.

2. Begründung des Gemeingebrauchs

Der Gemeingebrauch kann sich aus der Natur der öffentlichen Sache ergeben. Dies ist z.B. bei Seen und Flüssen der Fall. Die Widmung begründet den Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache, die nicht schon nach ihrer natürlichen Beschaffenheit allen Privatpersonen zur Benutzung offen steht; sie erfolgt z.B. bei der Eröffnung neuer Strassen. Es handelt sich um eine Verfügung, mit welcher eine Sache öffentlich erklärt, d.h. zur Benutzung durch die Allgemeinheit für einen bestimmten Zweck bestimmt wird. Die Widmung kann auch formlos erfolgen, sofern damit nicht bestimmte Beschränkungen oder Verpflichtungen für die Benutzer verbunden werden. Die Widmung setzt die Verfügungsmacht des Gemeinwesens über die öffentliche Sache voraus. Wenn die Benutzung seitens der Allgemeinheit beendet werden soll, bedarf es einer Entwidmung.

3. Träger der Herrschaft

Träger der Herrschaft über öffentliche Sachen im Gemeingebrauch können Bund, Kantone und Gemeinden sein. Sie haben die Nutzung ihrer öffentlichen Sachen zu regeln. Daher können sich schwierige Probleme der Kompetenzabgrenzung ergeben. Herrschaft und Eigentümerstellung können

auseinanderfallen. So gibt es namentlich Privatstrassen im Gemeingebrauch, für welche das zuständige Gemeinwesen die Nutzungsordnung festlegt.

V. Anwendbares Recht

Es stellt sich vor allem die Frage, ob und wie weit bei den öffentlichen Sachen privates oder öffentliches Recht zur Anwendung kommt.

1. Finanzvermögen

Das Finanzvermögen untersteht im Aussenverhältnis (Verhältnis Staat – Private) grundsätzlich dem Privatrecht. Wenn der Staat bei der Verwaltung des Finanzvermögens als Subjekt des Privatrechts handelt, hat er die für alle Privaten massgebenden öffentlichrechtlichen Vorschriften zu beachten und ist an die Verfassung gebunden. Aus der Massgeblichkeit des Privatrechts im Aussenverhältnis ergeben sich folgende Konsequenzen: Streitigkeiten zwischen Staat und Privaten sind durch Zivilgerichte zu beurteilen, in schuldbetreibungsrechtlicher Hinsicht unterliegen der Bund, die Kantone und die Gemeinden als Eigentümer von Finanzvermögen der Pfändung und der betreibungsrechtlichen Verwertung, die Gemeinden können sich gegen kantonale Hoheitsakte, die in ihr Finanzvermögen eingreifen, wie Private mit staatsrechtlicher Beschwerde zur Wehr setzen.

Nach öffentlichem Recht bestimmt sich das Innenverhältnis, d.h. die Zuständigkeit zum Entscheid über die Verwaltung des Finanzvermögens und das Verfahren, in welchem dieser Entscheid zu treffen ist.

2. Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch

Nach der monistischen Theorie gilt für die öffentlichen Sachen i.e.S. ausschliesslich öffentliches Recht. Es besteht eine besondere öffentlichrechtliche Eigentumsordnung.

Nach der in der Schweiz massgebenden dualistischen Theorie finden sowohl öffentliches wie privates Recht auf die öffentlichen Sachen i.e.S. Anwendung. Das Privatrecht bestimmt namentlich Inhalt und Begriff des Eigentums und der dinglichen oder obligatorischen Rechte an öffentlichen Sachen i.e.S. sowie die Formen der Begründung und Übertragung dieser Rechte. Demgegenüber richten sich Verfügungsmacht und Zweckbestimmung im Allgemeinen nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts; dieses regelt insbesondere die konkreten Nutzungsmöglichkeiten, den Schutz von öffentlichen Sachen i.e.S. vor Beschädigungen sowie Abgaben für bestimmte Arten der Benutzung. Die Benutzung von Verwaltungsvermögen und das Verhältnis zwischen Staat und Benutzer sind daher im Allgemeinen öffentlichrechtlich geregelt. Ausnahmen bestehen vor allem bei öffentlichen Anstalten, wenn das öffentliche Recht das Benutzungsverhältnis dem Privatrecht unterstellt. Bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch untersteht das Verhältnis zwischen dem Träger der Herrschaft und dem Benutzer dagegen immer dem öffentlichen Recht.

3. Haftung für öffentliche Sachen

Die Haftung für öffentliche Sachen bestimmt sich nach dem Privatrecht. Bei Schädigungen des Nachbarn durch Eigentumsüberschreitungen des Staates, welche die notwendige Folge der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe sind, kommt jedoch das Enteignungsrecht zur Anwendung.

§35 *Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch*

I. Gemeingebrauch

1. Begriff

Gemeingebrauch ist die Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist und grundsätzlich jedermann, d.h. einer unbestimmten Zahl von Benutzern gleichzeitig, ohne Erteilung einer Erlaubnis und in der Regel unentgeltlich offen steht.

2. Voraussetzungen und Elemente

Die nachstehenden Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein:

Bestimmungsgemässer Gebrauch, Gemeinverträglichkeit des Gebrauchs (der Gebrauch der Sache muss so erfolgen, dass die gleichzeitige Benutzung durch andere nicht erheblich erschwert wird), Gleichbehandlung der Benutzer (die Benutzer haben jedoch kein Recht auf eine bestimmte Nutzung), keine Bewilligungspflicht, grundsätzliche Unentgeltlichkeit

3. Benutzungsordnung

Der Erlass einer generellen Benutzungsordnung ist zulässig und notwendig, um die Gemeinverträglichkeit der Nutzung der öffentlichen Sache und den rechtsgleichen Zugang für jedermann sicherzustellen. Sie dient zudem dem Schutz der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch vor Beschädigung.

4. Anwendungsfälle

5. Rechtsstellung des Anstössers

Bis vor kurzem war die Meinung vorherrschend, dass dem Anstösser an öffentlichen Strassen und Gewässern grundsätzlich keine bessere Rechtsstellung als den übrigen Benutzern zukomme. Er genieße lediglich einen faktischen Vorteil, sofern das kantonale Recht keine abweichenden

Regelungen treffe. Heute werden dem Anstösser mehr Rechte zugesprochen, namentlich kann er eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verstosses gegen das Willkürverbot, zur Wahrung der Wirtschaftsfreiheit und zur Eigentumsgarantie geltend machen.

II. Gesteigerter Gemeingebrauch

1. Begriff

Gesteigerter Gemeingebrauch ist diejenige Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die nicht mehr bestimmungsgemäss oder nicht mehr gemeinverträglich ist und andere Benutzer wesentlich einschränkt, aber nicht ausschliesst. Sie ist normalerweise bewilligungspflichtig und kann mit der Erhebung einer Gebühr verbunden werden.

2. Voraussetzungen und Elemente

Gesteigerter Gemeingebrauch liegt vor, wenn der Gebrauch der öffentlichen Sache entweder nicht bestimmungsgemäss oder nicht gemeinverträglich ist.

Überschreiten des bestimmungsgemässen Gebrauchs (der bestimmungsgemässe Gebrauch beurteilt sich nach der natürlichen Beschaffenheit der öffentlichen Sache, nach der Widmung oder nach der seit unvordenklicher Zeit praktizierten Nutzung) oder Fehlen der Gemeinverträglichkeit (erhebliche Beeinträchtigung der Nutzung durch andere zum Gemeingebrauch berechnigte Personen), Beeinträchtigung von anderen Benutzungsberechnigten, Bewilligungspflicht (Bewilligung sui generis muss von Polizeierlaubnis und Konzession abgegrenzt werden; es wird eine grundsätzlich erlaubte Tätigkeit gestattet), Entgeltlichkeit (Benutzungsgebühr kann erhoben werden).

3. Anwendungsfälle

4. Besonderheiten bei der Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund

Kann man sich bei der Benutzung des öffentlichen Grundes auf die Freiheitsrechte berufen? Heute wird angenommen, der Staat habe bei seiner Entscheidung über die Benutzung von öffentlichen Sachen die Grundrechte zu berücksichtigen, wobei zwischen dem Interesse der Allgemeinheit am bestimmungsgemässen Gebrauch der öffentlichen Sache und dem Interesse der Gesuchsteller an der Grundrechtsausübung abzuwägen und dem besonderen Gehalt der Grundrechte Rechnung zu tragen ist. Es besteht somit ein bedingter Anspruch auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs; die Verweigerung stellt eine Einschränkung von Grundrechten dar.

III. Sondernutzung

1. Begriff

Sondernutzung ist derjenige Gebrauch einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, der nicht bestimmungsmässig ist, bei welchem die Berechtigten eine ausschliessliche Verfügung über einen Teil der Sache erhalten und der die Erteilung einer Konzession voraussetzt. Die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung fällt oft schwer.

2. Voraussetzungen und Elemente

Überschreiten des bestimmungsgemässen Gebrauchs (die Benutzung der öffentlichen Sache ist mit deren Zweckbestimmung nicht mehr vereinbar), Ausschluss anderer Benutzungsberechtigter, dauernde feste Verbindung mit der öffentlichen Sache als Indiz.

3. Sondernutzungskonzession

Eine Sondernutzungskonzession räumt das Recht auf Nutzung einer öffentlichen Sache ein. Die Sondernutzungskonzession ist immer befristet, sonst würde sich das Gemeinwesen der Hoheit über die öffentlichen Sachen entäussern, was nicht zulässig ist. Die Rechtsnatur der Sondernutzungskonzession ist umstritten.

§36 *Begriff, Voraussetzungen und Arten von polizeilichen Massnahmen*

I. Begriff der polizeilichen Tätigkeit und der polizeilichen Güter

1. Begriff der polizeilichen Tätigkeit

Polizei ist diejenige staatliche Tätigkeit, welche die öffentliche Ruhe und Ordnung, die öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr durch die Abwehr von Störungen und Gefährdungen schützt. In diesem Sinne ist die Polizei nicht etwa eine Behörde, sondern eine Funktion. Sie umfasst sowohl die Rechtssetzung als auch die Rechtsanwendung.

2. Die polizeilichen Schutzgüter

Öffentliche Ordnung und Sicherheit: die öffentliche Ordnung und Sicherheit bildet den Oberbegriff der polizeilichen Schutzgüter. Die öffentliche Ordnung umfasst alle Regeln, die nach der jeweils herrschenden Ansicht für das geordnete Zusammenleben der Privaten unerlässlich sind. Die

öffentliche Sicherheit bedeutet die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter der Einzelnen sowie der Einrichtungen des Staates.

Öffentliche Gesundheit

Öffentliche Sittlichkeit

Treu und Glauben im Geschäftsverkehr

3. Schutz öffentlicher oder auch privater Interessen (Schutz vor sich selbst)?

Schutz der Polizeigüter bedeutet stets im öffentlichen Interesse liegende Gefahrenabwehr. Damit schafft der Staat die Voraussetzungen für eine freiheitliche individuelle Lebensgestaltung und eine normale gesellschaftliche Entwicklung. Schwierig ist jedoch die Abgrenzung der öffentlichen gegenüber der privaten Interessen. Entscheidend ist nicht, ob der Einzelne oder die Allgemeinheit geschützt werden soll, sondern vielmehr, vor welchen Gefahren die Polizei die Menschen zu bewahren hat. Ausschlaggebend ist demzufolge nur die Natur des bedrohten Rechtsgutes, die Art der Gefahr, nicht die Zahl der Betroffenen. Von zentraler Bedeutung ist jedoch bei allen polizeilichen Massnahmen die Wahrung der Verhältnismässigkeit, die unter Umständen ein Eingreifen des Staates zum Schutz bestimmter Einzelinteressen als nicht angezeigt erscheinen lässt.

4. Ermächtigung oder Verpflichtung zu polizeilichem Handeln?

Nach klassischem Polizeirecht gilt das Opportunitätsprinzip, das bedeutet, dass die Behörden zu polizeilichem Handeln nur ermächtigt, nicht verpflichtet sind. In neuerer Zeit wird das polizeiliche Handeln mehr und mehr zur Pflicht. Die Behörden verfügen bei der Frage, ob und wie sie polizeilich handeln sollen, oft über einen weiten Beurteilungsspielraum. Dabei haben sie jedoch die Art des Polizeigutes, die Schwere der Gefahr, die verfügbaren Mittel sowie die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

II. Arten von polizeilichen Massnahmen

1. Generelle polizeiliche Regelung

Eine generelle polizeiliche Regelung liegt vor, wenn die Abwehr der Gefährdung von Polizeigütern durch einen Rechtssatz erfolgt.

2. Polizeiverfügung

Unter Polizeiverfügung versteht man eine individuell-konkrete Anordnung, die eine polizeiliche Massnahme zu Inhalt hat. Sie besteht in der Anordnung von konkreten Pflichten und Rechten und stützt sich auf generell-abstrakte Normen bzw. auf die Polizeigeneralklausel. Die Polizeiverfügung

kann eine bestimmte Tätigkeit zulassen (Polizeierlaubnis, polizeiliche Bewilligung) oder verbieten (Polizeibefehl).

3. Polizeiliche Realakte ohne Verfügungscharakter

Zu diesen Realakten zählen auch Vollzugshandlungen und polizeiliche Kontrollen, da sie weder Rechte noch Pflichten begründen.

4. Polizeiliche Bewilligungspflicht

Polizeiliche Bewilligungspflicht bedeutet, dass eine bestimmte Tätigkeit von einer Bewilligung abhängig gemacht wird, damit zum Voraus abgeklärt werden kann, ob diese Tätigkeit mit den polizeilichen Vorschriften übereinstimmt. Wo das Einschreiten von Fall zu Fall nicht genügt, d.h. eine bestimmte Tätigkeit nach der Erfahrung regelmässig mit gewissen polizeilichen Gefahren verbunden ist, ermöglicht die Einführung einer Bewilligungspflicht, eine Tätigkeit vor ihrer Aufnahme auf eine allfällig Gefährdung hin zu überprüfen (präventive Kontrolle). Die Einführung einer Bewilligungspflicht stellt in der Regel einen Eingriff in ein Freiheitsrecht dar.

5. Polizeimonopol

Durch das Polizeimonopol wird eine wirtschaftliche Tätigkeit zum Schutz der Polizeigüter ausschliesslich dem Staat vorbehalten. Im monopolisierten Bereich besteht grundsätzlich keine Wirtschaftsfreiheit.

III. Voraussetzungen für polizeiliche Massnahmen

1. Rechtliche Grundlage

Die polizeilichen Massnahmen unterstehen grundsätzlich dem Gesetzmässigkeitsprinzip. Polizeigesetze allgemeiner Art sind in der Schweiz relativ selten. Mehrere Kantone weisen auf diesem Gebiet ein Regelungsdefizit auf, das rechtsstaatlich nicht unbedenklich erscheint. Polizeiliche Normen finden sich indessen in zahlreichen Spezialerlassen.

Die polizeiliche Generalklausel ist der geschriebene (Art. 185 Abs. 3 BV) oder ungeschriebene Rechtssatz, welcher die zuständige Behörde ermächtigt, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu treffen, um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine bereits erfolgte schwere Störung zu beseitigen. Die Generalklausel kann einzig in Fällen zeitlicher Dringlichkeit angerufen werden und ist subsidiär zu den Rechtssätzen.

2. Öffentliches Interesse

Polizeiliche Massnahmen dienen ausschliesslich der Gefahrenabwehr, d.h. dem Schutz von Polizeigütern. Es ist aber oft schwierig, eine klare Abgrenzung gegenüber andern Interessen vorzunehmen. Repressive Massnahmen müssen ergriffen werden, wenn die Polizeigüter bereits beeinträchtigt worden sind. Sie bezwecken die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes. Präventive Massnahmen dienen dazu, das Entstehen polizeiwidriger Zustände zu verhindern. Die Polizeigüter sollen vor künftigen Gefahren geschützt werden.

3. Verhältnismässigkeit

Eine polizeiliche Massnahme darf in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht nicht weiter gehen, als es der polizeiliche Zweck erfordert. Eine gewisse Generalisierung ist aber erlaubt. Durch allgemeine Polizeivorschriften darf eine abstrakte Gefährdung eines Polizeigutes abgewendet werden.

4. Inanspruchnahme des Störers

Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich, dass die polizeiliche Massnahme sich nur gegen den Störer, nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustandes richten darf. Der Störer ist polizeirechtlich verpflichtet, eine Gefahr oder Störung zu beseitigen oder die Kosten für die Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu tragen.

Verhaltensstörer ist, wer durch sein eigenes Verhalten oder durch das Verhalten Dritter, für die er verantwortlich ist, die öffentliche Ordnung und Sicherheit unmittelbar stört oder gefährdet, Verhalten ist Tun oder Unterlassen, wobei ein Unterlassen die Störereigenschaft nur begründet, wenn eine besondere Rechtspflicht zu sicherheits- oder ordnungswahrendem Verhalten besteht. Die polizeiliche Verantwortlichkeit setzt kein Verschulden des Verhaltensstörers voraus.

Zustandsstörer ist, wer die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft hat über Sachen, welche die Polizeigüter unmittelbar stören oder gefährden. Das Verschulden des Zustandsstörers ist ebenfalls irrelevant.

Zweckveranlasser ist, wer durch sein Tun oder Unterlassen bewirkt oder bewusst in Kauf nimmt, dass ein anderer die Polizeigüter stört oder gefährdet. Die Lehre kritisiert die Anknüpfung an den Eventualvorsatz.

Ist eine Mehrzahl von Störern für einen polizeiwidrigen Zustand verantwortlich, so liegt eine polizeirechtliche Haftungskonkurrenz vor. Die zuständige Behörde muss die Störer, die sie in Anspruch nehmen will, nach bestimmten Grundsätzen auswählen. Es gibt keine Solidarhaftung.

IV. Polizeinotstand

1. 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. Der Polizei- ist vom Staatsnotstand zu unterscheiden, bei welchem die staatliche Existenz auf dem Spiel steht, sodass auch von der Verfassung abweichende Anordnungen als legitim erscheinen. Im Polizeinotstand sind dagegen nur polizeiliche Massnahmen zulässig, die nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im Übrigen aber mit der Verfassung vereinbar sind.

2. Polizeiliche Notstandsmassnahmen

Die rechtliche Grundlage für Massnahmen zur Behebung des Polizeinotstandes ist die Polizeigeneralklausel. Möglich sind Polizeinotverordnungen und Polizeinotverfügungen. Die Notverordnung kann nur für beschränkte Zeit Geltung beanspruchen.

3. Besonderheiten

Bei polizeilichen Notstandsmassnahmen sind folgende Besonderheiten zu beachten, die von den Voraussetzungen für polizeiliche Massnahmen im Allgemeinen abweichen: Abweichung vom Störerprinzip (Verhältnismässigkeitsprinzip!), Staatshaftung (für einen rechtmässigen Eingriff).

§37 Die Polizeierlaubnis

I. Begriff und Rechtsnatur

1. Begriff

Die Polizeierlaubnis ist die Verfügung, welche auf Gesuch hin eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit zulässt, indem sie bestätigt, dass die zum Schutz der Polizeigüter aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieser Tätigkeit erfüllt sind.

2. Rechtsnatur

Die Polizeierlaubnis ist entgegen der vielfachen Anführung der Feststellungsverfügung eine rechtsgestaltende Verfügung.

3. Abgrenzung zu anderen Bewilligungen

Die anderen Bewilligungen verfolgen nicht hauptsächlich polizeiliche Zwecke. Die Voraussetzungen für die Erteilung solcher Bewilligungen und deren Rechtswirkungen stimmen mit denjenigen der Polizeierlaubnis in der Regel nicht überein.

II. Voraussetzungen und Modalitäten der Erteilung einer Polizeierlaubnis

Hängt die Ausübung einer Tätigkeit von der Erteilung einer Polizeierlaubnis ab, ist stets zu unterscheiden zwischen der Frage der Zulässigkeit der Bewilligungspflicht als solcher und der Frage der Zulässigkeit der Erteilung bzw. Verweigerung einer Polizeierlaubnis im konkreten Fall. Beide Fragen müssen getrennt geprüft werden. Im Folgenden geht es nur um die Erteilung einer Polizeierlaubnis.

1. Verfahrensmässige Voraussetzung

Das Verfahren auf Erteilung einer Polizeierlaubnis wird durch ein entsprechendes Gesuch eingeleitet. Die Polizeierlaubnis stellt also eine mitwirkungsbedürftige Verfügung dar.

2. Persönliche und sachliche Voraussetzungen

In materieller Hinsicht kann die Erteilung einer Polizeierlaubnis sowohl von persönlichen als auch sachlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Zu den persönlichen Voraussetzungen gehören bestimmte Fähigkeiten oder Kenntnisse der das Gesuch stellenden Person oder deren Leumund, Wohnsitz oder Bürgerrecht. Eine sachliche Voraussetzung liegt z.B. dann vor, wenn eine Baubewilligung nur erteilt wird, sofern die geplante Baute bestimmte Abstände vom Nachbargrundstück einhält. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Polizeierlaubnis müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit der bewilligungspflichtigen Tätigkeit stehen.

3. Übertragbarkeit

In der Regel ist eine Polizeierlaubnis an die Person, der sie erteilt wurde, gebunden und deshalb nicht übertragbar. Ausnahmsweise kann die Polizeierlaubnis an eine Sache gebunden sein und geht dann mit der Veräusserung auf den Erwerber über.

4. Anspruch auf Erteilung einer Polizeierlaubnis

Für die Polizeierlaubnis ist charakteristisch, dass die darum ersuchende Person einen Rechtsanspruch auf Erteilung besitzt, wenn sie die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Demzufolge liegt die Entscheidung darüber, ob die Erlaubnis erteilt wird oder nicht, in der Regel nicht im Ermessen der Bewilligungsbehörde. Die Voraussetzungen für die Polizeierlaubnis werden aber oft durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben, sodass die Bewilligungsbehörde über einen

gewissen Beurteilungsspielraum verfügt. Dieser Umstand wirkt sich ganz besonders bei der Frage nach dem Rechtsmittel und der Kognitionsbefugnis der Rechtsmittelinstanz aus. Die Zulässigkeit der Verweigerung einer Polizeierlaubnis ist im Allgemeinen einer umfassenden verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich.

III. Die Ausnahmegewilligung

1. Zweck

Der Gesetzgeber erlässt Vorschriften, die auf den Normalfall zugeschnitten sind. Es ist weder möglich noch sinnvoll, sämtliche besonders gelagerten Situationen legislatorisch zu erfassen. Um Härtefälle zu vermeiden, welche die gesetzliche Regelung mit sich bringen kann, darf der Gesetzgeber die rechtsanwendenden Organe (Verwaltungsbehörden, Gerichte) ermächtigen, davon aus Gründen der Billigkeit (Einzelfallgerechtigkeit) ausnahmsweise abzuweichen.

2. Begriff

Eine Ausnahmegewilligung liegt vor, wenn von der im Normalfall geltende Regelung in einzelnen Sonderfällen gestützt auf eine gesetzliche Regelung abgewichen werden darf.

3. Voraussetzungen

Eine Ausnahmegewilligung darf nur erteilt werden, wenn ein Gesetz oder eine gestützt auf das Gesetz erlassene Verordnung dies ausdrücklich vorsieht. Die zuständige Behörde muss vor Erteilung der Ausnahmegewilligung prüfen, ob eine Ausnahmesituation gegeben ist, die nach der gesetzlichen Regelung eine Abweichung rechtfertigt. Die Verwirklichung der Zielsetzung des Gesetzes muss auch bei der Bewilligung der Ausnahme gewährleistet sein. Die rechtsanwendende Behörde hat die mit der generellen Regelung verfolgte Absicht weiterzuführen und im Hinblick auf die Besonderheiten des Ausnahmefalles auszugestalten. Es müssen also Gesetzeszweck und öffentliche Interessen beachtet werden.

4. Frage des Anspruches auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung

Ob eine Ausnahmesituation vorliegt, ist eine Rechtsfrage, die von einem Verwaltungsgericht überprüft werden kann. Hingegen ist die Regelung des Ausnahmefalles dem pflichtgemässen Ermessen der Verwaltungsbehörde anheim gestellt, das im Allgemeinen keiner richterlichen Kontrolle unterliegt.

5. Anwendungsfälle

Grosse praktische Bedeutung hat die Ausnahmegewilligung vor allem im Bereich des Planungs- und Baurechts.

IV. Die Widerrufbarkeit einer Polizeierlaubnis

1. Ausdrückliche gesetzliche Regelung

Bei gewissen Polizeibewilligungen werden die Voraussetzungen des Widerrufs im Gesetz umschrieben. Für eine ausdrückliche Regelung kann namentlich sprechen, dass der Widerruf die Sanktion für eine Pflichtverletzung darstellt, welche die durch die Polizeibewilligung Begünstigten begangen haben.

2. Widerruf bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung

Enthält das Gesetz keine Vorschriften über den Widerruf einer Polizeierlaubnis, so ist er nach den allgemeinen Regeln über die Voraussetzungen der Änderung von Verfügungen zulässig, wenn das Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts überwiegt gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. am Vertrauensschutz.

3. Verweigerung einer Polizeierlaubnis

Auch beim Widerruf der Verweigerung einer Polizeierlaubnis ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (Praxis: nie materielle Rechtskraft, Rechtssicherheit?).