

Verwaltungsrecht – AT

1. Die Verwaltung

1.0.1. Überblick: Die Verwaltung im demokratischen, freiheitlichen und sozialen Bundesstaat

Was ist Verwaltung?

- Verwaltung im organisatorischen Sinn: die Gesamtheit der Verwaltungsbehörden
- Verwaltung im funktionellen Sinn:
 - negativ: Alles, was weder Rechtsetzung, noch Rechtsprechung noch Regierung ist.
 - positiv: Verwaltung ist die Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen.

Was ist Verwaltungsrecht?

Verwaltungsrecht ist das Recht der Staatsaufgaben; zum Verwaltungsrecht gehören alle generell-abstrakten Normen, welche:

- die Erfüllung von Staatsaufgaben;
 - die damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten von natürlichen und juristischen Personen;
 - die Organisation und Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden;
 - das Verwaltungsverfahren;
- regeln.

1.1. Aufgaben der Verwaltung

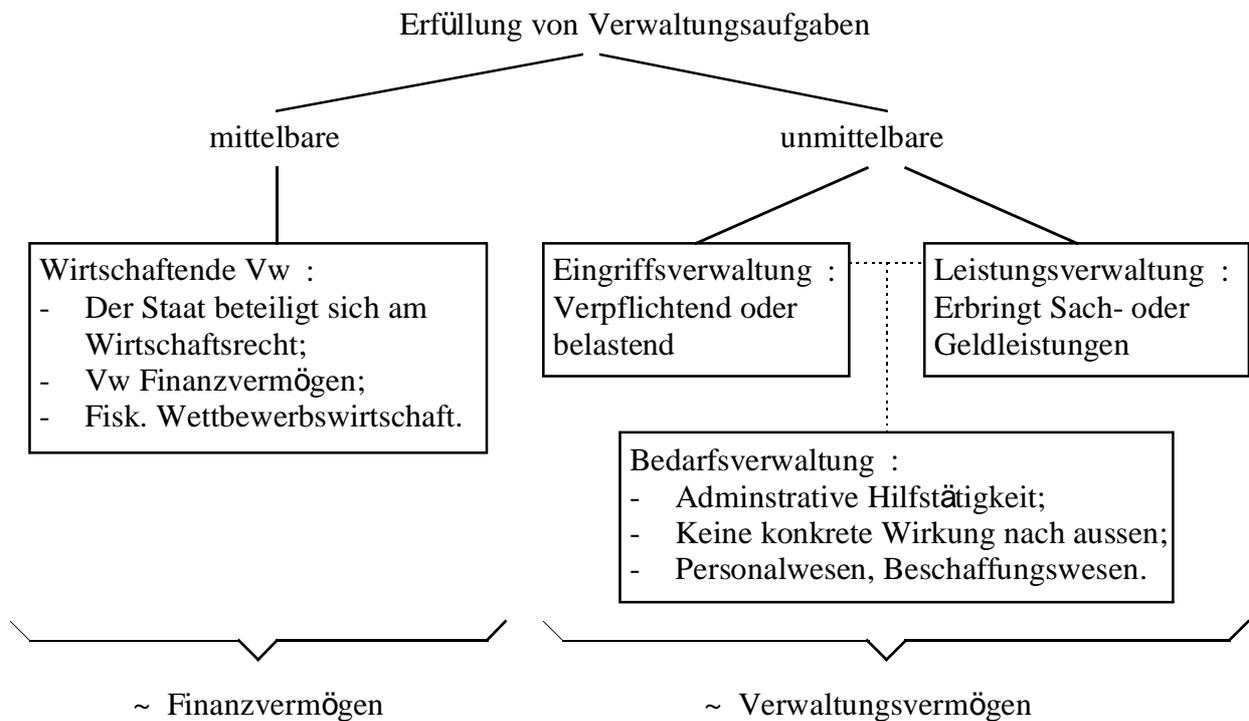
1.1.1. Arten der Verwaltungsaufgaben

Kriterium: Zweck?

	Inhalt	In der BV
1) Ordnungsaufgaben	<ul style="list-style-type: none">- Eine bestimmte Ordnung einheitlich aufrechtzuhalten, vor Störungen zu bewahren;- Polizeiwesen.	"-wesen"
2) Sozialpolitische Aufgaben	<ul style="list-style-type: none">- Schutz oder Unterstützung schwächerer Gesellschaftsmitglieder.	"-schutz"
3) Lenkungsaufgaben	<ul style="list-style-type: none">- Zielzustand herbeizuführen / zu sichern;- prospektive Aufgaben;- Lenkungscharakter.	"-politik"
4) Infrastrukturaufgaben	<ul style="list-style-type: none">- öffentliche Dienste offenzustellen ("services publics");- dienstleistender Charakter.	"-versorgung" "-wesen" (i. S. v. Einrichtungen)

1.1.2. Arten der Aufgabenerfüllung

- Kriterien:
- Instrument?
 - Qualität der Mittel?



1.2. Träger der Verwaltung

1.2.1. Organisationsgrundsätze

- | | | |
|---|---|--|
| <p>1) Gesetzmässigkeit
Der Gesetzgeber bestimmt, wie es geht:
Die strukturellen Grundfragen gehören dem Gesetz, aus demokratischen Gründen.</p> | ⇔ | <p>Organisationsgewalt
Die Regierung bestimmt die Organisation der Vw: Die Zuteilung der verschiedenen Aufgaben ist Sache der Regierung.</p> |
| <p>2) Zentralisation
= Zusammenfassung der Tätigkeiten in einer Zentralverwaltung

= Unmittelbare Staatsverwaltung</p> | ⇔ | <p>Dezentralisation
= Einzelne Aufgaben werden an einen Organismus übertragen, der nicht direkt in die Zentralverwaltung eingebaut, sondern aus ihr ausgegliedert ist
= Mittelbare Staatsverwaltung
≠ Örtliche Verschiebung</p> |
| <p>3) Universalität
= Allzuständigkeit

→ für die Zentralverwaltung</p> | ⇔ | <p>Spezialität
= Die Instanz ist nur für die Bearbeitung der ihr besonders übertragenen Aufgaben zuständig
→ für die dezentralisierte Verwaltung</p> |
| <p>4) Aufsicht
- Die Beamten der Zentralverwaltung unterstehen der Dienstaufsicht der direkten Vorgesetzten und der übergeordneten Amtstellen;
- Die Instanzen der dezentralisierten Verwaltung unterstehen der Verbandsaufsicht übergeordneter Einheiten der Zentralverwaltung.</p> | ⇔ | <p>Autonomie
Erhebliche Entscheidungsfreiheit</p> |

Ad 2): Man unterscheidet:

Vertikale Dezentralisation	Horizontale Dezentralisation
Die Zentralverwaltung weist die Aufgabe einem nachgeordneten Gemeinwesen zu: Bund ⇒ Kanton, Kanton ⇒ Gemeinde (Föderative Struktur)	= sachliche Dezentralisation Motive: - grössere Flexibilität, grössere Effizienz, Kundennähe; - Heranziehen von vorbestehenden Subjekten (Bsp.: Schweizer Elektrotechnischer Verein); - Man spart sich den Aufbau einer zusätzlichen staatlichen Struktur.

1.2.2. Zentralverwaltung

a) Verwaltungseinheit

- Handelt nicht selbst, sondern bedarf nat. Pers.;
- Bsp.: Bundesamt

Verwaltungsfunktionär

- Natürliche Personen;
- "Agents publics", "Amtsinhaber".

Jeder Verwaltungseinheit entspricht eine **Zuständigkeit**:

- **Sachliche** Zuständigkeit: Sachgebiet, wofür das Bundesamt sachlich zuständig ist ("Ressort")
- **Funktionelle** Zuständigkeit: Hierarchie
- **Örtliche** Zuständigkeit.

b) Hierarchie:

- Über- / Unterordnungsverhältnisse;
- Trotz Hierarchie sind die Beamten auf **Kooperation** angewiesen (Keine grosse Sanktionen, um Entscheide durchzusetzen);
- Hierarchie ist nötig aus drei Gründen:
 - **Verantwortlichkeit** der Regierung gegenüber Parlament und Volk;
 - **Leistungsfähigkeit**;
 - **Koordinationsbedarf**.
- Vier Auswirkungen:
 - **Dienstaufsicht** (↓);
 - **Evokation** / **Selbsteintritt** (Der Übergesetzte übernimmt selbst eine Aufgabe, die einem Untergesetzten zusteht);
 - **Dienstweg** (↑);
 - **Rechtsmittelweg** (↑).

c) Grundsätze der Zweckmässigkeit und der Leistungsfähigkeit der Verwaltung

RVOG 3³, 8².

d) Konzentration / Dekonzentration

- **Konzentration**: Eine einzige Verwaltungseinheit übernimmt die Aufgabe.
- **Dekonzentration**:
 - Sachliche (horizontale) Dekonzentration: Aufgabenaufteilung auf Ämter;
 - Territoriale (vertikale) Dekonzentration: Aufgabenaufteilung auf örtliche Bezirke.

1.2.3. Öffentlich-rechtliche Anstalten

- Eine **Anstalt** ist eine von einem **Gemeinwesen** getragene, **administrativ relativ verselbständigte**, mit **persönlichen und sachlichen Mitteln** ausgestattete und mit **Autonomie** (im Rahmen des Anstaltszwecks) versehene Institution zur **dauernden** Erfüllung einer übertragenen **Verwaltungsaufgabe**;
- Die Anstalt hat **BenützerInnen**;

- Sie bezweckt i.d.R. die **Erbringung von Leistungen**.
- Es gibt:
 - autonome und nicht autonome Anstalten (Kriterium: Mass an Entscheidungsfreiheit);
 - rechtsfähige und nicht rechtsfähige (Kriterium: Rechtspersönlichkeit);
 - "Betriebe" (trägt einen Namen).
- Beispiele:
 - Die Universität Bern (autonome Anstalt ohne Rechtspersönlichkeit)
 - Die Schweizerische Post (selbständige Anstalt mit Rechtspersönlichkeit)

1.2.4. Öffentlich–rechtliche Körperschaften

- Die öff.–recht. Körperschaft beruht auf öffentlich–rechtlicher Grundlage (ZGB 59 Abs. I).
- Begriffselemente:
 - durch **staatlichen Hoheitsakt** (= Gesetz) errichtet;
 - **rechtlich verselbständigt** → juristische Person i. S. v. Art. 52² ZGB (das Zivilrecht ist nur subsidiär anwendbar!);
 - **mitgliedschaftlich** verfasst;
 - mit **Autonomie** versehen;
 - zur selbständigen Erfüllung von – i.d.R. – übertragenen Verwaltungsaufgaben bestimmt.
- Die Körperschaft hat **Mitglieder**;
- Sie bezweckt die **Selbstverwaltung**.
- Arten:

	Beispiele:	Kriterium für die Mitgliedschaft:
- Gebietskörperschaften	Gemeinde	Wohnsitz
- Personalkörperschaften	StudentInnenschaft	Persönliche Eigenschaften
- Realkörperschaften	Bodensverbesserungs–genossenschaft	Eigentum

- **Zwangsmitgliedschaft:**
 - eine von Gesetzes wegen gegebene, **obligatorische**;
 - die Frage, ob eine Zwangsmitgliedschaft verfassungsmässig sei, ist ein **Grundrechtsproblem**.

1.2.5. Öffentlich–rechtliche Stiftungen

- Vermögensmassen, welche verselbständigt und einem bestimmten Zweck (= Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe) gewidmet sind.
- Beispiele:
 - Stiftung Schweizer Nationalpark;
 - Stiftung "Pro Helvetia".

1.2.6. Zivilrechtliche Verwaltungsträger: Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private

- ◆ Begriff: Subjekte des Privatrechts erfüllen Aufgaben des Staats.
- ◆ Arten:
 - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften:
 - Zwei Möglichkeiten:
 - 1) Der Staat beteiligt sich im Kapital der AG;
 - 2) Der Staat ist Organ der AG.
 - Funktion: Gewinnziel und Gemeinwohlziel zu verbinden;
 - Bsp.: FMB, Swissair, Swisscom;
 - Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform;
 - Übertragung an schon vorbestehende Rechtssubjekte ("Beleihung"):
 - Zwecke:
 - Der Staat erspart Kosten;
 - Er benützt Fachkenntnisse der Privaten.

Beispiele: SRG, Schweizer Nationalfonds.

- ◆ Rechtsfolgen:
 - Sie stehen unter der Aufsicht der Zentralverwaltung;
 - Sie haften wie der Staat (im Bund: VerantwortlichkeitsG);
 - Sie unterliegen dem Verfahrensrecht wie der Staat (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG, Art. 98 Bst. h OG).

1.2.7. NPM und Privatisierung

a) Was bedeutet Privatisierung?

Hinter diesem Wort stehen mehrere Begriffe:

- Eine Staatsaufgabe wird an zivilrechtliche Verwaltungsträger übertragen;
- Ein Staatsmonopol wird an Privaten geöffnet;
- Eine Staatsaufgabe wird abgeschafft, zur Selbstregulierung.

b) Was bedeutet New Public Management?

≠ **Privatisierung!**

= Reorganisation der Staatsverwaltung im Sinne von mehr Effizienz

- Mängel des "Old Public Management":
 - Unklare Aufteilung der Verantwortungen zwischen Parlament und Regierung;
 - Mangelnde Steuerungskraft des Gesetzes;
 - Starre Ressourcenbewirtschaftung (Das Budget ist für ein Jahr vorgesehen → keine langfristige Planung möglich)
- Lösungsansätze:
 - Trennung Ziel- / Managementverantwortungen
→ Parlament → Regierung
 - Mehr Autonomie für Regierung und Verwaltung;
 - Globalbudget.
- Konsequenzen:
 - Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip: Parlament und Volk könnten den gesamten politischen Prozess nicht mehr steuern;
 - Die Rechtssatzbindung sollte gelockert werden, mit offeneren Gesetzen, um mehr Handlungsfreiheit zu haben → Problem mit Legalitäts- und Rechtsstaatsprinzipien;
 - Problem auf Ebene der Praktikabilität: Wie kann man die Bedürfnisse abschätzen?
 - Grundproblem: Der Markt erzielt Gewinn, der Staat erzielt Konsens.
→ Zwei ganz verschiedene Grundgedanken!

2. Die Rechtsbindungen der Verwaltung

2.0.1. Überblick: Die Verwaltung als rechtsgebundene Staatsfunktion

"*Alles Verwaltungshandeln ist Rechtshandeln*": Die Verwaltung, im Gegensatz zu Privaten, verfügt über **keine Privatautonomie**; sie hat Staatsaufgaben zu erfüllen und muss dafür von ihrer Handlungsfreiheit pflichtgemäss Gebrauch machen.

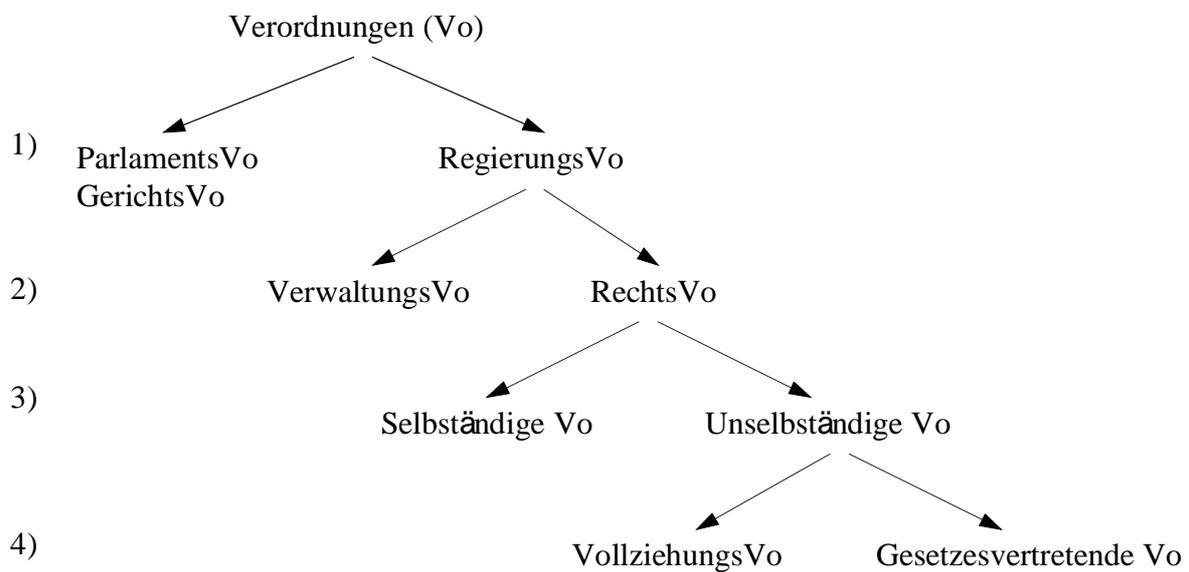
2.1. Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

2.1.1. Gesetz

- Definition:
- im **materiellen** Sinne: **Rechtssatz**
Normstruktur: generell-abstrakt
 - im **formellen** Sinne: Erlassverfahren, ordentliches **Gesetzgebungsverfahren**

2.1.2. Verordnung

Verordnungen sind **Erlasse, Rechtssätze**, die der **BV** oder den **Gesetzen geordnet** sind.



1)	Parlaments- / Gerichtsverordnungen	Regierungsverordnungen
	Je nach erlassenden Behörden	
2)	Verwaltungsverordnungen	Rechtsverordnungen
	- richten sich an die Behörden und verpflichtet sie; - Führungsmittel für die Verwaltungsbehörden; - enthalten keine Rechtssätze, keine Quelle für das Verwaltungsrecht.	- richten sich an die Allgemeinheit; - Verwaltungsrechtsquelle.
3)	Selbständige Verordnungen	Unselbständige Verordnungen
	- beruht auf der BV; - Bestand hängt nicht vom Gesetz ab.	- beruht auf einem Gesetz; - Bestand hängt vom Bestand des Gesetzes ab.
4)	Vollziehungsverordnungen	Gesetzesvertretende Verordnungen
	inhaltliches Verhältnis zum Gesetz:	
	- vom Gesetz vorbestimmt; - das Gesetz ist vollständig, muss aber für dessen Anwendung in Praxis mehr entfaltet werden; - Vo übernimmt keine Gesetzesfunktion; - Der BR ist befugt, VollziehungsVo zu erlassen, auch wenn es das Gesetz nicht vorsieht (BV 102 Ziff. 5).	- vom Gesetz nicht vorbestimmt; - das Gesetz ist unvollständig (Leerstelle im Gesetz); - Vo übernimmt Gesetzesfunktion; - Gesetzesvertretende Vo kann der BR nur erlassen, wenn das Gesetz ihn dazu ausdrücklich ermächtigt.

2.1.3. Autonome Satzung

= Reglemente, Statuten (Bsp.: Gemeindereglemente).

Sie können Funktion eines Gesetzes haben, wenn sie referendumspflichtig sind (formelles Gesetz).

2.1.4. Allgemeine Rechtsregeln, Gewohnheitsrecht, Richterrecht

a) Gewohnheitsrecht

- Definition: Gewohnheitsrecht ist ungeschriebenes Recht, das gestützt auf langjährige Anwendung durch die Behörden und auf Anerkennung durch Behörden und betroffene Bürger Geltung beansprucht.
- Problem: Spannung zum Gesetzmässigkeitsprinzip.
- 2 Voraussetzungen für Anerkennung durch das Bundesgericht:
 - langjährige, ununterbrochene und unangefochtene Praxis;
 - Rechtsüberzeugung aller Beteiligten, d.h. der Behörden **und** der Bürger (= "*opinio juris*").

b) Richterrecht

- Definition: jene **Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichts**, welche...
 - **die Verfassung ergänzen**, indem sie (über bloße Verfassungsauslegung hinaus) **Lücken** der Verfassung schliessen oder **unbestimmte Rechtsbegriffe** der Verfassung konkretisieren;
 - **an der Stelle fehlender Gesetzgebung treten**.
- Die Entscheidungen des Bundesgerichts haben **nicht Gesetzeskraft**; sie wirken nur für den jeweils **entschiedenen Rechtsstreit**.

- Beispiele:
 - Konkretisierung von BV 4 (Rechtsgleichheit);
 - Anerkennung ungeschriebener Grundrechte;
 - Derogatische Kraft des Bundesrechtes;
 - Gemeindeautonomie;
 - Gewaltenteilungsgrundsatz;
 - Stimmrecht.

c) Allgemeine Rechtsregeln

- These: Die allgemeinen Rechtsregeln sind ungeschriebene Verfassungsnormen;
- Nach h. L. sind Verzinsung und Verjährung Gesetzesrecht, nicht Verfassungsrecht.

2.1.5. Bedeutung des Völkerrechts und des Verfassungsrechts für das VwR

a) Verfassungsrecht

Man muss streng unterscheiden:

BV als Quelle von Verwaltungsrechtssätzen: - BV ist Verfügungsgrundlage - Bsp.: Art. 22 ^{ter} Abs. 3, 24 ^{bis} Abs. 3 + 4; 32 ^{quater} Abs. 6, 70	BV als Grundlage, Schranke, Direktive von Verwaltungsrechtssätzen
---	--

b) Völkerrecht

Völkerrecht ist nur dann VwR' quelle, wenn es **direkt anwendbares Verwaltungsrecht** enthält.
 Bsp.: EMRK 6

2.1.6. Bedeutung von Zivilrecht und Strafrecht für das Verwaltungsrecht

a) Zivilrecht

Relevanz der Unterscheidung:

- **Zivilrecht:** Recht der **Privatautonomie**;
- **Öff., VwR:** Recht der **staatlichen Aufgaben**.

Konsequenzen dieser Unterscheidung:

- Die **Gesetzesbindung** ist viel strenger für das öffentliche Recht;
- das Verwaltungsrecht ist i.d.R. **zwingender** Natur;
- das Verwaltungsrecht wird **von Amtes wegen** angewendet;
- Rechtsschutz beim Verwaltungsrecht durch **Beschwerdeverfahren** (≠ Klageverfahren)
 → Individuum ⇔ Staat (kein Zweiparteienverhältnis)
- Der **Sachverhalt** wird **von Amtes wegen** festgestellt (≠ ZGB 8).

Abgrenzung:

	Abgrenzungskriterium
Subordinationstheorie	Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses
Interessentheorie	Verfolgung eines öffentlichen Interesses
Funktionstheorie	Verfolgung einer staatlichen Aufgabe

Faustregel: **Wenn ein Verwaltungsträger eine staatliche Aufgabe erfüllt, ist öffentliches Recht anzuwenden**, es sei denn, das Gesetz sage es anders.

Im einzelnen:

- Wirtschaftende Vw → i.d.R. in Form des Zivilrechts;
- Leistungsverwaltung → in Form des Zivilrechts, wenn das Gesetz sagt, dass sich die Beziehung nach Zivilrecht abwickelt;
- Bedarfsverwaltung → Zweistufentheorie:
 - Staatsinterne Willensbildung → öff.-rechtl. Bindung
 - Abschluss des Rechtsgeschäfts → Zivilrecht*, es sei denn, es liege eine Verfügung vor.

*Bemerkung: Beim Vertragsabschluss ist der Staat an das Rechtsgleichheitsgebot und an das Willkürverbot gebunden; im Gegensatz zum Privaten genießt er keine Privatautonomie. Zum Beispiel darf er seine Leistungen nicht zu verschiedenen Preisen anbieten.

b) Strafrecht

- Das **Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht** findet Anwendung auf alle Widerhandlungen, deren Verfolgung und Beurteilung Verwaltungsbehörden des Bundes übertragen sind.
- Verknüpfungen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht:
 - Ein Strafgericht kann **vorfrageweise** über eine **verwaltungsrechtliche Frage entscheiden**, wenn diese für die strafrechtliche Beurteilung relevant ist.
 - Umgekehrt kann die **Verhängung einer Strafe verwaltungsrechtliche Folgen haben**, so überall dort, wo für die Ausübung eines Amtes, für die Zulassung zu einer Anstalt usf. ein guter Leumund verlangt ist.
 - Es kommt oft vor, dass ein deliktisches Verhalten **sowohl eine strafrechtliche als auch eine verwaltungsrechtliche Sanktion nach sich zieht**. Eine solche doppelte Sanktionierung ist zulässig, soweit sie **unterschiedlichen Anliegen** dient.

2.2. Verfassungsgrundsätze des Verwaltungsrechts

2.2.1. Gesetzmässigkeitsprinzip = Legalitätsprinzip

a) Begriff

Der Staat darf nur auf Grund und in Rahmen einer gültigen gesetzlichen Grundlage handeln. Alle Staatstätigkeit ist an das Gesetz gebunden und nur gestützt auf das Gesetz zulässig. Alle Staatsorgane sind an das Gesetz gebunden.

Was bedeutet "gesetzliche Grundlage"?

- **Rechtssatzmässigkeit** ("Vorbehalt des Gesetzes"): Alle Staatstätigkeit darf nur aufgrund von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden.
- **Rechtmässigkeit** ("Vorrang des Gesetzes"):
 - Formell: In einem richtigen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen;
 - Materiell: Mit übergeordnetem Recht übereinstimmend.

b) Funktionen des Gesetzmässigkeitsprinzips

- **Demokratische Funktion**:
 - **Sicherung der Demokratie** durch die **Legitimation** der gesetzlichen Grundlage: Der Rechtssatz muss vom Parlament und Volk legitimiert sein;
 - Richtige angemessene **Normstufe**.

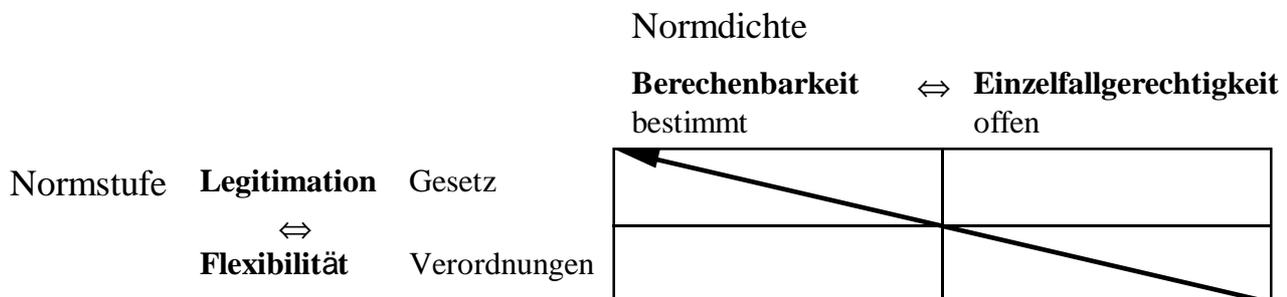
- **Rechtsstaatliche Funktion:**
 - **Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit** durch die **Berechenbarkeit** der gesetzlichen Grundlage: Bestimmbarkeit des Satzes ist anzustreben;
 - Angemessene **Normdichte**.

c) Geltungsbereich

Es ist zu unterscheiden zwischen:

- Verwaltungsorganisation → demokratische Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips
- Arten der Aufgabenerfüllung: → vor allem rechtsstaatliche F. des Gesetzmässigkeitsprinzips
 - Eingriffsverwaltung: Es gilt uneingeschränkt.
 - Leistungsverwaltung: Es gilt (insbesondere in grundrechtsrelevanten Bereichen wie im Sozialversicherungsrecht), aber mit Einschränkungen.
 - Bedarfsverwaltung: Es gilt nur eingeschränkt.

d) Anforderungen an die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage?



- Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit werden durch Berechenbarkeit gesichert.
- Offene Normen dienen der Konkretisierung von komplexen Materien.
- Faustregel: Je wichtiger ein Anliegen eingeschätzt wird, desto höher liegen die Anforderungen an Normdichte und Normstufe.

e) Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen (Gesetzesdelegation)

- Problem: Der Forderung nach möglichst vollständiger Regelung im Gesetz steht das Anliegen adäquater Flexibilität einer Regelung gegenüber.
- Definition: Unter **Gesetzesdelegation** wird die **Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen an die Exekutive (Verwaltung)** verstanden.
- Die entsprechenden Verordnungen erhalten **gesetzesvertretende Funktion**.
- Im Entscheid "Wäffler" (BGE 103 Ia 369) sagte das Bundesgericht, dass die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Verwaltung einen Einbruch in das als verfassungsmässige Recht anerkannte **Gewaltenteilungsprinzip** darstellt und **die demokratischen Rechte der Bürger auf Mitwirkung bei der Gesetzgebung beschränkt**.
- Voraussetzungen:
 - Die Delegation darf (im kantonalen Bereich) **nicht durch die Kantonsverfassung ausgeschlossen** sein;
 - Sie muss sich auf eine **bestimmte Materie** beziehen;
 - Die Delegationsnorm muss in einem **formellen Gesetz** enthalten sein;
 - **Das Grundsätzliche zu Inhalt, Zweck, und Ausmass** der Rechtsetzung muss in einem **Gesetz im formellen Sinne** verankert werden, soweit die Rechtsstellung von Bürgern schwerwiegend betroffen wird (Erfordernis **hinreichender Substantiierung** der Regelung im formellen Sinne);

2.2.2. Öffentliches Interesse

- Für konkrete **Grundrechtsbeschränkungen** ist ein **überwiegendes** öffentliches Interesse erforderlich; um diese zu prüfen, muss eine **Güterabwägung** vorgenommen werden zwischen den **Grundrechtsinteressen** und den gegenläufigen Interessen, die sich aus **besonderen Staatsaufgaben**, aber auch aus **Grundrechten oder sonstigen Rechten anderer** ergeben.
- **Rechtsschutz:** Die Grundsätze des **öffentlichen Interesses** und der **Verhältnismässigkeit** sind **keine verfassungsmässigen Rechte**, sondern **nicht selbständig durchsetzbare Verfassungsprinzipien**.

2.2.3. Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird in verschiedenen Einzelaspekten aufgegliedert:

- **Eignung:**
Eine Massnahme muss tauglich sein, den angestrebten Erfolg überhaupt zu erzielen. Sie darf das anvisierte Ziel nicht verfehlen (Zwecktauglichkeit und Zielkonformität);
- **Erforderlichkeit (Notwendigkeit):**
Auch eine geeignete Massnahme ist dann unzulässig, wenn eine gleich geeignete, mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht; mit anderen Worten, der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht weiter gehen als notwendig;
- **Verhältnismässigkeit i.e.S. (Zumutbarkeit):**
Auch eine geeignete und notwendige Massnahme kann unverhältnismässig sein, wenn der mit ihr verbundene Eingriff im Vergleich zur Bedeutung des angestrebten Ziel unangemessen schwer wiegt, also keine vernünftige Zweck–Mittel–Relation vorliegt.

2.2.4. Treu und Glauben

a) Begriff

Dieses Gebot richtet sich an das Gemeinwesen!

- 3 Ausprägungen:
- Vertrauensschutz im engeren Sinne
 - Verbot des widersprüchlichen Verhaltens
 - Verbot des Rechtsmissbrauchs

Vertrauensschutz: Die Privatperson hat Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in Behörden geschützt zu werden, wenn er besondere Erwartungen begründet hat.

Abgrenzungen:

Vertrauensschutz	Rechtssicherheit
Gemeinsam: Sie schützen das Vertrauen im Recht	
• individuelles Vertrauen (einer einzigen Person);	• generelles Vertrauen (der Gemeinschaft);
• konkretisierte Rechtslage;	• Bestätigung der Rechtsordnung;
• subjektives Interesse.	• objektives Interesse.

Zwischen Vertrauensschutz und Gesetzmässigkeitsprinzip besteht ein Spannungsverhältnis; grundsätzlich hat das **Gesetzmässigkeitsprinzip** den **Vorrang**:

- demokratische Legitimation des Gesetzes;
- das Gesetzmässigkeitsprinzip dient der Rechtsgleichheit;
- das Gesetz dient einem allgemeinen Interesse.

b) Struktur des Vertrauensschutzes

Voraussetzungen des Vertrauensschutzes allgemein:

- Vertrauensgrundlage, Anknüpfungspunkt
 - jedes Verhalten einer Behörde (Form gleichgültig): Auskunft;
- Berechtigung des Vertrauens in die Grundlage
 - Kenntnis von der Grundlage;
 - eigene Fehlerhaftigkeit ist nicht erkennbar;
- Vertrauensbetätigung
 - gestützt auf der Berechtigung hat die Privatperson Dispositionen (= Geldausgabe) betätigt, die sie nicht ohne Nachteil rückfordern kann;
 - Kausalzusammenhang zwischen Dispositionen und Nachteil.

Der Vertrauensschutz soll hindern, dass ein Nachteil aus einem berechtigten Vertrauen entsteht.

- Rechtsfolgen:
- Der Staat haftet → Leistung
 - Wenn Behaften gegen öffentliches Interesse verstösst → Schadenersatz

c) Unrichtige Auskünfte und Zusicherungen als Anwendungsfall des Vertrauensschutzes

Rechtsprechung: BGE 116 V 298 E. 3a; BGE 121 II 479 E. 2c.

Auskünfte und Zusicherungen: Massgeblichkeitsvoraussetzungen	Vertrauensschutz: Strukturelemente
• Konkret und vorbehaltlos	Vertrauensgrundlage
• Zuständigkeit in der Sache	Berechtigung des Vertrauens
• Unrichtigkeit nicht offensichtlich	Berechtigung des Vertrauens
• Dispositionen	Vertrauensbetätigung
• Unveränderte Rechts- und Sachlage	Vertrauensgrundlage

2.2.5. Rechtsgleichheit

a) Allgemeines

Das **Rechtsgleichheitsgebot von BV 4¹** nimmt sowohl **rechtsetzende** als auch **rechtsanwendende** Behörden in Pflicht. Es gebietet, **Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich zu behandeln**. Vorausgesetzt ist, dass sich der Unterschied oder die Gleichstellung auf **rechtlich wesentliche Tatsachen** bezieht; die Behandlung von zwei Sachverhalten in gleicher oder ungleicher Weise muss sich immer auf **vernünftige sachliche Gründe** stützen.

b) Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung

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

c) Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung

Das Rechtsgleichheitsgebot verbietet die **ungleiche Anwendung des Rechts auf vergleichbare Sachverhalte**, sofern hierfür keine sachlichen Gründe gegeben sind, d.h. sofern sie sich nicht in rechtswesentlicher Weise unterscheiden.

2.2.6. Willkürverbot

a) Allgemeines

Das Willkürverbot ist ein **elementarer Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns**. Staatliches Handeln ist dann willkürlich, wenn es **grob unrichtig**, d.h. **durch keine ernsthaften sachlichen Gründe zu rechtfertigen** ist.

b) Willkür in der Rechtsetzung

...ist dann gegeben, wenn sich eine Regelung **nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen** lässt oder **sinn- und zwecklos** ist.

c) Willkür in der Rechtsanwendung

- ◆ Rechtsanwendungsakte (Urteile, Verfügungen, Entscheide) sind willkürlich, wenn sie **offensichtlich unhaltbar** sind, **zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch** stehen, **eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen** oder **in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen**; die Willkür ist **objektive (qualifizierte) Unrichtigkeit**.
- ◆ Fallgruppen:
 - Fälle **offensichtlicher, schwerwiegender Rechtsverletzung**, vor allem durch
 - **eindeutiges Abweichen vom klaren Wortlaut einer Norm** (sofern die Auslegung kein Abweichen vom klaren Wortlaut gebietet);
 - **schwerwiegend zweckwidrige Anwendung einer Norm** (im Ermessensbereich gilt dies als **Ermessensmissbrauch**);
 - Fälle **gravierender Fehler in der Tatbestandsermittlung**, z.B. in der **Beweiswürdigung**;
 - Fälle eines **stossenden, die Gerechtigkeit verletzenden Ergebnisses** (unter anderen die Fälle des **überspitzten Formalismus in Verfahren**);
 - Fälle eines **ungerechtfertigten Methodenpluralismus**.

2.3. Anwendung des Verwaltungsrechts

2.3.1. Räumliche Geltung von Verwaltungsrechtssätzen

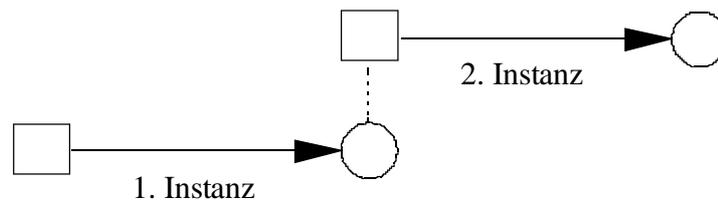
- Grundsatz: **Territorialitätsprinzip**: Ein Rechtssatz kann nicht über das Territorium des Gemeinwesens hinauswirken, von dem er erlassen wurde.
Relevanz: Steuerrecht (BV 46²)
- Ausnahme: dort, wo ein Rechtssatz an das **Schweizerbürgerrecht** anknüpft und Schweizer BürgerInnen auch im Ausland gewissen Regeln unterwirft.
Bsp.: BG über die politischen Rechte der Auslandschweizer.

2.3.2. Zeitliche Geltung von Verwaltungsrechtssätzen

- Grundsätze:
 - Ein Rechtssatz gilt erst, wenn er publiziert ist;
 - Ein Rechtssatz ist nicht anwendbar auf Sachverhalte, die vor seinem Inkrafttreten und nach seinem Ausserkrafttreten entstanden sind.
- Übergangproblem: Rechtsänderungen sind jederzeit möglich; sie bilden keinen Verstoss gegen das Prinzip der Rechtssicherheit, solange sie motiviert sind; sie bilden auch keinen Verstoss gegen das Vertrauensschutzprinzip, solange kein individualisiertes Vertrauen begründet wurde.
- Falls es keine **spezialgesetzliche Regelung (Übergangsbestimmungen)** gibt, greifen subsidiär die **Rechtsprechungsgrundsätze**
→ **Abwägung** zwischen **Kontinuitätsinteresse** und **Geltungsinteresse**.

a) Nachwirkung

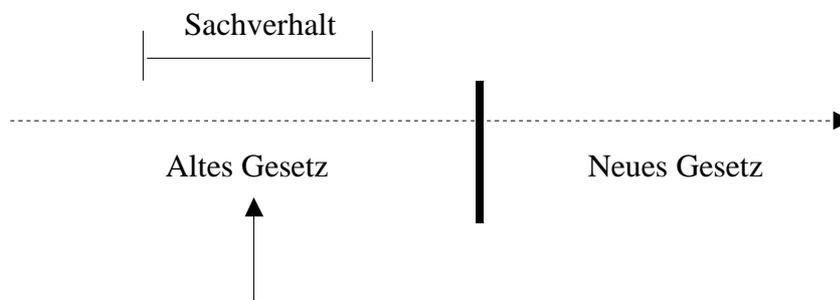
Verwaltungsverfahren



- Rechtsänderung während erstinstanzlichem Verfahren
→ Neues Recht
- Rechtsänderung während Beschwerdeverfahren
→ Altes Recht; Ausnahme: überwiegende öffentliche Interessen

b) Vorwirkung

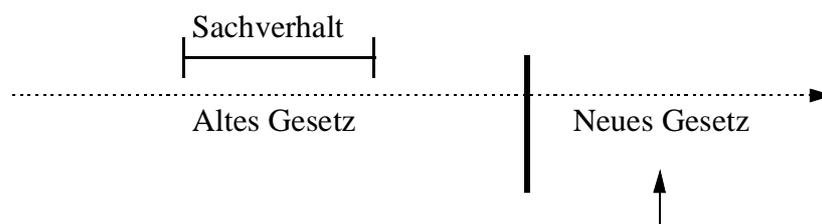
- Ein Erlass wird angewendet, obwohl er noch nicht in Kraft getreten ist;
- das alte, massgebliche Recht wird nicht angewendet.



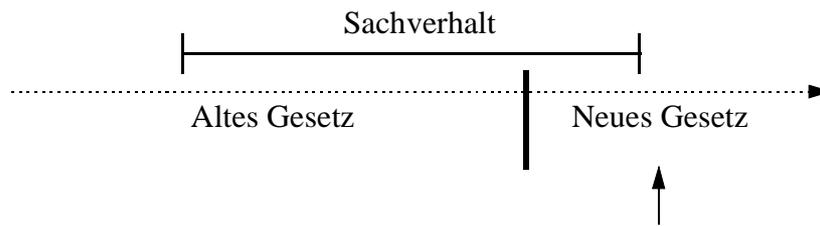
- 2 Fälle:
- **Negative Vorwirkung:** Die Anwendung des alten Gesetzes wird abgelehnt
→ **zulässig**, wenn:
 - vom alten Gesetz vorgesehen und
 - keine grosse Verzögerung.
 - **Positive Vorwirkung:** Das neue Gesetz wird an Stelle des alten Gesetzes angewendet
→ **unzulässig**: Verstoß gegen Gesetzmässigkeitsprinzip

c) Rückwirkung

- Definition: Anknüpfen neuer gesetzlicher Normen an einen in der Vergangenheit eingetretenen und abgeschlossenen Sachverhalt
- Echte Rückwirkung: Das neue Recht wird auf einem Sachverhalt angewendet, der unter dem alten Recht stattgefunden hat.
→ grundsätzlich **unzulässig**, ausser wenn:
 - gesetzliche Grundlage;
 - öffentliches Interesse;
 - verhältnismässig.



- Unechte Rückwirkung: Ein Sachverhalt wird erfasst, der zwar in der Vergangenheit entstanden ist, jedoch in die Gegenwart hinein fort dauert
→ grundsätzlich **zulässig**



2.3.3. Auslegung und Lückenfüllung

- Kriterien:
- grammatikalische Auslegung;
 - systematische Auslegung;
 - verfassungskonforme Auslegung;
 - völkerrechtskonforme Auslegung;
 - teleologische Auslegung;
 - historische Auslegung;
 - subjektiv-historische Auslegung;
 - objektiv-historische Auslegung;
 - geltungszeitliche Auslegung.

Für das Bundesgericht hat die Kombination von **teleologischer** Auslegung und **geltungszeitlicher** Auslegung den Vorrang.

2.3.4. Ermessen und unbestimmter Gesetzesbegriff

	Ermessen	Unbestimmter Gesetzesbegriff
Ort der Offenheit	Rechtsfolgeseite	Tatbestandseite
Typische Begriffe	- "kann" - "nach Möglichkeit" - "soweit zumutbar"	- "wichtige Gründe" - "Eignung" - "leichter Fall"
Handhabung	Angemessenheitsfrage	Rechtsfrage
Gerichtliche Überprüfung	i.d.R. nur auf Rechtsfehler	grundsätzlich frei, aber Beurteilungsspielraum

Ermessen bedeutet immer: **pflichtgemäßes** Ermessen.

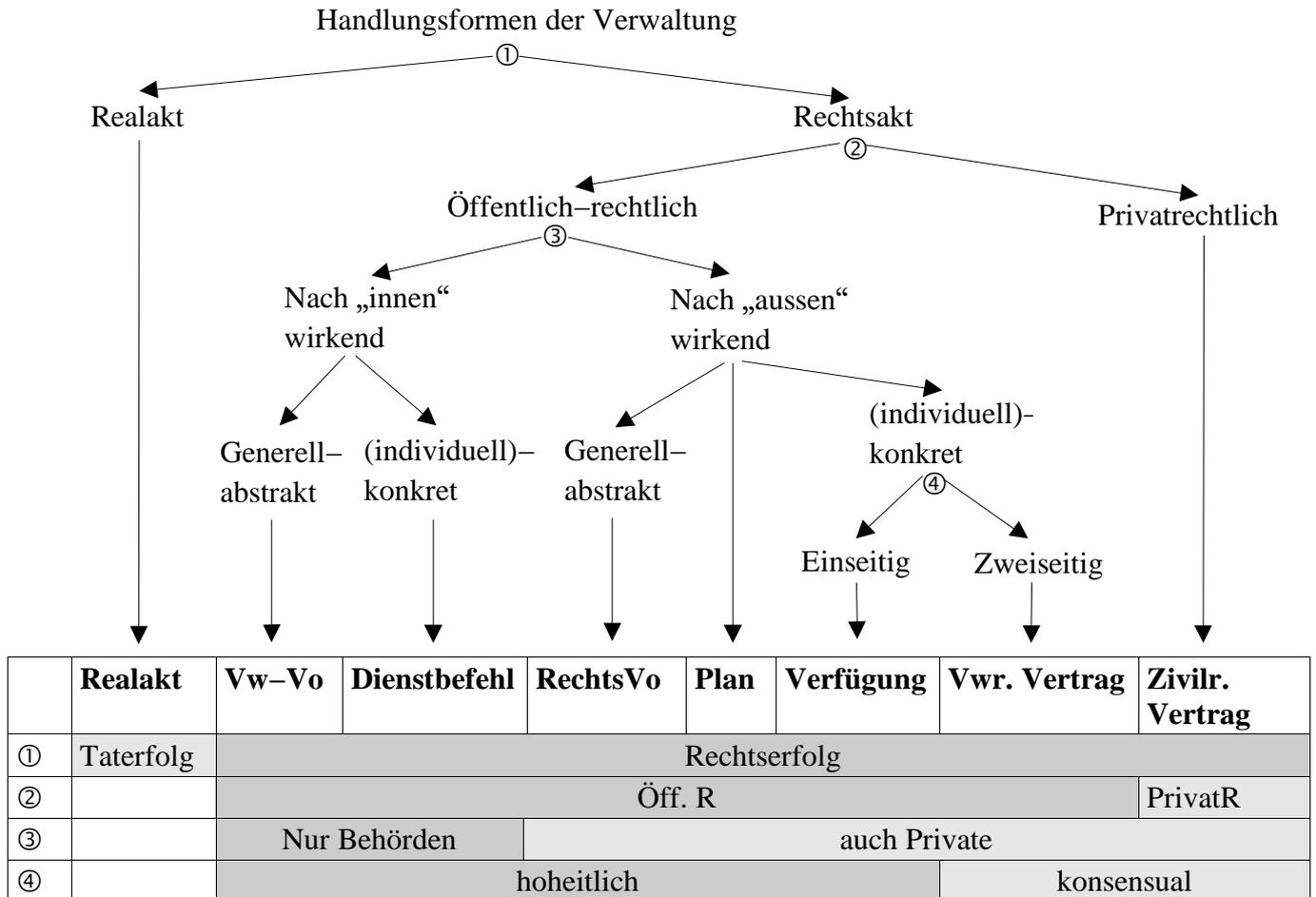
Die Behörde muss entscheiden, indem sie allgemeine Grundsätze berücksichtigt, ihr Ermessen **zweckmässig** ausübt.

Es gibt zwei Arten von Ermessen:

	Der Verwaltung steht ein Spielraum offen...
• Entscheidungsermessen:	...ob eine Massnahme zu treffen sei oder nicht;
• Auswahlermessen:	...bei der Wahl zwischen zwei oder mehreren Möglichkeiten.

3. Das Handeln der Verwaltung

3.0.1. Überblick: Die Handlungsformen und der Vorrang der Verfügung



- ① Frage nach dem Erfolg: Taterfolg oder Rechtserfolg?
- ② Frage nach der Rechtsgrundlage: Öffentliches Recht oder Privatrecht?
- ③ Frage nach den Adressaten: Nur Behörden oder auch Private?
- ④ Frage nach dem Handlungsmodus: Hoheitlich oder konsensual?

3.1. Die Verfügung

3.1.1. Begriff, Funktion und Arten der Verfügung

a) Begriff

Legaldefinition der Verfügung in **VwVG 5**:

Als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG gilt die Anordnung einer **Behörde ①**, mit der im **Einzelfall ②** ein **Rechtsverhältnis ③** geregelt wird in **einseitiger ④** und **verbindlicher ⑤** Weise, gestützt auf **öff. Recht des Bundes ⑥**.

- ① Verfügungskompetente Behörde:
 - Aufzählung in VwVG 1²;
 - Faustregel: Wer eine **Verwaltungsbefugnis** in einem Bereich hat, der hat auch die **Verfügbefugnis**.

Die Verfügungsbefugnis kann **entfallen**, wenn...

- der Verwaltungsträger keine Staatsaufgabe erfüllt (z.B. wirtschaftende Verwaltung);
- der Verwaltungsträger zwar eine Staatsaufgabe erfüllt, aber auf eine Gleichheitsebene handelt;
- das Gesetz die Behörde auf den Klageweg verweist;
- die Verfügung kann entbehrlich sein:
 - Generelle Tempolimiten (50, 80, 120) ergeben sich aus Rechtssätzen;
 - Abweichende Tempolimiten bedürfen einer Verfügung.

- ② Die Verfügung gilt für einen einzigen oder eine bestimmte Anzahl von Adressaten (**individuell**) und für einen bestimmten, in Raum und Zeit abgeschlossenen Sachverhalt (**konkret**); sie kann aber auch generell-konkret sein (Allgemeinverfügung).
- ③ Die Verfügung regelt **Rechte und Pflichten** (VwVG 5 Lit. a, b, c)
Abgrenzungen:
 - Kein Rechtsverhältnis wird geregelt, wenn die Anordnung den Verwaltungsbetrieb betrifft;
 - Realakt.
- ④ **Einseitigkeit** ⇒ Konsens des Adressaten ist nicht erforderlich.
Die Einseitigkeit entfällt **nicht**, wenn:
 - antrags-/mitwirkungsbedürftige (auf Gesuch) Verfügungen;
 - "Verhandlungsmomente" in gewissen Vorverfahren;
 - Anspruch auf rechtliches Gehör in allen Verwaltungsverfahren.→ Die **Einseitigkeit** bezieht sich nicht auf das Verfahren, sondern auf den **Verfügungsinhalt**.
- ⑤ **Verbindlichkeit**: Die Verfügung ist **zweiseitig** rechtswirksam
→ Rechtswirksamkeit und Vollstreckbarkeit
- ⑥ **Bundesrechtliche Verfügungen** stützen sich auf das **öffentliche Recht des Bundes**, während kantonrechtliche Verfügungen sich auf Kantonalrecht stützen
→ Dieses Merkmal ist wichtig für die Abgrenzung der Rechtsmittel.

Bemerkungen:

- Folgen der Formmangelhaftigkeit: Es bleibt eine Verfügung, aber eine fehlerhafte;
- Spezialgesetze können den Verfügungsbegriff erweitern (Bsp.: Art. 29 BG über das öff. Beschaffungswesen).

b) Funktionen

- **Materielle Funktion**: Die Verfügung gestaltet verwaltungsrechtliche Verhältnisse, regelt also Rechte und Pflichten im Einzelfall
→ Rechtsanwendungsakt
 - Die Verfügung dient der **Rechtsgleichheit** und der **Rechtssicherheit**
→ Die Verfügung ist Ausdruck des Legalitätsprinzips;
 - Es gibt eine Rechtsmittelfrist;
 - Sie ist verbindlich und rechtsbeständig: Sie kann nur schwer widerrufen werden.
- **Verfahrensrechtliche Funktion**: Die Verfügung ist Endpunkt eines Verwaltungsverfahrens:
 - Die Verfügung hat die Funktion eines **Anfechtungsobjektes für das Beschwerdeverfahren**;
 - Ohne Verfügung läuft nichts im Rechtsschutz;
 - Verfügung = **Vollstreckungsmittel**, mit Zwang: wo keine Verfügung, dort ist kein Vollstreckungsmittel (VwVG 39).

- **Verwaltungsökonomie:** Einverständnis des Bürgers ist nicht erforderlich, die Verwaltung ist auf Konsens nicht angewiesen:
 - Wenn der Bürger nicht einverstanden ist, trägt er die Handlungslast, er muss tätig werden
→ Effizienz!
- **Klarstellungsfunktion:** Einseitigkeit ⇒ Verantwortlichkeit bei den Behörden; Machtgefälle ist ersichtlich.

c) Arten

- Nach der Wirkung für den Adressaten:
 - **Begünstigend** ist eine Verfügung, wenn dem Verfügungsadressaten bestimmte Rechte zugestanden oder bestimmte Pflichten erlassen werden;
 - Die **belastende Verfügung** auferlegt dem Verfügungsadressaten bestimmte Pflichten oder entzieht ihm bestimmte Rechte.
- Nach Typus der Verfügung:
 - VwVG 5 Lit. a: **Positive Verfügung** (Gestaltungsverfügung / Leistungsverfügung);
 - VwVG 5 Lit. c: **Negative Verfügung** (Abweisung von Begehren).
 - VwVG 5 Lit. b: Die **Feststellungsverfügung** stellt den Bestand, Nichtbestand oder Umfang von öffentlichrechtlichen Rechten und Pflichten im Einzelfall fest;
VwVG 25² ⇒ subsidiäres Institut: Eine Feststellungsverfügung ist zulässig, soweit ein Feststellungsinteresse vorliegt; dieses fehlt dort, wo genauso gut eine positive oder negative Verfügung getroffen werden könnte.
- Nach dem partizipativen Anteil der Parteien:
 - **Mitwirkungsbedürftige Verfügung** (auf Gesuch oder mit Zustimmung der Privaten)
 - (!) Die Mitwirkung bezieht sich lediglich auf das Verfahren!
- Nach der instanzabschliessenden Wirkung:
 - Die **Endverfügung** schliesst das Verfahren vor der betroffenen Instanz ab;
 - Die **Teilverfügung** ist eine Unterart der Endverfügung und bezieht sich lediglich auf einen Teil des Streitgegenstandes;
 - Die **Zwischenverfügung** ist ein Instrument der Verfahrensführung; sie ist grundsätzlich nicht selbständig anfechtbar, sondern muss zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden; ausnahmsweise ist sie auch selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken würde, könnte sie erst mit dem Endentscheid angefochten werden.
- Nach dem Subjekt der Erfüllung:
 - **Sachverfügung:** Endverfügung in der Sache;
 - **Vollstreckungsverfügung:** Durchsetzung einer Sachverfügung.
- Nach der Dauer:
 - Die **Dauerverfügung** regelt ein Dauerrechtsverhältnis, also ein Rechtsverhältnis, das während eines längeren Zeitraums besteht oder gar auf unbestimmte Zeit hin angelegt ist.
 - Die **urteilsähnliche Verfügung** regelt einen in zeitlicher Hinsicht klar abgegrenzten Sachverhalt.
- Die **Allgemeinverfügung** wirkt generell–konkret: Sie regelt einen bestimmten Sachverhalt, richtet sich aber gleichzeitig an einen unbestimmten Kreis von Verfügungsadressaten:
 - Bsp.: Verkehrsbeschränkung.
 - Bezüglich ihrer Anfechtbarkeit ist die Allgemeinverfügung der Verfügung im Sinne von VwVG 5 gleichgestellt.

d) Nebenbestimmungen

- Diese Modalitäten beziehen sich auf die Hauptregelung der Verfügung und präzisieren sie:
 - **Befristungen:** begrenzen die zeitliche Geltung der Verfügung;
 - **Bedingungen:** machen die Rechtswirksamkeit von einem Ereignis abhängig;

- **Auflagen:** Die Rechtswirkung der Hauptregelung wird durch die Auflage nicht berührt; die Auflage bezieht sich aber auf sie; sie kann vollstreckt werden (Bsp.: Ersatzvornahme).
- Die **Abgrenzung der Bedingung von der Auflage** ist schwierig; im Zweifelsfall sollte die **Auflage** gewählt werden, weil sie die Rechtswirksamkeit der Hauptregelung der Verfügung nicht hemmt.
- **Gesetzmässigkeit** von Nebenbestimmungen? Es gibt keine explizite gesetzliche Grundlage.
Zwei Faustregeln:
 - **Sachfremde** Bedingungen und Auflagen sind **unzulässig**;
 - Bedingungen und Auflagen sind dort zulässig, wo die Bewilligung aufgrund des Gesetzes überhaupt verweigert werden könnte: Diese Einschränkung ist immer eine **mildere** Massnahme als die Verweigerung.

3.1.2. Form der Verfügung

VwVG 34–38 ("Eröffnung")

a) Formerfordernisse

- Schriftlichkeit (VwVG 34)
 - dient der Rechtssicherheit;
 - Schriftform ist Voraussetzung der Anfechtung;
 - ausnahmsweise sind, als Notbehelfe, mündliche Verfügungen zulässig (VwVG 34², 3 Lit. f).
- Sprache (VwVG 37)
- Notwendige formelle Elemente:
 - die **Bezeichnung als Verfügung** (VwVG 35);
 - die **verfügende Behörde** (Wer?);
 - der **Adressat** (Gegen wen?);
 - die **Begründung** (Warum?): Darstellung des rechtswesentlichen Sachverhalts und der rechtlichen Erwägungen;
 - das **Dispositiv** oder die **Verfügungsformel** (Was?): rechtliche Regelung des Rechtsverhältnisses und Kostenregelung;
 - die **Rechtsmittelbelehrung**: Rechtsmittel, Instanz, Frist;
 - die **Eröffnungsformel**: Parteienbegriff (VwVG 6)
 - Ort, Datum, Unterschrift.

b) Begründung

Funktionen der Begründung:

- **Rationalität** der Entscheidung → dient der **Selbstkontrolle** der Verwaltung.
- **Transparenz**: Durch das Offenlegen der Motive wird die Verfügung für den Adressaten klar, und so nachvollziehbar.
- **Akzeptanz**: Die Verwaltung hofft, dass der Adressat freiwillig die Regelung akzeptieren wird
→ fördert die Einsicht in die Regelung;
→ Legitimität.
- **Dichte**: Die Verfügung muss soviel Informationen enthalten, dass sie vom Privaten angefochten und von Behörden beurteilt werden kann;
Je offener die Norm, desto präziser die Begründung.

c) Folgen eines Formmangels

- Struktur und Form der Verfügung sind zu trennen:
 - Eine mangelhafte Form zerstört die Verfügung nicht;
 - Eine richtige Form macht nicht eine Verfügung (z.B. wenn strukturelle Elemente fehlen).
- Keine Rechtswirkung (VwVG 38: Kein Nachteil erwächst für den Betroffenen);

- **Anfechtbarkeit;**
- Für einen Rechtsunkundigen beginnt die Frist nicht zu laufen, wohl aber für einen Juristen;
- Der Betroffene kann sich auf den Mangel berufen, es sei denn, er hätte nach Treu und Glauben sie kennen und merken müssen.

3.1.3. Verfahren auf Erlass einer Verfügung

a) Verfahrensmaximen

1. Form?

Schriftlichkeit

→ Regelfall

⇔ Mündlichkeit

→ Ausnahme

2. Wer hat Zugang zum Verfahren?

Publikumsöffentlichkeit

⇔ **Parteienöffentlichkeit**

3. Wer kann das Verfahren auflösen, beenden, wer hält es in Händen?

Offizialmaxime

→ Behörden, von Amtes wegen

⇔ **Dispositionsmaxime**

→ Parteien, auf Gesuch

Es kommt auf das Verfahren an.

4. Wer beschafft den Prüfungsstoff?

Untersuchungsmaxime

Die Behörde ist für die Beschaffung verantwortlich

→ materielle Wahrheit

⇔ Verhandlungsmaxime

Die Parteien sind für die Untersuchung der Tatsachen verantwortlich

→ formelle Wahrheit (Wahrheit ist das, worüber sich die Parteien geeinigt haben)

5. "*Jura novit curia*": Die Behörden sind nicht an die Rechtsauffassung der Parteien gebunden.

b) Geltungsbereich des VwVG

- Formell: "durch Verfügungen zu erledigen" (VwVG 1)
- Sachlich: "Verfügungen gestützt auf öff. Recht des Bundes" (ergibt sich aus VwVG 1, 5)
[≠ Kantonales Recht, wo VwVG nicht gilt]
Ausnahmen: VwVG 2–3
- Persönlich: Bundesverwaltungsbehörden (VwVG 1 Abs. 2)
+ ausnahmsweise Erweiterung auf letzten kt. Instanzen (Abs. 3).

c) Verwaltungsverfahren

- Einleitung
 1. Einleitung von Amtes wegen oder auf Gesuch (Bsp.: VwVG 25¹)
 2. Prüfung der Sachentscheidvoraussetzungen (Prozessfähigkeit der Parteien; VwVG 7–10)
- Ermittlung
 3. Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts (VwVG 12–13)
 4. Ermittlung der Parteistandpunkte → Akteneinsicht und rechtliches Gehör (VwVG 26–33)
 5. Ermittlung des sacherheblichen Rechts ("*Jura novit curia*")
- Entscheid
 6. Erlass der Verfügung
- Durchsetzung
 7. Vollstreckung der Verfügung

d) Rechtliches Gehör (VwVG 29–30a)

- Funktionen: - personell: Man gibt dem Betroffenen das Gefühl, er wird als Person, als Subjekt, nicht als Objekt, behandelt;

- materiell: Ermittlung von Tatsachen, Sachaufklärung, Entscheidungshilfe.
- Rechtsgrundlage: VwVG, kantonale Gesetze (z.B. Berner VRPG), BV 4;
- Zeitpunkt:
 - Grundsatz: "bevor sie verfügt" (VwVG 30¹);
 - Ausnahmen: VwVG 30².
- Form:
 - Grundsatz: Via Schriftenwechsel;
 - Ausnahme: VwVG 30a

In Spezialgesetzen: "**Einsprache**" → zwei Begriffsverwendungen

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • ohne Rechtsmittelfunktion
(mit Entscheidungshilfefunktion):
(VwVG 30a)
→ wird vor Erlass der Verfügung durchgeführt | <ul style="list-style-type: none"> • mit Rechtsmittelfunktion
(Einspracheverfahren):
(VwVG 30 Abs. 2 Lit. b)
→ "Anfechtung" bei der verfügenden Behörde
→ Entlastungsfunktion (für die übergeordnete Behörde) |
|--|---|
-
-

- Folgen einer **Gehörverletzung**:
- Die Parteien führen Beschwerde vor der Rechtsmittelinstanz;
 - Entweder verweist die Rechtsmittelinstanz das ganze Verfahren wieder an die 1. Instanz, oder
 - die Rechtsmittelinstanz führt es selber durch (**Heilungsfunktion**), vorausgesetzt, dass:
 - sie über freie Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt;
 - dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte wie vor erster Instanz zustehen.
 - Kritik in der Lehre darüber:
 - Der Betroffene hat eine Instanz schon "verbraucht";
 - Erschwerung der Argumentationsmöglichkeiten.

3.1.4. Rechtswirksamkeit, Fehlerhaftigkeit und Beständigkeit von Verfügungen

a) Rechtswirksamkeit

- **Rechtswirksamkeit** der Verf.: Die Verfügung entfaltet Rechtswirkungen; z.B. kann von einer eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht werden.
- Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirksamkeit:
 - Grundsatz: Die Verfügung ist mit ihrer **Eröffnung** wirksam;
 - Ausnahmen:
 - Die Wirksamkeit kann durch Spezialgesetz verschoben werden;
 - Die Verwaltungsbeschwerde hat in der Regel aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt).
- **Formelle Rechtskraft**:
 - Die Verfügung kann **mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten** werden;
 - Sie ist vollstreckbar.
- Zeitpunkt des Eintritts der formellen Rechtskraft: Nach **Ablauf der Rechtsmittelfrist** oder mit **Eröffnung des letztinstanzlichen Urteils**

- **Materielle Rechtskraft:**
 - Grundsätzliche Unumstösslichkeit: Kein zweites Urteil über den selben Sachverhalt;
 - **Sie gilt nicht** im Verwaltungsrecht, wo die Entscheide einseitig und hoheitlich genommen werden;
 - Warum? Verfügungen regeln meistens dauernde Verhältnisse, deren nachträgliche Änderungen zu rechtswidrigen Verhältnissen und Rechtsungleichheit führen würden;
 - Es gilt die **Rechtsbeständigkeit**, welche eine Neuurteilung nur unter qualifizierten Voraussetzungen erlaubt.

b) Fehlerhaftigkeit

- Definition: Die Verfügung verletzt Rechtsnormen hinsichtlich Zustandekommen, Form oder Inhalt.
- Arten von Fehlerhaftigkeit:
 - **Ursprüngliche Fehlerhaftigkeit:** Die Verfügung war schon **bei ihrem Erlass** fehlerhaft;
 - **Nachträgliche Fehlerhaftigkeit:** Die Verfügung ist zwar ursprünglich einwandfrei, aber die rechtswesentlichen Verhältnisse haben sich **nachträglich** derart **verändert**, dass die Verfügung nun fehlerhaft erscheint (insbesondere bei **dauerhaften** Verfügungen).
- **Folgen** der Fehlerhaftigkeit:
 - Regel → **Anfechtbarkeit**;
 - Ausnahme → **Nichtigkeit**.
- Regel → **Anfechtbarkeit**:
 - Die (rechtswirksame) Verfügung ist **mittels Beschwerde anfechtbar**;
 - nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, oder Abweisung der Beschwerde, tritt die Verfügung in **formeller Rechtskraft**;
 - wird die Beschwerde gutgeheissen, folgt in der Regel eine **Änderung**, eventuell eine **Berichtigung** (VwVG 69³)
- Ausnahme → **Nichtigkeit**:
 - Eine nichtige Verfügung ist ein "Nichtakt", entfaltet *ex tunc* keine Rechtswirkungen;
 - Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten;
 - Voraussetzung: Die Rechtssicherheit muss nicht durch die Aufhebung gefährdet werden.
- **Nichtigkeitsgründe**:
 - sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde;
 - schwerwiegende Verfahrensmängel;
 - schwerwiegende inhaltliche Mängel.
- Bemerkung: Im Zweifelsfall ist es empfohlen, die fehlerhafte Verfügung anzufechten.

3.1.5. Änderung von Verfügungen – Wiedererwägung und Widerruf

Es geht um das Problem, ob eine fehlerhafte Verfügung, die **formell rechtskräftig** geworden ist, noch geändert werden kann und muss.

a) Terminologie

- **Urteilsähnliche Verfügung:**
 - abgeschlossener Sachverhalt;
 - einmalige Rechtsfolge.
- **Dauerverfügung:** Rechtsfolge wirkt in Zukunft herein.
 - nachträgliche Fehlerhaftigkeit möglich;
 - lange Fortdauer des rechtswidrigen Zustandes.

b) Prüfprogramm

	von Amtes wegen	auf Gesuch hin
1. Verfahrensrechtliche Phase: "Wiedererwägung"	Bestehen ausreichende Gründe für ein Zurückkommen auf die formell rechtskräftige Verfügung? (Fällt in der Praxis mit Phase 2 zusammen)	
	<ul style="list-style-type: none"> • wenn ja → Eintreten und weiter zu Phase 2 • wenn nein: → Nichteintreten 	
2. Materiellrechtliche Phase: "Widerruf"	Bestehen ausreichende Gründe für eine Aufhebung der formell rechtskräftigen Verfügung?	
	<ul style="list-style-type: none"> • wenn ja → Widerruf • wenn nein: → Bestätigung 	<ul style="list-style-type: none"> • wenn ja → Gutheissung + Widerruf • wenn nein: → Abweisung + Bestätigung

c) Verfahrensrechtliche Phase

Bestehen ausreichende Gründe für ein **Zurückkommen** auf die formell rechtskräftige Verfügung?

- ① Gesetzliche Regelung? Wenn nein:
- ② Bundesgerichtliche Rechtsprechung:
BV 4 und analoge Anwendung von VwVG 25 + 66

Ad ②: Rückkommensgründe nach Bundesgericht

• Revisionsähnliche Gründe (siehe unten)	U, D
• Deutlich fehlerhafte Rechtsanwendung	[U], D
• Änderung des Sachverhalts	nur D
• Änderung der Rechtslage	nur D
U = Urteilsähnliche Verfügung D = Dauerverfügung schattiert: nachträgliche Fehlerhaftigkeit	

Revisionsgründe nach VwVG 66

R. von Amtes wegen VwVG 66 Abs. 1	Revision auf Gesuch hin VwVG 66 Abs. 1–3
<ul style="list-style-type: none"> • Verbrechen / Vergehen • EMRK–Urteil 	<ul style="list-style-type: none"> • Verbrechen / Vergehen • EMRK–Urteil • Neue Tatsachen / Beweismittel • Aktenkundige Tatsachen / Begehren übersehen • Wesentliche Verfahrensfehler

d) Materiellrechtliche Phase

Bestehen ausreichende Gründe für eine **Änderung** der formell rechtskräftigen Verfügung?

- ① Gesetzliche Regelung? Wenn nein:
- ② Bundesgerichtliche Rechtsprechung: Abwägungsformel

Ad ②: Nach Bundesgericht ist abzuwägen zwischen

Gesetzsmässigkeit...	...und Rechtssicherheit
Gesetzsmässigkeitsinteresse kann dennoch überwiegen, wenn	Rechtssicherheit überwiegt i.d.R., wenn
<ul style="list-style-type: none"> • unrichtige / unvollständige Angabe; • gewichtiges öffentliches Interesse; • lange Fortdauer des rechtswidrigen Zustandes. 	<ul style="list-style-type: none"> • subjektives Recht begründet; • Abwägung stattgefunden; • von der Befugnis Gebrauch gemacht.

3.1.6. Durchsetzung der Verfügung – Verwaltungszwanga) Allgemeines

Man unterscheidet:

- **Exekutorische Massnahmen**, mit denen die Einhaltung der Pflichten der Verwaltungsrechtsordnung direkt durchgesetzt wird (VwVG 41¹):
 - Ersatzvornahme;
 - Unmittelbarer Zwang.

Gesetzsmässigkeit: **Die Norm, die diese Pflicht statuiert, genügt als gesetzliche Grundlage.**

- **Repressive Massnahmen**, mit denen Bürger indirekt zur Pflichterfüllung angehalten werden soll:
 - Administrative Rechtsnachteile;
 - Verwaltungsstrafen.

Gesetzsmässigkeit: Sie bedürfen einer **spezifischen und ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.**

b) Ersatzvornahme

- Definition: **Die Verwaltungsbehörde lässt eine den Privaten obliegende, von diesen aber pflichtwidrig verweigerte, vertretbare Handlung auf deren Kosten durch eine amtliche Stelle oder durch eine Drittperson (beispielsweise eine Bauunternehmung) vornehmen.**
- Die Ersatzvornahme ist mit der **Pflicht** verbunden, **die Kosten zu tragen (Kostentragungspflicht).**
- Voraussetzungen:
 - Es steht keine Verrichtung in Frage, die von den Pflichtigen nur höchstpersönlich erbracht werden kann;
 - Eine vollstreckbare Sachverfügung ist vorhanden, die die Pflichtigen zu einem Tun verpflichtet.
- In der Regel hat der Ersatzvornahme **eine Androhung unter Einräumung einer Erfüllungsfrist** voranzugehen (VwVG 41²)
- Wenn "*Gefahr in Verzuge ist*" (VwVG 41³), kann auf die Androhung und auf die Einräumung einer Erfüllungsfrist verzichtet werden: Solche Massnahmen sind **polizeiliche Vorkehren zum Schutze unmittelbar bedrohter, wichtiger Rechtsgüter.**

c) Rechtsschutz gegenüber der Vollstreckung von Verfügungen

- Die **Vollstreckungsverfügung** (Art. 5² i.V.m. Art. 41¹ Lit. a und b VwVG) ist eine eigenständige Anordnung über die zwangsweise Durchsetzung einer früher ergangenen, rechtskräftigen Verfügung (der sog. **Sachverfügung**). Wie jede andere Verfügung unterliegt sie der **Verwaltungsbeschwerde** (Art. 44 VwVG).

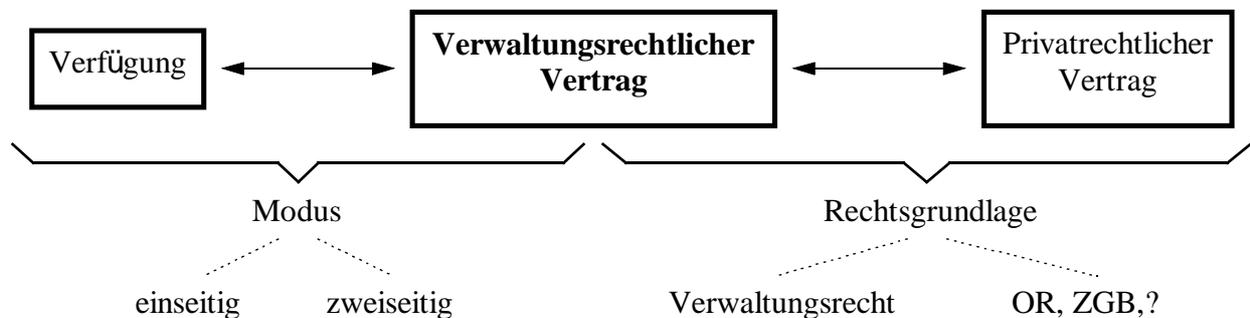
- Gegenstand der Überprüfung von Vollstreckungsverfügungen im Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich **nur noch die Rechtmässigkeit der Vollstreckungsmassnahme, nicht mehr dagegen die Rechtmässigkeit der Sachverfügung.**
- **Ausnahmsweise** ist die Überprüfung der Sachverfügung im Rahmen der Überprüfung der Vollstreckungsverfügung noch möglich:
 - Bei **Nichtigkeit der Sachverfügung**;
 - Bei der **Verletzung unverjährbarer und unverzichtbarer verfassungsmässiger Rechte**;
 - Im Strafverfahren wegen Verstosses gegen StGB 292, sofern keine gesetzliche Möglichkeit bestanden hat, die Sachverfügung durch ein Verwaltungsgericht überprüfen zu lassen.

3.2. Der verwaltungsrechtliche Vertrag

3.2.1. Begriff, Funktion und Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrags

a) Grundlagen

- Begriff: Vertrag = Vereinbarung, Übereinstimmung zwischen mehreren Parteien
- Gegenstand: Verwaltungsrecht, d.h. Erfüllung von Staatsaufgaben
- Abgrenzungen:



- Kriterien zur Abgrenzung verwaltungsrechtlichen Vertrag / privatrechtlichen Vertrag:
 - anwendbares Gesetz konsultieren: wenn es auf Zivilrichter verweist → Privatrecht;
 - **dient der V. unmittelbar der Erfüllung von Staatsaufgaben?** Wenn nicht → Privatrecht (Bsp.: Bedarfsverwaltung, bewirtschaftende Vw.);
 - Kriterium: **Interesse?**
 - allein die Tatsache, dass der Staat Vertragspartei ist, kann nicht zum Schluss führen, es muss ein verwaltungsrechtlicher Vertrag sein;
 - umgekehrt kann es vorkommen, dass zwei Private einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abschliessen!
- Arten:
 - **Koordinationsrechtlicher Vertrag:** verwaltungsrechtlicher Vertrag unter Gemeinwesen:
Gemeinwesen = Gemeinwesen
Beide Parteien erfüllen Staatsaufgaben.
 - **Subordinationsrechtlicher Vertrag:** Gemeinwesen = Privatperson
(Privatperson = Privatperson)
Nur das Gemeinwesen muss Staatsaufgaben erfüllen.

b) Der subordinationsrechtliche Vertrag

Zulässigkeit der Rechtsform subordinationsrechtlicher Verträge?

Die Rechtsform des Vertrags ist zulässig unter folgenden Bedingungen:

- Das Gesetz gibt Raum oder Ermessen für die Vertragsform, erlaubt sie
= Frage der Auslegung
→ Unzulässig, wenn das Gesetz eine abschliessende Regelung enthält!
→ Die Wahl der Vertragsform muss ausserdem dem Sinn dieses Spielraums entsprechen.

- Die Vertragsform ist geeigneter als diejenige der Verfügung:
Motive:
 - Beide Parteien bezwecken eine dauerhafte Bindung
Bsp.: SuG 16² ("wenn bei Finanzhilfen ausgeschlossen werden soll"): Statt Subventionen mit Auflagen zu geben, möchte der Staat den Privaten verpflichten.
 - Konkretisierung des Ermessens via Konsens
Bsp.: SuG 16² ("Ermessensspielraum")
- Unzulässig:
 - Steuerabkommen: Keine Steuergerechtigkeit
 - Planungsabkommen (Einzonung eines Grundstücks)

3.2.2. Verfahrensfragen

- Gibt es Formvorschriften? Umstritten → einfache Schriftform (wie Verfügung)
- Es gibt kein Verfahrensgesetz, welches die Entstehung von verwaltungsrechtlichen Verträgen regelt; manchmal enthält ein Spezialgesetz eine Regelung
 - kein Anfechtungsobjekt für die Verwaltungsrechtspflege;
 - kein Rechtsschutz;
 - Drittbeteiligte können weder gehört werden noch anfechten.

3.2.3. Wirksamkeit, Beständigkeit und Durchsetzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags

- Auslegung des verwaltungsrechtlichen Vertrags nach Vertrauensprinzip.
- Mangels Rechtsprechung fehlen Grundsätze.
- Durchsetzung: Es gibt keinen Vollstreckungstitel; eine Verfügung ist erforderlich.

3.3. Der Plan

3.3.1. Begriff, Funktion und Arten des Plans

a) Terminologie

Unterscheiden wir:	die Planungund den Plan
	= Vorgang zur Problemlösung	= Ergebnis dieses Vorganges

b) Die Planung

4 Schritte:

1. Phase der Problemanalyse
2. Phase der Zielfindung
3. Phase der Massnahmen
4. Phase der Kontrolle / Evaluation (ex post)

c) Der Plan

- Definition: Zusammenfassung zukunftsbezogener Aussagen;
- Form: Der Plan kann zahlreiche Formen annehmen (Wörter, Karten,...);
- Funktion: Der Plan hat eine Steuerfunktion.

d) Rechtsnatur des Plans

- Rechtssatz? rechtsverbindlich
- Verfügung? behördenverbindlich

→ Das Spezialgesetz konsultieren!

3.3.2. Raumpläne insbesondere

a) Rechtsquelle

BV 22^{quater}, Raumplanungsgesetz (RPG)

b) Das RPG

- Ziele (RPG 1):
 1. Haushälterische Nutzung des Bodens;
 2. Abstimmung aufeinander der raumwirksamen Tätigkeiten;
 3. Verwirklichung einer auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichteten Ordnung der Besiedlung.
- Zweck: Koordination
- Mittel (RPG 2¹): Die Planung
- **Richtpläne** (RPG 8–9) sind für die Behörden verbindlich
- **Nutzungspläne** (RPG 14 + 21)
 - ordnen die Nutzung des Bodens;
 - für jedermann verbindlich;
 - schaffen Rechte und Pflichten für Privaten.

c) Rechtsnatur der Nutzungspläne: Rechtssatz oder Verfügung?

- Je nach Form gibt es verschiedene Formen zum **Rechtsschutz**:
 - Bei Verfügungen hat man Anspruch auf rechtlichen Gehör;
 - Bei Rechtssätzen ist eine Änderung jederzeit möglich;
 - Verfügungen muss man sofort anfechten.
- Kriterium ist die **Dichte** der Nutzungsplanung:
 - Rechtliches Gehör (RPG 33¹);
 - Änderung (RPG 21²): Je älter der Plan, desto mehr muss er mit der Wirklichkeit übereinstimmen;
 - Rechtsschutz: Zulässigkeit der Klage gegen Umplanung?
Es kommt darauf an, ob der Betroffene die Wirkungen der Planungsänderungen vorhersehen könnte; wenn ja → kein Rechtsschutz.

3.4. Der Realakt3.4.1. Begriff, Funktion und Arten des Realakts

- Begriff:
 - Der Realakt ist nicht auf einen Rechtserfolg, sondern **auf einen Taterfolg gerichtet**;
 - Dessen Gegenbegriff ist der Rechtsakt.
- Form: In der Regel ist **der Realakt formfrei**, der Rechtsakt formgebunden; es gibt aber viele Ausnahmen.
- Funktion: hängt vom Typus des Realaktes ab.
- Arten:

	Funktion
- Reales Erfüllen von staatlichen Aufgaben	Besorgung von staatlichen Aufgaben
- Erteilen von Auskünften	Rechtssicherheit, Vertrauensschutz
- Ankündigung und Durchführung von Vollstreckungsmassnahmen	Durchsetzung des Verwaltungsrechtes
- Unmittelbarer Vollzug des Verwaltungsrechtes	Durchsetzung des Verwaltungsrechtes (ohne vorherige Sachverfügung)
- Informationskampagne / Empfehlungen	Verhaltenslenkung
- Informelle Absprachen	Verhaltenslenkung

3.4.2. Empfehlungen und Informationskampagnen insbesondere

a) Information nur im Rahmen der Exekutivfunktion:

- Information als **Regierungsaufgabe**: - Art. 10 RVOG;
- vor Wahlen und Abstimmungen.
- Information als **Verwaltungsaufgabe**: - über der Verwaltungstätigkeit (Geschäftsberichte);
- im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens;
- im Rahmen der Leistungstätigkeit;
- im Rahmen einer Sachaufgabe.

b) Informationshandeln

3 Ebenen der Information:

- **Tatsachenebene** → Informationskampagne i.e.S.
- **Wertebene** → Einstellungskampagne
- **Einwirkungsebene** → Verhaltenskampagne

Beispiele:

- Impfkampagne gegen Mumps: → Verhaltenskampagne;
- Stop-Aids-Kampagne: → Informationskampagne i.e.S., Verhaltenskampagne, Einstellungskampagne;
- K. gegen den Vacherin Mont-d'Or: → Verhaltenskampagne.

c) Dogmatische Einordnung von Kampagnen

- Rechtsakt? Nein: Die Kampagne begründet keine Rechte oder Pflichten!
- **Realakt**? Ja! Die Impfkampagne, zum Beispiel, begründet einen faktischen Befolgungszwang.
- "*Sui generis*"?

d) Rechtliche Zulässigkeit von Kampagnen

- **Zuständigkeit der Behörden**
- Zulässigkeit der **Form** → **gesetzliche Grundlage** erforderlich (Bsp.: Art. 3 Epidemien-gesetz, Art. 12 Lebensmittelgesetz)
- Zulässigkeit des **Inhalts** → die Empfehlung muss ein Mittel sein, **das Gesetz durchzusetzen**:
 - funktioneller Bezug zur Aufgabe;
 - keine Ideologie!
 - keine Anstiftung zu einer verbotenen Handlung (Verstösst die Empfehlung, Drogensüchtige sollten saubere Spritzen benutzen, gegen das Betäubungsmittelgesetz?).
- Wahrung der Verhältnismässigkeit:
 - "ob": nur dann, wenn erforderlich;
 - "wie": Achtung an Drittinteresse;
 - Grundrechtsrelevanz? Eine Impfkampagne führt zu einem Eingriff in die körperliche Integrität, eine Produktempfehlung schädigt die anderen Anbieter.
- **Rechtsschutz**:
 - Die Empfehlung als solche ist **kein Anfechtungsobjekt**;
 - Surrogat: **Staatshaftung** (Grundlage: Verantwortlichkeitsgesetz, welches Widerrechtlichkeit voraussetzt; nun bilden RVOG 10 und EpidemieG 3 Rechtfertigungsgründe → Prüfung der Verhältnismässigkeit);
 - **Spezialgesetzliche** Bezeichnung von Anfechtungsobjekt (Wer ist dann beschwerdelegitimiert?);
 - Einbezug betroffener Kreise in die Erarbeitung der Kampagne.

3.4.3. Informelle Absprachen insbesondere

- Grundlage: Preisüberwachungsgesetz, Art. 29–30 Kartellgesetz;
- zwischen Staat und Privaten;
- unverbindlich;
- dennoch Einigungs- und Befolungsdruck: Denn der Staat droht, eine Verfügung zu erlassen;
- vermeidet Verfügungen;
- Rechtsschutz Dritter und Rechtsgleichheit sind gefährdet (daher: KartellG 29²);
- Rechtliche Zulässigkeit:
 - Zuständigkeit der Behörden;
 - Zulässigkeit der Form (wenn keine Grundlage, dann Verfügung);
 - Zulässigkeit des Inhalts;
- Verfahren:
 - VwVG nicht anwendbar;
 - Keine Dispensierung des Untersuchungsgrundsatzes (Materielle Wahrheit, Handeln von Amtes wegen).

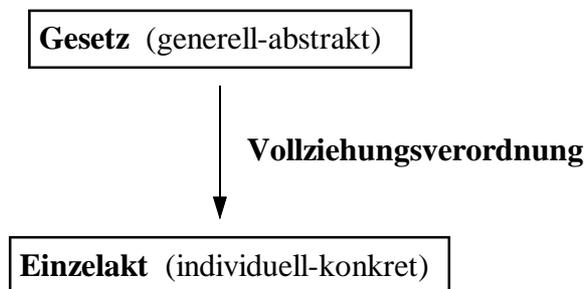
3.5. Weitere Formen des Verwaltungshandelns

3.5.1. Rechtsetzung als Form des Verwaltungshandelns

Verordnungsarten

- selbständige Verordnung → stützt sich auf die BV → primäre Rechtsetzung
- unselbständige Verordnung:
 - Vollziehungsverordnung
 - gesetzesvertretende Verordnung → gestützt auf gesetzl. Delegationsnorm
→ primäre Rechtsetzung

Die **Vollziehungsverordnung** kann als Verwaltungshandeln gefasst werden:



3.5.2. Dienstbefehle und Verwaltungsverordnungen

Problematisch ist die Abgrenzung zwischen

Dienstbefehl	↔	Verfügung
Verwaltungsverordnung	↔	Rechtsverordnung

a) Der Dienstbefehl

- Definition: Weisung der vorgesetzten Behörden an Untergeordneten;
- Bsp.: Dienstaufsicht;
- Gesetzliche Grundlage: Art. 25 Beamtengesetz;

- Abgrenzung von Verfügung:
 - gemeinsam:
 - Anordnung einer Behörde;
 - Einzelfall, individuell–konkret;
 - einseitig;
 - verbindlich;
 - gestützt auf öffentlichem Recht;
 - Unterschied:
 - Rechtsverhältnis?

Der Dienstbefehl ist zwar ein Rechtsakt, aber begründet kein Verhältnis zwischen dem Staat und den Privaten; **er richtet sich ausschliesslich an einen verwaltungsinternen Adressaten.**
- Rechtsschutz:
 - Rechtswidrigkeit des Dienstbefehls ist offensichtlich → kann missachtet werden;
 - Rechtswidrigkeit ist zweifelhaft → rechtswirksam, aber anfechtbar bei dem Vorgesetzten des Erteilers des Dienstbefehls.

b) Die Verwaltungsverordnung

- Definition: **generell–abstrakter Dienstbefehl**;
- Gesetzliche Grundlage: Art. 25 Beamtenengesetz;
- Abgrenzung von Rechtsverordnung: Adressat gehört zur Verwaltung;
- Funktion:
 - Führungsmittel der Verwaltung;
 - Steuerungsmittel;
 - Keine Quelle für Verwaltungsrecht, keine Rechtsgrundlage!
- Rechtsschutz:
 - grundsätzlich **nicht anfechtbar**;
 - die Verletzung einer Verwaltungsverordnung kann nicht gerügt werden;
- Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Verwaltungsverordnung ausnahmsweise anfechtbar, wenn:
 - sie eine Aussenwirkung hat, und
 - die Anfechtung von Einzelakten ist nicht möglich / zumutbar.

3.5.3. Privatrechtliches Handeln

Bsp.: Privatrechtlicher Vertrag → Problematisch ist die Frage der **Zulässigkeit**.

4. Verwaltungsrechtsverhältnisse

4.1. Das Verwaltungsrechtsverhältnis im allgemeinen

- Entstehung:
 - a) unmittelbar durch Rechtssatz (eher selten)
 - b) durch Verfügung (in der Regel)
 - c) durch verwaltungsrechtlichen Vertrag (eher selten)
- Änderung:
 - a) durch Änderung des Rechtssatzes;
 - b) Rechtsbeständigkeit → Problem des Widerrufs;
 - c) Rechtsbeständigkeit → Problem des Widerrufs.
- Beendigung:
 - durch Erfüllung;
 - durch Zeitablauf (befristetes Verwaltungsrechtsverhältnis);
 - durch neues Recht;
 - durch Verrechnung;
 - durch Verjährung / Verwirkung.
- Übertragung von Rechten und Pflichten:
 - des Gemeinwesens an Privaten → nur wenn es das Gesetz ausdrücklich sagt;
 - des Privaten → es kommt darauf an!
- Stellvertretung: Es kommt darauf an!
 - zulässig bei Steuer;
 - unzulässig bei höchstpersönlichen Verhältnissen.

4.2. Bewilligungen, Konzessionen, Subventionen

4.2.1. Bewilligungen

Die Bewilligung ist eine **Verfügung**, welche **eine private Tätigkeit in Übereinstimmung mit dem öffentlichen Recht erlaubt**.

a) Grundform: Polizeibewilligung

- Definition: Eine Tätigkeit ist grundsätzlich verboten; die Polizeibewilligung hebt das Verbot auf.
- Funktion:
 - Früher: Schutz der Polizeigüter;
 - Heute: Schutz weiterer öffentlicher Interessen (**sozialpolitische** oder **raumplanerische** Gründe);
 - **Präventionskontrolle**.
- Rechtliche Bedeutung: Die Polizeibewilligung schafft keine neuen Rechte, weil diese dem Gesuchsteller bereits durch das Gesetz eingeräumt werden: das Verbot ist lediglich formell. Folgen aus diesem Konzept:
 - Die Polizeibewilligung ist **deklaratorisch** (≠ konstitutiv): Sie kann keine neuen Rechte begründen, die nicht im Gesetz stehen
→ Die Bewilligung ist bloss **formelle Voraussetzung für die Rechtmässigkeit** der privaten Tätigkeit;
 - Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, hat der Private einen **Rechtsanspruch** (≠ Ermessen) auf unbedingte Erteilung der Bewilligung
 - Die Polizeibewilligung schafft **keine wohlerworbenen Rechte** (Rechte, die nur gegen Entschädigung entzogen werden können).

b) Wirtschaftspolitische Bewilligung

- Definition: Erlaubnis zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit innerhalb eines **Kontingentes** oder eines **wirtschaftlichen Bedürfnisses**.
- Funktion: **Lenkung des Wirtschaftsgeschehens**, vor allem im Landwirtschaftsrecht;
- Rechtliche Bedeutung: Es besteht kein Rechtsanspruch auf Erteilung, wenn schon, also **ein bedingter Anspruch**.
- Bemerkung: Die **Kantone** sind grundsätzlich **nicht befugt**, wirtschaftspolitische Massnahmen einzuführen (BV 31 Abs. 2, Handels- und Gewerbebefreiheit); Ausnahme: Gastwirtschaftsgewerbe, BV 32^{quater}.

c) Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch

- Definition: Der **gesteigerte Gemeingebrauch**, nämlich der **nicht gemeinverträgliche** oder **ausserhalb der Zweckbestimmung** der betreffenden öffentlichen Sache liegende Gebrauch (Beispiele: Demonstrationen, Verkaufsstände), ist in der Regel **bewilligungspflichtig**;
- Funktion: **Koordination der verschiedenen Nutzungen**;
- Rechtliche Bedeutung: Die Erteilung der Bewilligungen liegt im **Ermessen** der Behörde
→ **bedingter Rechtsanspruch mit Grundrechtsrelevanz**.
- **Voraussetzungen der Bewilligungspflicht** (denn die Bewilligungspflicht führt zu einer Einschränkung von verfassungsmässigen Rechten):
 - ◆ **Gesetzliche Grundlage** (ausdrückliche, im formellen Gesetz verankert)
Ausnahmen: - **Polizeiliche Generalklausel** als Surrogat der gesetzlichen Grundlage;
- Frühere Praxis: Die Bewilligungspflicht ergibt sich aus der Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öffentlichen Grund.
 - ◆ **Öffentliches Interesse**: ergibt sich aus: - Schutz von Polizeigütern;
- anderen öffentlichen Interessen;
- Erfüllung von staatlichen Aufgaben.
 - ◆ **Verhältnismässigkeit**: → Prinzip der Subsidiarität (mildere Massnahme)

d) Ausnahmbewilligung

- Definition: Die **Ausnahmbewilligung** erlaubt die Ausübung einer Tätigkeit in **Abweichung** zu den normalen gesetzlichen Vorschriften; der Gesetzgeber verlangt ein **grundsätzliches Verbot**, lässt aber im Einzelfall **Ausnahmen** zu, wenn die strenge Anwendung des Gesetzes zu zweckwidrigen Ergebnissen führen würde.
- Man unterscheidet:
 - **echte Ausnahmbewilligung** = "kleine Ausnahme" = Dispens:
Notventil für unvorgesehene Fälle (Bsp.: Art. 26 Berner Baugesetz);
 - **unechte Ausnahmbewilligung** = "grosse Ausnahme":
Der Gesetzgeber sieht eine Alternativregelung vor, denn er weiss von Anfang an, dass er Ausnahmen zulassen wird (Bsp.: Art. 24 RPG).
- Voraussetzungen der Erteilung von Ausnahmbewilligungen:
 - **Gesetzliche Grundlage**, welche die Möglichkeit einer Ausnahme ausdrücklich vorsieht;
 - **Vorliegen der gesetzlichen Ausnahmesituation** (wäre nicht gegeben, wenn es eine Situation wäre, die häufig vorkommt);
 - **Keine Normkorrektur**: Der Grundgedanke des Gesetzes muss nur einzelfallgerecht verfeinert werden, keine Umwertung des Gesetzes;
 - **Umfassende Interessenabwägung**.

- Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung bildet eine **Rechtsfrage**; dagegen ist **Ermessensfrage**, wie der Ausnahmesituation Rechnung getragen werden soll.

e) Verfahrensfragen: Erteilung, Übertragung, Verlängerung

- Bewilligungen werden **auf Gesuch** erteilt.
- Erteilungsvoraussetzungen:
 - persönliche: z.B. Fahrtüchtigkeit, guter Leumund
 - sachliche: z.B. Vorschriftenkonformität eines Bautes

• Übertragung:

Art	Beispiel	Übertragbarkeit
personbezogene Bewilligung	Führerschein	nicht übertragbar
sachbezogene Bewilligung	Fahrzeugausweis	übertragbar

- Bewilligungen sind meist **befristet**; am Ende der Frist wird der Fall neu überprüft: Sind die Voraussetzungen der Bewilligungserteilung wegen neuer rechtlicher oder tatsächlicher Verhältnisse nicht mehr erfüllt, so wird keine neue Bewilligung erteilt.

f) Koordination von Bewilligungsverfahren

Problematik: Es gibt Tätigkeiten, die mehreren Bewilligungen bedürfen
 Bsp.: Deponie in einem Wald → Rodungsbewilligung
 → Baubewilligung
 → Gewässerschutzbewilligung

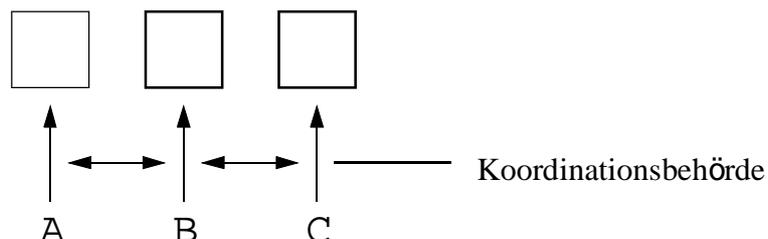
Das führt zu Mehrfachprüfungen, oft unter verschiedenen Blickwinkeln: unterschiedliche Ergebnisse können die Folge sein; überdies unterliegen die verschiedenen Verfügungen unterschiedlichen Rechtsmitteln. All dies macht das Verfahren lang und kompliziert.

In BGE 116 Ib 50 hat das Bundesgericht gefordert, diese Doppelspurigkeiten und vor allem Inkohärenzen seien durch "**Koordination**" der verschiedenen zu durchlaufenden Verfahren und Prüfungen zu vermeiden oder wenigstens so gering wie möglich zu halten:

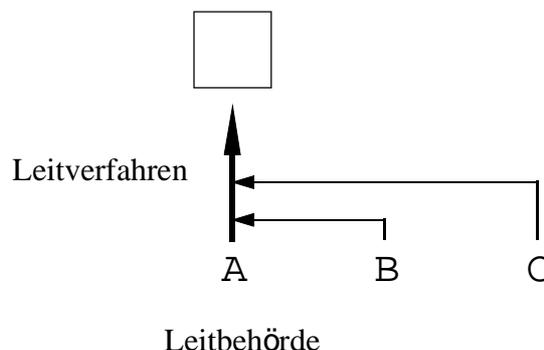
- Die Verfügungen sollen **gleichzeitig eröffnet** werden;
- Sie sollen **in einem einzigen Rechtsmittelverfahren angefochten** werden können.

Modelle:

1) Koordinationsmodell



2) Konzentrationsmodell



Beurteilung: 1) Vorteile: Sachzuständigkeiten bleiben gewahrt;
 Nachteile: Das Verfahren ist schwerfällig und lästig.

- 2) Vorteile: Eine einzige Behörde ist zuständig;
 Nachteile: Der Sachverstand kann untergehen.

Die Koordination wird auch durch **Spezialgesetze** geregelt: Berner Koordinationsgesetz, RPG.

4.2.2. Konzessionen

a) Allgemeines / Konzessionsarten

Konzessionen zu erteilen setzt ein **Monopol** voraus.

<i>Monopolarten</i>	<i>Konzessionsarten</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Staatliches Monopol: Ein Wirtschaftsbereich wird dem freien Wettbewerb entzogen und der Ausübung durch das Gemeinwesen vorbehalten; 	<ul style="list-style-type: none"> • Monopolkonzession: verleiht das Recht auf Ausübung einer an sich dem Staat vorbehaltenen Tätigkeit; • Konzession des öffentlichen Dienstes: verleiht das Recht auf Ausübung einer konzessionspflichtigen Tätigkeit, die im öffentlichen Interesse liegt, aber nicht vom Staat selber ausgeübt werden soll;
<ul style="list-style-type: none"> • Polizeimonopol: darf nur errichtet werden, wenn kein milderes Mittel, wie etwa eine Bewilligungspflicht, den Schutz des fraglichen Polizeigutes sicherstellt; • Wohlfahrtsmonopol: aus weiteren öffentlichen Interessen, <i>bloss nicht aus rein fiskalischen Gründen</i> → Verhältnismässigkeitsprinzip 	<p>∅: Gemeinwesen hat die Tätigkeit selbst auszuüben</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Faktisches Monopol: Hoheit des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch 	<p>Sondernutzungskonzession: verleiht das Recht auf ausschliessliche Benützung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch</p>

b) Begründung von Konzessionsverhältnissen

- durch **Verfügung**;
- man unterscheidet:

- **Popularkonzession:** Jede Person hat gegenüber der Konzessionsbehörde einen **Rechtsanspruch** auf Erteilung der Konzession

- **Ermessensbedingte Konzession:** Die Erteilung der K. bleibt dem **Rechtsfolgeermessen** des Konzedenten überlassen

Rechtsschutz:

Verwaltungsgerichtsbeschwerde
(Art. 97 OG)

Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat
(Art. 99 Abs. 1 Bst. d OG,
Art. 74 Bst. a VwVG)
Ausnahme: Wassernutzungskonzession
(Art. 99 Abs. 2 Bst. a OG).

Ob auf die Konzession ein Rechtsanspruch besteht oder ob ihre Erteilung im Ermessen der Verwaltung liegt, ist durch **Auslegung** zu ermitteln.

c) Beendigung (oder Änderung) von Konzessionsverhältnissen

- Den **ordentlichen** Grund für die Beendigung eines Konzessionsverhältnisses bildet der **Ablauf der Konzessionsdauer**. Wird die Konzession nicht erneuert und ist kein **Heimfall** (= Übernahme der Anlagen durch den Konzedenten zum Zeitwert) vorgesehen, so muss der Konzessionär die Anlagen in diesem Zeitpunkt **auf eigene Kosten beseitigen**;
- Möglich ist während der Geltungsdauer der Konzession ein **Entzug** der Konzession; die mit einer Konzession übertragenen Rechte gelten als wohl erworben, weshalb sie nur in Verfahren der formellen Enteignung entzogen werden können und mit der Folge **voller Entschädigung**.

d) Konzessionsgebühren

- Die Erhebung von Konzessionsgebühren untersteht dem **Gesetzmässigkeitsprinzip**, wonach grundsätzlich das **formelle** Gesetz die Abgabepflichtigen (**Abgabesubjekt**), den Gegenstand der Abgabe (**Abgabeobjekt**), die Grundzüge der **Bemessung** der Abgabe sowie die allfälligen **Ausnahmen von der Abgabepflicht** mit hinreichender Bestimmtheit zu nennen hat;
- Das abgaberechtliche **Kostendeckungsprinzip** ist auf Konzessionsgebühren **nicht anwendbar**.

e) Rechtsbeziehung des Konzessionärs zu Dritten

Im Gegensatz zur Rechtsbeziehung zwischen Konzessionär und Konzedent, welche dem öffentlichen Recht untersteht, regelt regelmässig das **Privatrecht** die Rechtsbeziehung zwischen dem Konzessionär und Dritten. Das bedeutet, dass allfällige Streitigkeiten, besonders über Leistungen des Konzessionärs und ihre Bezahlung, vor den **Zivilgerichten** auszutragen sind.

4.2.3. Subventionena) Subventionsarten

- **Definition:** Geldleistungen eines Gemeinwesens an ein anderes Gemeinwesen oder an Private zur Unterstützung von Tätigkeiten im öffentlichen Interesse.
- Das **Subventionsgesetz** unterteilt die Subventionen in:
 - **Finanzhilfen:** Beiträge zur Förderung oder zur Erhaltung einer **vom Empfänger gewählten** Aufgabe;
 - **Abgeltung:** Beiträge an finanzielle Lasten, die sich aus der **Erfüllung bundesrechtlicher Pflichtaufgaben oder öffentlichrechtlicher Aufgaben** ergeben, die dem Empfänger **vom Bund übertragen** worden sind.

b) Bindung des Empfängers an den Subventionszweck

Das Gemeinwesen richtet Subventionen aus, weil sich der Empfänger verpflichtet, die Beiträge für **einen bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Subventionszweck** einzusetzen. Der Rechtsgrund der Subventionierung besteht also in der **Bindung des Empfängers an den mit den staatlichen Subventionsleistungen verfolgten Zweck**.

c) Rechtsform der Subventionsgewährung

- **Verfügung**;
- Verwaltungsrechtlicher Vertrag.

d) Rechtsschutz

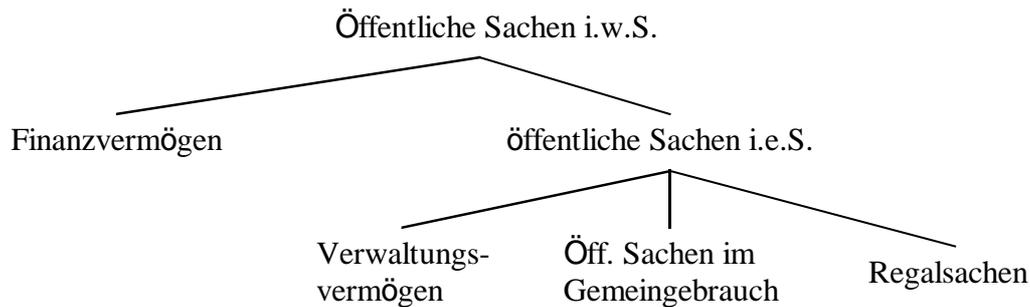
- **(Entschiessungs-) ermessenssubvention:** Die Gewährung der S. bleibt dem **Ermessen** der Verwaltung überlassen
Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat (Art. 99 Abs. 1 Bst. h OG, Art. 74 Bst. a VwVG)

- **Anspruchssubvention:** Jede Person hat einen Verwaltungsgerichtsbeschwerde **Rechtsanspruch** auf Gewährung der S. Es kann im Ermessen der Verwaltung sein, die Höhe der Zuwendungen festzulegen. (Art. 97 OG)

4.3. Beschaffung und Nutzung öffentlicher Sachen

4.3.1. Das System des öffentlichen Sachenrechts

a) Begriff und Arten der öffentlichen Sachen



1) **Finanzvermögen**

- Zweckbestimmung: dient mittelbar der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben (durch Erträge)
- Realisierbarkeit: frei
- Beispiele:
 - Wertschriften;
 - Liegenschaften als Mietobjekte, mit Zweck zum Gewinn;
 - Bargeld mit Gewinnerzielung;
 - dagegen nicht die Wälder.

2) **Verwaltungsvermögen**

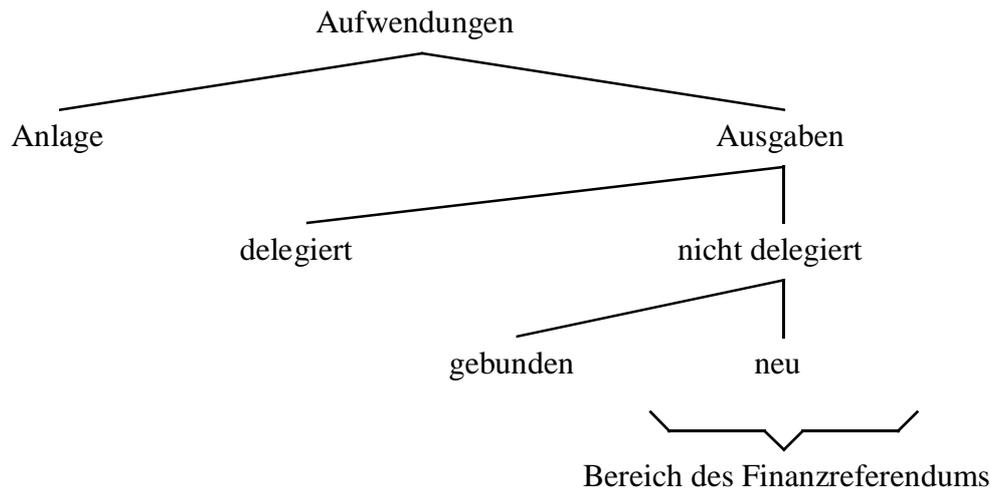
- Verwaltungssachen;
- Anstaltssachen.
- Zweckbestimmung: dient der unmittelbaren Erfüllung von öffentlichen Aufgaben.
- Nicht pfändbar
- Verwaltungssachen: stehen primär den Behörden zur Verfügung
- Anstaltssachen stehen der Allgemeinheit zu (beschränkt)

3) **Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch**

- Beispiele:
 - öffentliche Strassen / Plätze;
 - öffentliche (oberirdische) Gewässer;
 - öffentliche Wälder;
 - Luftraum;
 - Kulturunfähiges Land.
- Keine Erfüllung von Verwaltungsaufgaben;
- Benutzerkreis: unbeschränkt.

4) **Regalsachen**

- Beispiele:
 - Berg- (Salz-)rechte;
 - Fischereirechte
 - Jagdrechte.
- Im rechtlichen Monopol des Staates → Konzession

b) Konnex zum Finanzreferendum

Zweck: Mitwirkung bei Aufwendungen, welche die Steuerbelastung beeinflussen
Steuerbelastung nicht beeinflusst → kein Finanzreferendum
 → frei realisierbar

Aufwendungen zum Erwerb von Objekten, vor allem von Liegenschaften ins Finanzvermögen, unterliegen nicht dem Finanzreferendum, da sie nicht Ausgabe (im Sinne einer Verminderung des Staatsvermögens), sondern blosse Anlage öffentlicher Gelder sind, der ein frei realisierbarer Wert gegenübersteht.

c) Anwendung des Rechts: ZGB oder öffentliches Recht?

Finanzvermögen	Öffentliche Sachen i.e.S.
→ Privatrecht: <ul style="list-style-type: none"> • Zivilgerichte zuständig • Bindung an öffentlich-rechtliche Vorschriften • Einschränkung: Bestimmte Fragen beurteilen sich nach öffentlichem Recht 	Zwei Handlungsmöglichkeiten: <ul style="list-style-type: none"> - Monistische Theorie: Nur öff. Recht - Dualistische Theorie: Öff. Recht + ZGB

Dualistische Theorie: bald öffentliches Recht, bald ZGB

- Begriff und Inhalt des Eigentums → ZGB
- Formen → ZGB
- Zweckbestimmung → Öffentliches Recht
- Nutzung der öffentlichen Sachen → Im Prinzip öffentliches Recht, unter Umständen OR
- Zwangsverwertung → BG über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden Pfändung geregelt in Art. 7, 9
- Nachbarrecht, Grundeigentümerhaftung → Im Prinzip ZGB, aber auch öffentliches Recht
- Werkeigentümerhaftung → Art. 58 OR

4.3.2. Beschaffung öffentlicher Sachen

Literatur: Recht 1997, 165

- Beschaffung von Gütern und Bauwesen
- Rechtsquellen:
 - BÖB (BG über das öffentliche Beschaffungswesen)
 - VÖB (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen)
 - IVÖB (Interkantonale Vereinbarung über das öff. Beschaffungswesen)

- Zwei Stufen:
 - 1) Staatsinterne Willensbildung → Zuschlag = anfechtbare Verfügung → Öff. Recht
 - 2) Abschluss des Vertrages → Priv. Recht
- Rechtsschutz gegen Zuschlag
 - VwVG anwendbar
 - Rechtsmittel: Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission, die endgültig entscheidet (VwGerBe an BGer ausgeschlossen, OG 100 Lit. x)
 - Ein positiver Entscheid der Rekurskommission wirkt nicht reformerisch / kassatorisch
→ der streitige Vertrag bleibt, Vertrauensschaden für den Rekurrenten.

4.3.3. Anstaltssachen und Anstaltsnutzung

- Pro memoria: Eine Anstalt ist eine von einem Gemeinwesen getragene, administrativ relativ verselbständigte, mit persönlichen und sachlichen Mitteln ausgestattete und mit Autonomie (im Rahmen des Anstaltszwecks) versehene Institution zur dauernden Erfüllung einer übertragenen Verwaltungsaufgabe;
 - Zwischen der Anstalt und den Anstaltsbenützern besteht ein **besonderes Rechtsverhältnis**: Die Benutzer müssen gewisse zusätzliche **Beschränkungen ihrer Grundrechte** hinnehmen, Einschränkungen nämlich, die **erforderlich sind, damit die Anstalt ihre Zwecke erreichen kann**.
 - Die Benützung der Anstalt setzt i.d.R. eine **Zulassung** voraus; nun sind die Kapazitäten der Anstalt oft beschränkt. Haben die potentiellen Benutzer einen Anspruch auf Zulassung?
Aus BV 4 folgt ein Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung bei der Zulassung zu Anstalten, insoweit überhaupt ein **bedingter Anspruch auf Zulassung** und Nutzung.
 - In wieweit gilt das **Legalitätsprinzip**?
 - In formellen Gesetz:
 - Zwangsweise Begründung;
 - Einführung von Zulassungsbeschränkungen;
 - Wesentliche Rechte und Pflichten;
 - Zwangsweise Auflösung.
 - Anstaltsbenützung: Anwendung von öffentlichem oder privatem Recht?
Das hängt von der Art der zu lösenden Aufgabe ab.
Hilfskriterien, Indizien:
 - **Öff. Recht** Verfolgung des öffentlichen Interesses im Vordergrund
Anstaltsbenützung ist unabänderlich
 - **Priv. Recht** Verhandelbarkeit:
 - der Leistung der Anstalt
 - des Tarifs / Entgeltes
- Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Anstaltsbenützer ist **grundsätzlich öffentlichrechtlich**, damit auch die einzelnen Rechte und Pflichten, die sich aus dem Benützungsverhältnis ergeben.

4.3.4. Strassen und Plätze im Gemeingebrauch

a) Arten von Gebrauchsrechten

	<i>Begriffselemente</i>	<i>Bewilligungspflicht</i>	<i>Abgabepflicht</i>
schlichter Gemeingebrauch	<ul style="list-style-type: none"> • bestimmungsgemäss und • gemeinverträglich 	<ul style="list-style-type: none"> • bewilligungsfrei 	<ul style="list-style-type: none"> • abgabefrei • Kontrollgebühr zulässig
gesteigertes Gemeingebrauch	<ul style="list-style-type: none"> • nicht bestimmungsgemäss oder • nicht gemeinverträglich 	<ul style="list-style-type: none"> • kann bewilligungspflichtig erklärt werden 	<ul style="list-style-type: none"> • Benutzungsgebühr zulässig
Sondernutzung	<ul style="list-style-type: none"> • nicht bestimmungsgemäss und • ausschliessend 	<ul style="list-style-type: none"> • konzessionspflichtig 	<ul style="list-style-type: none"> • Konzessionsgebühr

◆ Schlichter Gemeingebrauch:

- bestimmungsgemäss: dafür ist die Sache da, der Gebrauch entspricht dem Zweck; ergibt sich aus:
 - dem Widmungsakt: das Gemeinwesen sagt, wozu eine öff. Sache da ist (Verfügung, Zonenplan);
 - der natürlichen Beschaffenheit der Sache (subsidiär);
 - dem traditionellen Gebrauch;
- gemeinverträglich: jeder kann sie benützen, ohne dass der Gebrauch erheblich vermindert wird; es wird von den selbstregulierenden Kräften erlaubt;
- bewilligungsfrei: kein öffentliches Interesse an einer präventiven Kontrolle; nur repressive Kontrolle;
- abgabefrei: gratis!

◆ Gesteigertes Gemeingebrauch:

- nicht bestimmungsgemäss oder nicht gemeinverträglich: erhebliche Behinderung, aber nicht soweit, dass andere Benutzer ausgeschlossen werden;
- intensiver Gebrauch: z.B. Entnahme von Wasser;
- erhebliche Beeinträchtigung: keine Selbstregulierung der Benutzer;
- Nutzungsansprüche auf den knapp gewordenen Platz müssen von den Behörden bewirtschaftet werden
→ Bewilligung → bedingter Anspruch auf Erteilung
- Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es **für die Einführung einer Bewilligungspflicht keiner besonderen gesetzlichen Grundlage**; vergleich aber:
 - Art. 19² KV BE;
 - BGE 119 Ia 449 E. 2. a).
- Benutzungsgebühr zulässig.

◆ Sondernutzung: Ausschliessliche Nutzung auf Dauer.

b) Öffentliche Strassen und Plätze

	Strassenhoheit	Verkehrsrecht
Bund	<ul style="list-style-type: none"> - Durchgangsstrassen (Die Kantone dürfen sie nicht entwidmen) - Benützung im Dienste des Bundes (z.B. Militär, Post) 	- "Allgemeine Benutzungsordnung" (= SVG, VRV, SSV)
Kantone	<ul style="list-style-type: none"> - Bau + Unterhalt - Widmung / Entwidmung 	- Funktionelle Verkehrsbeschränkung

1) Unentgeltlichkeit des Verkehrs – Parkiergebühr

Art. 82 Abs. 3 BV 1999:

"Die Benützung öffentlicher Strassen ist gebührenfrei. Die Bundesversammlung kann Ausnahmen bewilligen."

- Bemerkungen:
- Die Autobahnen sind gebührenpflichtig von Verfassungs wegen (Art 86 Abs. 2 BV 1999);
 - "Ausnahmen" → Einzige bekannte Ausnahme ist der Gotthard-Tunnel.

Ist **Parkieren** Verkehr im Sinne des **Gemeingebrauchs** oder im Sinne des **gesteigerten Gebrauchs**?

- Kurzzeitiges Abstellen = Gemeingebrauch → (bescheidene) Kontrollgebühr
- Langzeitiges Abstellen = gesteigerter Gebrauch → Benutzungsgebühr, welche marktkonform, d.h. hoch ist.

Abgrenzung: BGE 122 I 279

2) Ausübung von Grundrechten auf öffentlichen Strassen und Plätzen

- Betroffene Grundrechte:
 - Ideelle Grundrechte;
 - Handels- und Gewerbefreiheit.
- Grundrechtskonforme Auslegung des "schlichten Gemeingebrauchs":
 - Die Begriffe "gemeinverträglich" und "bestimmungsgemäss" sind unbestimmte Gesetzesbegriffe → grosser Auslegungsspielraum, bei welchem die Grundrechte berücksichtigt werden sollen!
 - Beispiel: Kleine, spontane Demonstrationen in der Fussgängerzone sind noch schlichter Gemeingebrauch. → Eine grundrechtsfreundliche Auslegung ist möglich!
- Grundrechtskonforme Handhabung der Bewilligungspflicht
 - bedingter Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung;
 - "bedingt" heisst: unter Vorbehalt der Kapazität und einer Interessenabwägung.

3) Sperrung einer Strasse als Grundrechtseingriff

Zentralblatt 1995 S. 508

4.3.5. Öffentliche Gewässer und Regalsachen4.4. Polizei

- als **Tätigkeit** → **funktionaler** Polizeibegriff
Tätigkeit: Sicherung vor Gefährdungen
 - Objekt: Schutz bestimmter Schutzgüter → Polizeigüter
 - Art: Störungen (Gefahren abwenden) → Polizeiaufgaben
- als **Behörde** → **organisatorischer** Polizeibegriff

	<small>Beispiele</small>
- Polizei i.e.S. = Polizeikorps	Sicherheits-, Gerichts-, Verkehrspolizei
- Spezialpolizeibehörden	Bau-, Gesundheits-, Gewerbepolizei

4.4.1. Polizeigüter

- Relativierung: Die Polizeigüter wandeln sich mit der Zeit, spiegeln politisch den Staatsbegriff.
Was ist aufrechtzuerhalten?
Rechtsprechung: BGE 97 I 499 ("Griessen")
- Einzelne Polizeigüter:
 - **öffentliche Ordnung und Sicherheit** als **Oberbegriff**;
 - Leib und Leben, körperliche Integrität;
 - **öffentliche** Gesundheit (der Bevölkerung als Kollektiv) ≠ die Gesundheit eines Individuums;
 - **öffentliche** Ruhe (Sonntagsruhe);
 - **öffentliche** Sittlichkeit (sittliche Empfindung der Bevölkerung);
 - Treu und Glaube im Geschäftsverkehr (Schutz der Bevölkerung vor Täuschung);
 - Umweltgüter wie Luft, Grundwasser (Schutz vor Umweltkatastrophen)
- Bezüglich öffentlicher Ordnung und Sicherheit:
 - Mittel zum Zweck: **friedliches Zusammenleben** in der Gesellschaft;
 - Durch wen? Durch den Staat oder auch durch Private (= private Polizei)? **Primat der staatlichen Polizei**; eine private Polizei kommt nur zum Zuge im Auftrag des Gemeinwesens und nur hilfsweise → **Verbot der Selbsthilfe**.
- Können private Rechtsgüter auch Polizeigüter sein? **In der Regel sind Polizeigüter nur öffentliche Güter** (Schutz vor Grundrechtsverletzungen).
- Können **Eigengefährdungen** auch polizeiliches Verhalten rechtfertigen?
Beispiele: ① Bau eines Hauses im Lawinengefährgebiet;
② Hungerstreik;
③ Selbstmordversuch.
① : Der Staat muss eingreifen, denn viele Personen betreten dieses Haus.
②, ③ : Einschreiten ist nicht polizeilich, sondern ethisch geboten.

4.4.2. Polizeiaufgaben

- Polizeiaufgaben:
- **Schutz von Polizeigütern vor Störung und Schädigung;**
 - **Aufrechterhalten von öffentlicher Ordnung und Sicherheit.**
- Schutz der Polizeigüter:
 - **präventiv** (ex ante);
 - **repressiv** (ex post).
 - Präventiver Schutz: Braucht es eine aktuelle Gefahr, oder reicht eine **abstrakte, potentielle Gefahr**?
Präventiver Schutz ist zulässig gegen abstrakte Gefahr, wenn diese nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu einer konkreten Gefahr führen kann (Bsp.: Tempolimiten)
→ Problem der Verhältnismässigkeit polizeilicher Massnahmen.
 - Repressiver Schutz: Beheben von bereits eingetretenen Störungen und Schäden und Wiederherstellen des ordnungsgemässen Zustandes
 - Aufgaben der Polizeibehörden i.e.S.:
Berner Polizeigesetz Art. 1:
Abs. 1 Lit. a – c: Sicherheitspolizei
Lit. d: Kriminalpolizei
Lit. e: Polizei = verlängerter Arm der Verwaltungsbehörden beim Vollzug von Verfügungen
Abs. 2: Normalerweise geht es über die Gerichte

4.4.3. Polizeiliche Massnahmen

- Polizei im funktionellem Sinne:
 - Polizeieinsatz = Realakt.
 - generell-abstrakte Polizeiregelung erlassen (Bsp.: baupolizeiliche Vorschriften);
 - Polizeibewilligung;
 - Polizeiemonopol.
- Bsp. von Massnahme: Anhalten von Personen und Prüfung der Identität
BGE 109 Ia 146 = Pra 1983 S. 752

4.4.4. Verfassungsgrundsätze des polizeilichen Handelns

- Voraussetzungen für Handeln der Polizei:
- gesetzliche Grundlage / polizeiliche Generalklausel;
 - öffentliches Interesse;
 - Verhältnismässigkeit;
 - Störerprinzip.

a) Gesetzliche Grundlage

- Heute ist grundsätzlich eine **explizite gesetzliche Grundlage** erforderlich.
Inhalt: Umschreibung der Voraussetzungen, unter denen von **polizeilichen Zwangsmitteln** Gebrauch gemacht werden darf.
- Ersatz für eine fehlende gesetzliche Grundlage stellt die **polizeiliche Generalklausel** als ungeschriebener Grundsatz des polizeilichen Handelns dar (*Vgl. Art 21–22 Berner PolG*)
Voraussetzungen:
 - **Polizeigüter** sind betroffen ("*öffentliche Sicherheit*");
 - Es muss eine **schwere und unmittelbare Gefahr abgewendet** oder eine bereits eingetretene Störung beseitigt werden ("*eingetretene ... Gefahr*");
 - **Zeitliche Dringlichkeit** ("*unaufschiebbare*");
 - Es gibt **keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen** (Subsidiaritätsprinzip).
 Die polizeiliche Generalklausel darf nur **subsidiär** und **vorübergehend** beansprucht werden.

b) Öffentliches Interesse

Schutz der Polizeigüter.

c) Verhältnismässigkeit (Art. 23 Berner PolG)

Die Massnahme muss geeignet, erforderlich sein; Zweck–Mittel–Relation.

d) Opportunitätsprinzip

= Frage des ob / wie (Entschiessungs– / Auswahlermessen)

- Grund: Beschränktheit der Mittel → **Prioritäten setzen** können
- Opportunitätsprinzip heisst **entscheiden nach pflichtgemässen Ermessen; Interessenabwägung** unter folgenden Gesichtspunkten:
 - Schwere der Gefahr (dringlich? nur abstrakt?);
 - Art des Polizeigutes (Leib und Leben?);
 - Zur Zeit vorhandene Mittel;
 - Umstände des Falles.

BGE 119 Ia 28 = Pra 82 S. 206

e) Störerprinzip (*Art. 24 Berner PolG*)

- Das Störerprinzip ist eine **Sonderprägung des Verhältnismässigkeitsprinzips**. Es verlangt, dass polizeiliches Handeln nur gegen denjenigen erlaubt ist, der **für die Störung unmittelbar verantwortlich** ist, d.h. denjenigen, der die Polizeigüter gefährdet oder verletzt.
- Man unterscheidet:
 - **Verhaltensstörer** (*Abs. 1*): ist, wer **durch eigenes Verhalten** oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgte Verhalten Dritter unmittelbar eine polizeiwidrige Gefahr oder Störung verursacht;
Bsp.: Randalierende
 - **Zustandsstörer** (*Abs. 2*): ist, wer über die **Sache**, welche den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche **Gewalt** hat;
Bsp.: Eigentümer der Sache
 - **Zweckveranlasser** / "indirekter Störer": ist, wer die Störung (seitens anderer) bewusst in Kauf nimmt oder gar veranlasst.
- Polizeiliches Vorgehen gegen **Nicht-Störer**, also Abweichungen von dem Störerprinzip, sind nur bei **Notfällen** zulässig (Bsp.: Requisition von Autos bei einer Katastrophe)

f) Verursacherprinzip

- **Kostenüberwälzungsprinzip**: Der **Verursacher** hat für Kosten und Belastungen, die er hervorruft, finanziell einzustehen und hat auch die Kosten von Sanierungen, zu denen er gesetzlich verpflichtet ist oder die er freiwillig durchführt, selber zu tragen.
- Das Verursacherprinzip ergibt sich nicht aus der Verfassung, sondern bedarf einer **gesetzlichen Grundlage**.
- Bsp. von gesetzlichen Grundlagen: Art. 2 + 59 USG, Art. 54 GSchG.
- Ist eine **Mehrheit von Personen kostenpflichtig**, hat die Behörde die Kosten **nach den subjektiven und objektiven Anteilen an der Verursachung** zu verteilen. Die Verursacher haften solidarisch nur dann, wenn es ein Spezialgesetz ausdrücklich vorsieht.

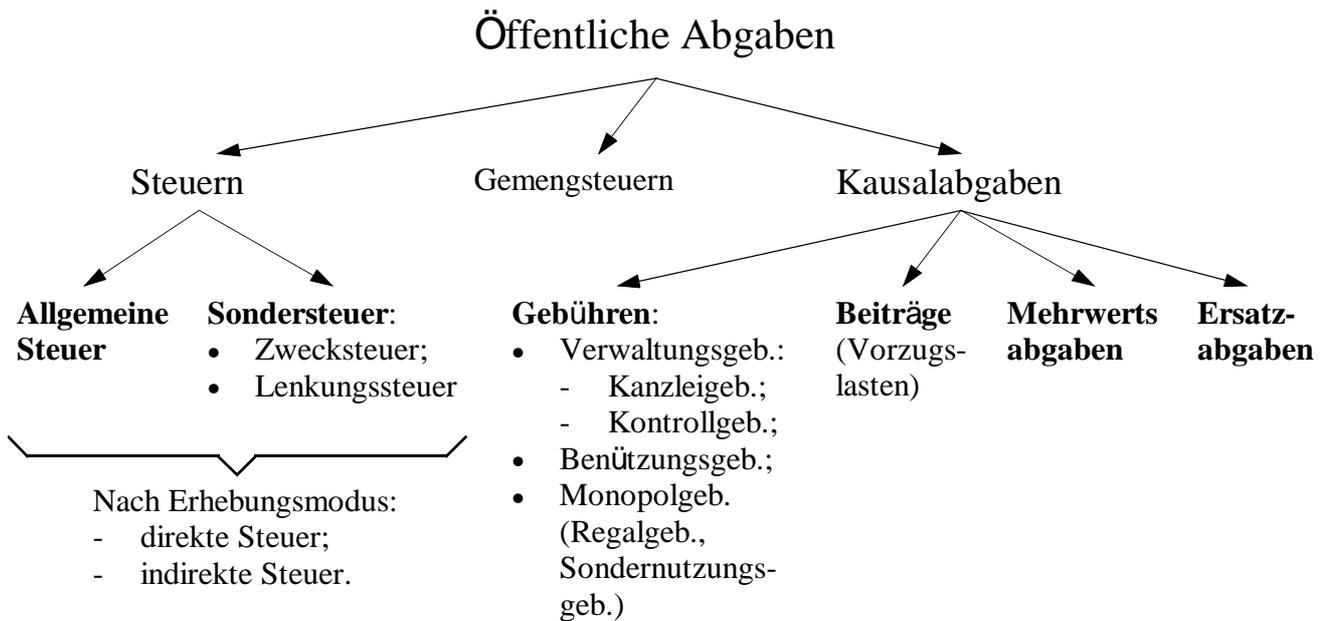
4.5. Öffentliche Abgaben

4.5.1. Das System der öffentlichen Abgaben

a) Begriff und Arten

- **Abgabe**: **Geldleistung**, die das **Gemeinwesen** gestützt auf seine **Finanzhoheit** den **Privaten** auferlegt.
- **Funktion** der Abgabe: **Deckung** des allgemeinen **Finanzbedarfs** des **Gemeinwesens**
- Negative Abgrenzung:
 - ≠ Kosten der Ersatzvornahme;
 - ≠ Busse, z.B. wegen Verstosses gegen das SVG (= Strafe, Sanktion);
 - ≠ eine auf einen privatrechtlichen Vertrag gestützte Geldleistung.

- Arten:



- Diese Systematik ist nicht so wichtig, denn es gibt keinen "numerus clausus" für den Gesetzgeber;
- Das Verbot der Doppelbesteuerung nach Art. 127 Abs. 3 BV 1999 gilt vorab für gewisse Steuern, nicht aber für Kausalabgaben.

b) Die Steuern

- gegenleistungsunabhängig ("voraussetzungslos"):
 - **ohne staatliche Gegenleistung**, wenn der Steuertatbestand erfüllt ist;
 - Ausdruck des **Gemeinlastprinzips**;
 - Beispiel: Mehrwertsteuer.
- Allgemeine Steuer = Hauptsteuer: dient der **Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs**;
- Sondersteuer: aus anderen Gründen erhoben
 - Zwecksteuer: dient der Finanzierung eines bestimmten Zwecks; Bsp.: Benzinsteuer, Alkoholsteuer.
 - Lenkungssteuer: bezweckt die Verhaltenslenkung, durch die Belastung mit einer Steuer sollen bestimmte Tätigkeiten unattraktiv gemacht werden; Bsp.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umweltrecht, Energierecht.
- Unterscheidung zwischen **direkter** und **indirekter** Steuer:
 - direkte Steuer: $\sigma = \tau$
 - indirekte Steuer: $\sigma \neq \tau$

σ : Steuersubjekt (wer die Steuer schuldet); τ : Steuerträger (wer die Steuer bezahlt)

c) Die Kausalabgaben

- Unterscheidungskriterium Steuern / Kausalabgaben: **Zurechenbarkeit der staatlichen Leistung**.
- Merkmale:
 - Abgabe mit einem besonderen **Entstehungsgrund** ("*causa*"); es besteht zwischen dem Entstehungsgrund und der Abgabe **ein unmittelbarer Zusammenhang im Sinne von Leistung und Gegenleistung**;
 - Ausdruck des **Verursacherprinzips**.

- **Gebühr:**
 - Entgelt für eine bestimmte, von den Pflichtigen veranlasste **Tätigkeit des Gemeinwesens** oder für die Benützung einer öffentlichen Einrichtung;
 - Die Gebührenpflicht entfällt, wenn das Gemeinwesen eine öffentliche Aufgabe erfüllt (Bsp.: Geschwindigkeitskontrolle);
 - Funktion: Ausgleich der Kosten.
- **Verwaltungsgebühr** (Kanzlei- & Kontrollgebühr):
 - Entgelt für eine **einfache Tätigkeit** der Verwaltung, für eine Routineverrichtung;
 - Bsp.: Gebühr für eine Fotokopie.
- **Benützungsgebühr:**
 - Entgelt für die **Benützung** öffentlicher Betriebe, Anlagen oder Einrichtungen;
 - Bsp.: Eintrittsgeld für eine kommunale Badeanstalt.
- **Monopolgebühr:**
 - **Gegenleistung** dafür, dass Private eine grundsätzlich **dem Gemeinwesen vorbehaltene Tätigkeit** ausüben dürfen oder aber dass ihnen **Sondernutzungsrechte** an einer öffentlichen Sache eingeräumt werden;
 - Es handelt sich um atypische Gebühren: **Sie gleichen nicht in erster Linie staatliche Leistungen aus**, sondern sind eher ein Entgelt dafür, dass der Staat Private zu ihrem Vorteil an der monopolisierten Tätigkeit teilhaben lässt.
 - Bsp.: Gebühr für den Radio- und Fernsehempfang.
- **Beitrag** (Vorzuglast):
 - Entgelt für einen **wirtschaftlichen Sondervorteil**, der Privaten aus einer **öffentlichen Einrichtung** erwächst, egal ob er diesen Sondervorteil in Anspruch nimmt oder nicht;
 - Rechtlich ist der Beitrag sofort fällig.
 - Bsp.: Grundeigentümerbeiträge an Erschliessungsanlagen wie Strassen, Energieversorgungs- oder Abwasseranlagen.
- **Mehrwertabgabe:**
 - **Abschöpfung der Wertsteigerung**, welche einem Grundeigentümer aus **raumplanerischen Vorkehren (Ein- oder Umzonung)** zuwächst (Art. 5 RPG).
- **Ersatzabgabe:**
 - Entgelt für die **Befreiung** von einer öffentlichen **Realleistungspflicht** (z.B. Militär- oder Feuerwehrpflichtersatz)
 - **Rechtsgleichheit:** Diejenige Person, die die Realleistung nicht zu erbringen hat, soll dadurch nicht begünstigt werden.
- **Gemengsteuer:**
 - **Verbindung** einer **Steuer** mit einer **Kausalabgabe**, indem die Abgabe als **Gegenleistung für eine staatliche Leistung** erscheint, aber bedeutend **höher** angesetzt wird, als es die Grundsätze für ihre Bemessung zulassen würden;
 - Bsp.: Handänderungsabgabe als Verwaltungsgebühr für den Grundbucheintrag, verbunden mit einer Prozentabgabe auf dem Erwerbspreis.

d) Wer ist zuständig für die Erhebung der Abgaben?

- Bei Steuern:
 - Direkte Steuern: Aus BV 3 ergibt sich die Parallelkompetenz des Bundes und der Kantone;
 - Indirekte Steuern: Nur der Bund ist dafür zuständig.
- Bei Kausalabgaben: Die Kompetenz für die Abgabenerhebung ergibt sich aus der Sachkompetenz.

4.5.2. Bemessungsgrundsätze

Die Bemessungsgrundsätze richten sich an den **Gesetzgeber**.

a) Bemessungsgrundsätze der Steuer

◆ **BV 4: Rechtsgleichheit → Lastengleichheit**

- a) **Allgemeinheit** der Besteuerung: Verbot von Steuerprivilegien;
 b) **Gleichmässigkeit** der Besteuerung: Vergleichshandlungen der Lebensbedingungen: gleiche Lebensbedingungen, gleiche Steuern;
 c) **Verhältnismässigkeit** der Besteuerung: Besteuerung nach der "wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit".

Justiziabilität: a) ist total justiziabel;
 dagegen sind b) und c) nur bedingt justiziabel, Überprüfung höchstens der Gleichmässigkeit; Steuergerechtigkeit ist ein politischer Begriff!
 BGE 110 Ia 7, 14.

◆ **BV 22^{ter}: Eigentumsgarantie**

- **Verbot der konfiskatorischen Besteuerung:** Die Möglichkeit, Vermögen zu bilden und zu erhalten, muss gewährt sein.
 Grenzen der Reichtumssteuer: BGE 99 Ia 638.

b) Bemessungsgrundsätze der Kausalabgaben

- Aus BV 4: a) Rechtsgleichheitsgebot;
 b) Kostendeckungsprinzip;
 c) Äquivalenzprinzip.

a) **Rechtsgleichheitsgebot**

Der Gesetzgeber hat einen grossen Spielraum: Eine Differenzierung nach Wohnsitz, Zeit, etc. ist zulässig, wenn sachliche Gründe und keine Widersprüche vorliegen.

b) **Kostendeckungsprinzip** → Rechtsetzungsdirektive; → Ersatz, Surrogat einer ungenügenden Grundlage

- Gesamtertrag soll die Gesamtkosten nicht übersteigen (BGE 120 Ia 174)
 → Verbot der Gewinnerzielung
- Rechtsgrundlage:
 - Zweck der Kausalabgabe;
 - Verhältnismässigkeit.
- Geltungsvoraussetzungen:
 - Die **Kosten** sind **berechenbar**;
 - **Kostenabhängigkeit:** Kosten müssen dem Verursacher zugerechnet werden;
 - Kein gewollter Steueranteil.

c) **Äquivalenzprinzip:**

- Das Äquivalenzprinzip gilt in der Regel für **alle Kausalabgaben**;
- Im Einzelfall darf die Höhe einer Gebühr **nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung oder des Vorteils** stehen;
- Der Wert der Leistung bemisst sich...
 - nach dem **Nutzen**, den sie den Pflichtigen bringt,
 - nach dem **Kosten** für das Gemeinwesen;
- Rechtsgrundlage: **Verhältnismässigkeit**;
- Das Äquivalenzprinzip ist besser **justiziabel** als das Kostendeckungsprinzip;
- Das Äquivalenzprinzip ist aber problematisch für die **Ersatzabgabe**, denn die Leistung, mangels Marktwertes, lässt sich nicht einfach bemessen:
 - Eventuell nach Nutzen: Was hätte der Bürger inzwischen verdienen können?
 - Lineare Bemessung (% , ‰)

	Kostendeckungsprinzip	Äquivalenzprinzip
Verwaltungsgebühren	✓	✓
Benützungsgebühren	(✓) Die Kosten sind nicht einschätzbar.	✓
Monopolgebühren	– Keine Kosten	✓
Beiträge	✓ Welcher anrechenbare Anteil?	✓
Ersatzabgaben	– Der Dispens an sich ist gratis, die Kosten sind nicht bemessenbar.	(✓) BGE 118 Ib 349

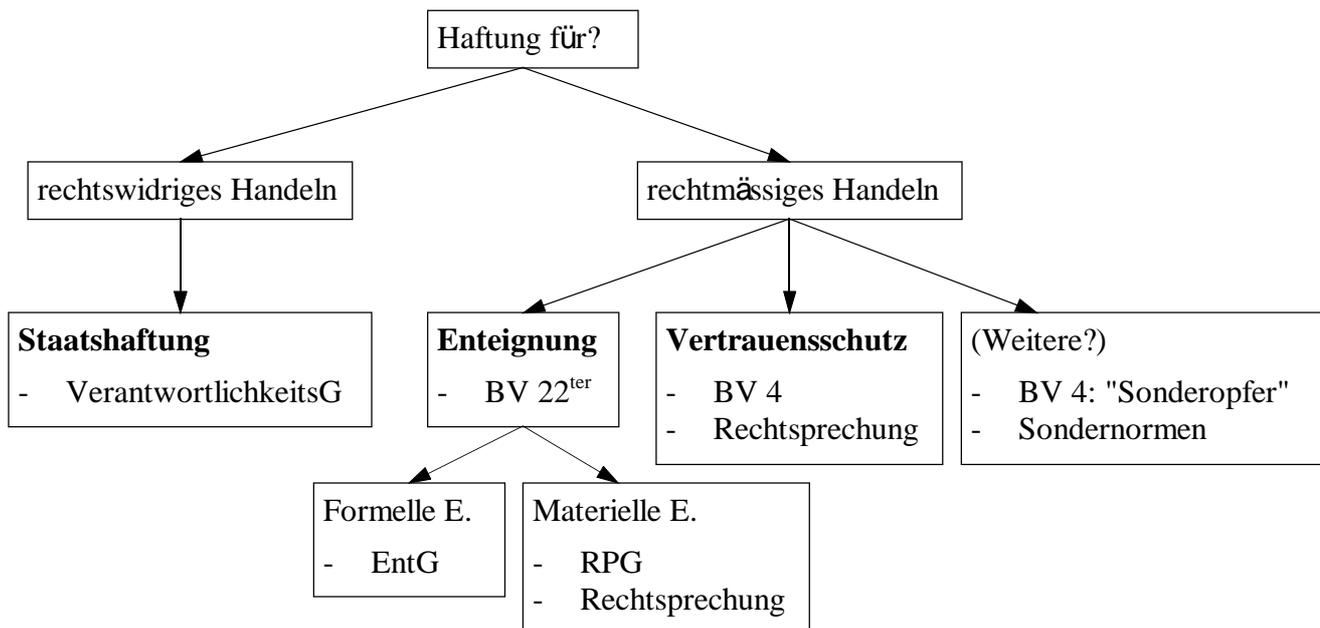
4.5.3. Gesetzmässigkeit öffentlicher Abgaben

	Normstufe	Normdichte
◆ Grundsatz:	In einem formellen Gesetz stehen:	<ul style="list-style-type: none"> • Subjekt = Kreis der Abgabepflichtigen; • Objekt = abgabebegründender Tatbestand; • Höhe oder wenigstens Bemessungsgrundsätze; • Ausnahmen von der Abgabepflicht.
◆ Grundlage:	BV 4 , im Abgaberecht ein selbständiges verfassungsmässiges Recht.	
◆ Ausnahmen:	<ul style="list-style-type: none"> • Normstufe: Für Kanzlei- und Kontrollgebühren genügt eine Verordnung, denn es geht um wenig Geld. • Normdichte qua Bemessungsgrundsätze: <ul style="list-style-type: none"> - Wenn eine gesetzliche Festsetzung der Höhe fehlt, kann sie durch die verfassungsrechtlichen Bemessungsgrundsätze (Kostendeckungsprinzip, Äquivalenzprinzip) ersetzt werden; - Wenn die verfassungsrechtlichen Bemessungsgrundsätze versagen, muss eine hinreichende gesetzliche Grundlage bestehen. 	

5. Das öffentliche Entschädigungsrecht

5.0.1. Überblick: Die Anspruchsgrundlagen der öffentlichen Haftung

- ◆ Es gibt unterschiedliche Anspruchsgrundlagen mit unterschiedlichen Voraussetzungen und unterschiedlichen Verfahren.
- ◆ Die Entwicklung dieses "Systems" war anarchisch und erfolgte vor allem durch Richterrecht.
- ◆ Kriterien:
 - Handlung:
 - Haftung für rechtmässige Handlungen;
 - Haftung für rechtswidrige Handlungen.
 - Rechtsgrundlage:
 - Eigentumsgarantie;
 - etc.
- ◆ Übersicht:



- ◆ Gemeinsame Voraussetzungen:
 - **Gesetzliche Grundlage** → Legalitätsprinzip: Kein Schadenersatz ohne gesetzliche Grundlage
 - **Schaden** (Personen- oder Sachschaden), dessen Umschreibung und Bemessung dem OR analog durchgeführt wird;
Materielle Enteignung, Enteignung von Nachbarrechten und Sonderopfer setzen einen qualifizierten Schaden voraus.
 - **Adäquater Kausalzusammenhang** → OR analog

5.1. Enteignung

Begriff: Staatlicher Eingriff in das Eigentum.

5.1.1. Die Eigentumsgarantie

- ◆ Gesetzliche Grundlage: Art. 22^{ter} BV 1874, Art. 26 BV 1999.
- ◆ Begriff: Die Eigentumsgarantie stützt das **Eigentum als Rechtsinstitut**. Das Eigentum ist nicht vorgegeben, ist kein vorfindliches Faktum, sondern eine Einrichtung des Rechts; es ist durch das Gesetz näher umzuschreiben.
BV 22^{ter} garantiert keine bestimmte Eigentumsordnung; das ist Sache der Gesetzgebung.

- ◆ Funktionen:
 - justiziable Funktion:
 - institutionelle Funktion → **Institutsgarantie**
 - Abwehrfunktion → **Bestandesgarantie**
 - Entschädigungsfunktion → **Wertgarantie**
 - programmatische Funktion:
 - breite Streuung;
 - Förderung des Eigentumserwerbes (WEGes)
 - grundrechtliche Funktion.
- ◆ Geltungsbereich:
 - persönlicher: sowohl für In- als Ausländer (Einschränkung: BewG)
 - sachlicher: geht über den Begriff des ZGB, schützt auch beschränkte dingliche Rechte, Besitzrechte, obligatorische Rechte, Immaterialgüterrechte, die sog. wohlerworbenen Rechte; nicht geschützt sind faktische Interessen.
- ◆ Einschränkungen:
 - a) Teilgehalte der Eigentumsgarantie
 - b) Inhaltsbestimmungen ↔ Beschränkungen
 - c) Beschränkungen in einzelnen

a) Teilgehalte der Eigentumsgarantie:

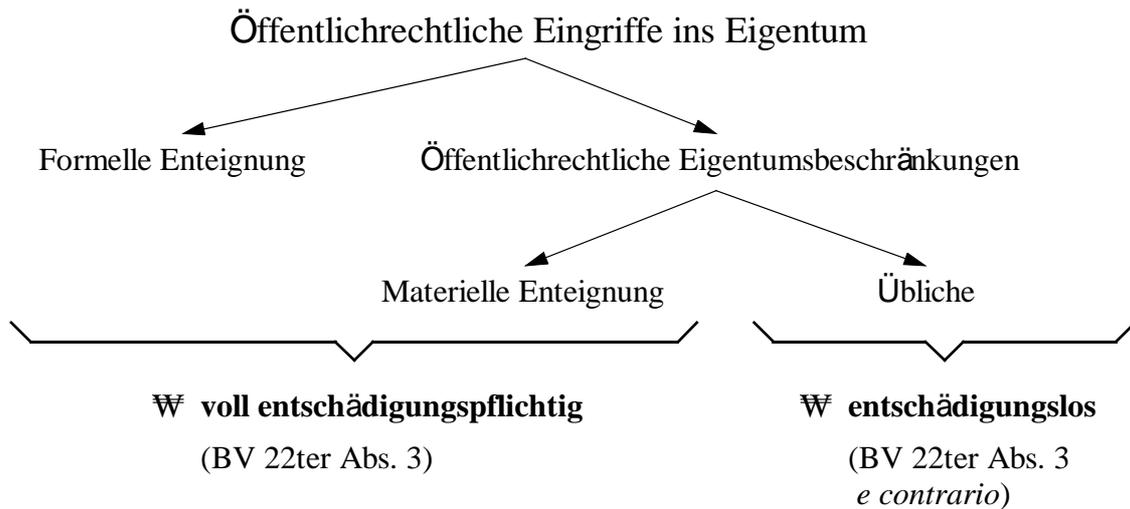
- Institutsgarantie (BV 22^{ter} Abs. 1):
 - gewährleistet das Eigentum als Einrichtung des Rechtes;
 - Institutsgarantie = Kerngehaltsgarantie;
 - Adressat der Eigentumsgarantie ist prinzipiell der Gesetzgeber, aber die Eigentumsgarantie ist auch justiziablel (z.B. keine konfiskatorische Besteuerung);
 - Gewährleistung eines Grundbestandes an Verfügungs- und Nutzungsrechten.
- Bestandesgarantie (BV 22^{ter} Abs. 2):
Sie wird negativ umgeschrieben und ist als vorausgesetzt gedacht.
- Wertgarantie (BV 22^{ter} Abs. 3):
Eingriffe in die Wertgarantie sind nicht möglich, denn die Wertgarantie ist Folge eines Eingriffes in die Bestandesgarantie.

b) Abgrenzung zwischen Inhaltsbestimmungen und Beschränkungen

Die **Entschädigungspflicht** besteht nur bei Normen, die den Eigentumsinhalt **beschränken**, nicht bei solchen, die ihn **bestimmen**.

Die Raumplanung (BV 22^{quater}), die Forstpolizei (BV 24), der Gewässerschutz (BV 24^{bis}), der Natur- und Heimatschutz (BV 24^{sexies}), der Umweltschutz (BV 24^{septies}) beschränken nicht den Eigentumsinhalt, sondern bestimmen ihn! (BGE 105 Ia 330)

c) Beschränkungen in einzelnen



- Formelle Enteignung: Entzug von Rechten;
- Eigentumsbeschränkungen: Eingriffe in Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten;
- Voraussetzungen für öffentlich-rechtliche Eingriffe ins Eigentum:
 - gesetzliche Grundlage;
 - öffentliches Interesse (der Rekurs auf rein fiskalisches Interesse ist ausgeschlossen);
 - Verhältnismässigkeit.

5.1.2. Formelle Enteignung

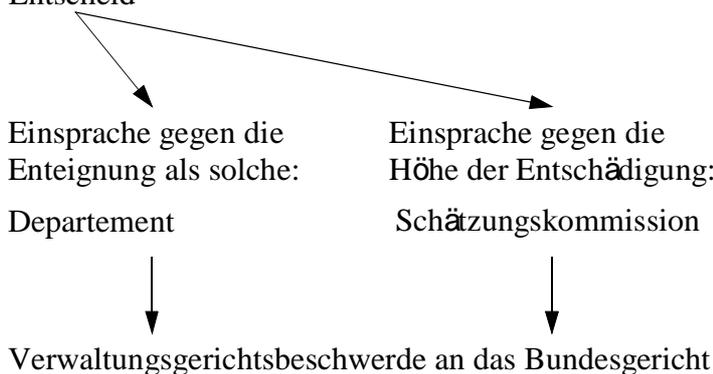
a) Allgemeines

- ◆ Begriff: **Eigentumsrechte** werden durch **Hoheitsakt entzogen** und an den Enteigner übertragen.
Rechtsfolge: **Entschädigungspflicht**.
- ◆ Funktion: Beschaffung von Gütern ≈ "Zwangverkauf"
- ◆ Wer kann enteignen? Das **Gemeinwesen** (Art. 2 EntG) ...
 - für sich selbst;
 - an Dritte übertragen
- ◆ Voraussetzungen:
 - **Gesetzliche Grundlage:**
 - in Spezialgesetzen;
 - subsidiär: Art. 1 Abs. 1 EntG
 - **Öffentliches Interesse**
 - **Verhältnismässigkeit:**
 - verbietet vorsorgliche Enteignung;
 - verbietet eine quantitativ oder qualitativ (z.B. Enteignung statt b.d.R.) übermässige Enteignung.
- ◆ Gegenstand (Art. 5 EntG):
 - Eigentum und beschränkte dingliche Rechte;
 - Nachbarrechte (Unterlassungsansprüche nach Art. 679 ZGB fallen aus)
 - setzt einen qualifizierten Schaden voraus.
 - obligatorische Rechte von Mietern;
 - wohlervorbene Rechte.
- ◆ Umfang (Art. 4 EntG):
 - Es kann nur entzogen werden, was nötig ist für das Werk und die künftigen Erweiterungen (Grundsatz der Verhältnismässigkeit);
 - Ausdehnung der Enteignung auf Begehren des Enteigneten (wenn ein Teil seines Grundstückes in Anspruch genommen und der Rest dadurch schlecht verwendbar wird) ist möglich (Art. 12¹, 12², 6² EntG).

- ◆ Entschädigung:
 - Grundsatz: **Geldersatz** vor Realersatz, Geld vor Sachen;
 - Bemessung:
 - Wert des enteigneten Rechtes:
 - bei vollständiger Enteignung → Verkehrswert (Vergleichsmethode);
 - bei Teilenteignung → Differenz (Differenzmethode);
 - Inkonvenienzen (= Ersatz für weitere vermögensrechtliche Nachteile).

b) Verfahren der formellen Enteignung

1. Erteilung des Enteignungsrechtes an den Enteigner (Art. 3 EntG)
2. Planaufgabe (Bestimmung des Umfanges ist Gelegenheit zur Einsprache)
3. Einigungsverhandlung (Schätzungskommission)
4. Entscheid



5.1.3. Materielle Enteignung

a) Allgemeines

- Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung
- wirkt für den Eigentümer gleich wie eine formelle Enteignung
- entschädigungspflichtig (BV 22^{ter} Abs. 3)

b) Abgrenzung zur formellen Enteignung

	formelle Enteignung	materielle Enteignung
<i>Gegenstand</i>	Entzug von Rechten	Beschränkung von Rechten
<i>Zweck</i>	Güterbeschaffung	Folge eines auf andere Ziele gerichteten Eingriffs
<i>Subjektswechsel</i>	ja	nein (keine Übertragung von Rechten)
<i>Funktion der Entschädigung</i>	Voraussetzung der Enteignung	Folge der Enteignung

c) Begriff

1. Besonders schwerer Eingriff – Sonderopfer

Materielle Enteignung liegt vor...

- ...wenn einem Eigentümer der Gebrauch seiner Sache **untersagt oder besonders stark eingeschränkt** wird, weil ihm eine wesentliche, aus dem Eigentumsinhalt fließende Befugnis entzogen wird (= **Grundtatbestand**).

Beispiele aus der Praxis:

als schwerer Eingriff gilt: die Auszonung (Überführung Bauzone ⇒ Nichtbauzone)

- als leichter Eingriff gilt:
- eine Abzonung: 5 Geschosse ⇒ 3 Geschosse;
 - Herabsetzung der Bauzone zu einem Drittel;
 - befristetes Bauverbot bis 10 Jahre.

- ...wenn der Eingriff **weniger weit** geht, jedoch ein **einzig** 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 (= **Auffangtatbestand**).

2. *Bisheriger Gebrauch – künftiger Gebrauch*

Sowohl beim besonders schweren Eingriff als auch beim Sonderopfer kommt materielle Enteignung in Betracht...

- ...wenn ein **bisheriger Gebrauch** der Sache eingeschränkt wird.
- ...wenn ein **künftiger Gebrauch** eingeschränkt wird, dies jedoch nur dann, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, die **Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung** der Sache lasse sich **mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft** verwirklichen (i.d.R. **Baulandqualität**).

d) Prüfprogramm

Prüfprogramm bei Eigentumsbeschränkungen, die die Möglichkeit zu bauen eingrenzen oder unterbinden:

1. *Baulandqualität?*

Liegt Bauland im enteignungsrechtlichen Sinn vor? Das heisst: War das Bauen im massgeblichen Zeitpunkt (= **Inkrafttreten der Eigentumsbeschränkung**)?

- rein **rechtlich zulässig**:
 - ohne Ausnahmegewilligung,
 - ohne weitere Rechtsänderung,
 - ohne Planänderung;
- **und tatsächlich möglich**:
 - Erschliessungsverhältnisse,
 - Stand der Planung,
 - Grundstückverhältnisse / Bauentwicklung;
- **und** nach den Umständen mit **hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft** zu erwarten (= Prognose)?

2. *Besonders schwerer Eingriff oder Sonderopfer?*

Bewirkt die Planungsmassnahme...

- ...einen **besonders** schweren Eingriff?
- ...zwar keinen **besonders** schweren, wegen seiner Singularität aber **unzumutbaren** Eingriff?

Pro memoria: - **Leichte** Eigentumsbeschränkungen bewirken **keine materielle Enteignung** und sind nicht entschädigungspflichtig.
 - Wesentliches Abgrenzungskriterium ist die Frage, ob eine **bestimmungsgemässe, wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Grundstücks weiterhin möglich** ist.

e) Polizeilich (nicht planerisch) motivierte Enteignung

Fälle:

1) Auszonung zum Schutze von Polizeigütern

Bsp.: Bauverbot wegen Lawinengefahr

→ **entschädigungslos** hinzunehmen, denn die Massnahme schützt das betroffene Eigentum selbst.

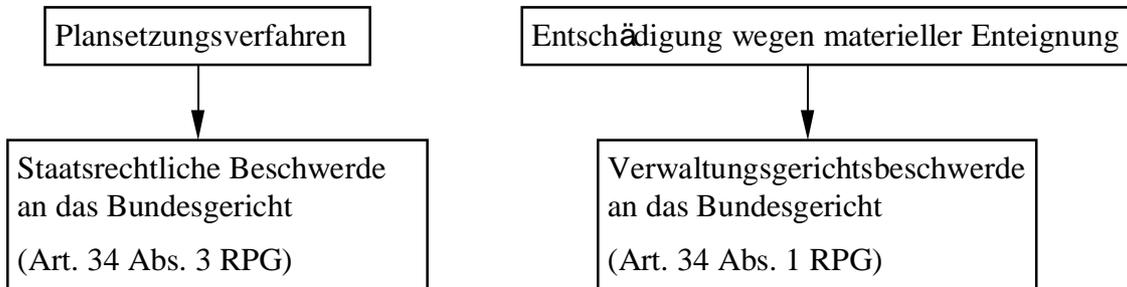
2) Beschränkung zum Schutz des Grundwassers und damit der Allgemeinheit

→ **entschädigungspflichtig**

f) Entschädigung

- Die Höhe der Entschädigung bemisst sich nach den Regeln über die Teilenteignung, also nach der **Differenz** zwischen dem Verkehrswert vor und demjenigen nach **Inkrafttreten der Eigentumsbeschränkung**.

- Die **Projektierungskosten** (Inkonvenienzen)...:
 - ... werden nur dann erstattet, wenn unabhängig davon eine **materielle Enteignung** vorliegt;
 - trifft dies nicht zu, so kann **ausnahmsweise** Ersatz für unnütz gewordene Projektierungskosten gestützt auf **BV 4** verlangt werden, wenn die Einreichung des (den geltenden Bauvorschriften) entsprechenden Projekts gerade eine Planänderung oder eine andere Eigentumsbeschränkung veranlasst hat und wenn mit diesem Eingriff vorher nicht zu rechnen war (**Vertrauensschutz**).
- **Verfahrens dualismus:**



Diese zwei Verfahren sind zu unterscheiden: Die Entschädigungsfrage kann nicht im Plansetzungsverfahren behandelt werden!

- **Schuldner** der Entschädigung ist das **Gemeinwesen**, auch wenn der Planungsauftrag vom Bund kommt!

5.1.4. Entzug wohlerworbener Rechte

- Gegenstände: **Rechte aus Konzessionen, aus Verträgen**;
- Die wohlerworbenen Rechte geniessen Schutz der **Eigentumsgarantie** (BV 22^{ter});
- Sie können nur in Verfahren der formellen Enteignung entzogen werden und mit der Folge **voller Entschädigung**.

5.2. Staats- und Beamtenhaftung

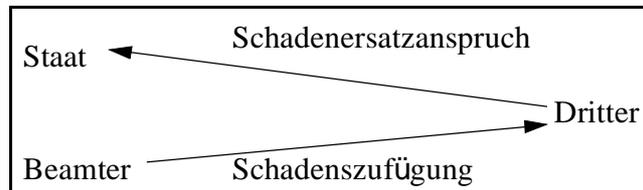
5.2.1. Das System der Staats- und Beamtenhaftung

Nota bene: Es geht hier um die **vermögensrechtliche Verantwortlichkeit** (neben der politischen, disziplinarischen)

Unterscheidungskriterien:

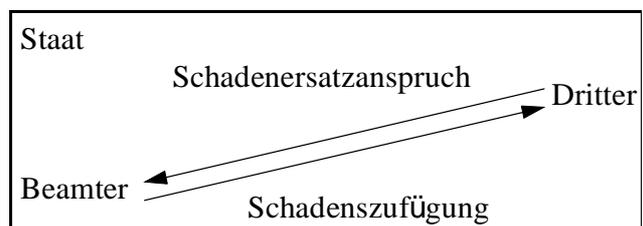
a) Haftungssubjekt

1) Staatshaftung:



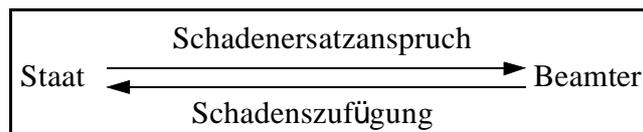
2) Beamtenhaftung:

a) externe Beamtenhaftung:

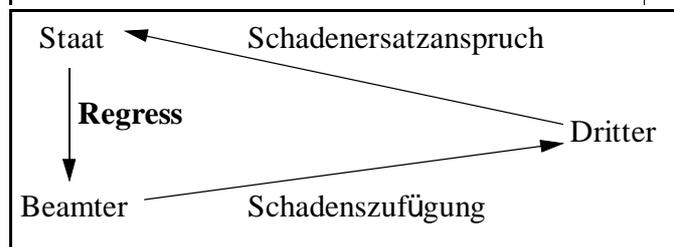


b) interne Beamtenhaftung:

aa) unmittelbare:



bb) mittelbare:



b) Haftungsform

- Ausschliessliche Beamtenhaftung → heute ohne Bedeutung;
- Primäre Beamtenhaftung mit subsidiärer Staatshaftung;
- Solidarische Haftung von Staat und Beamten;
- Ausschliessliche Staatshaftung → heute vorherrschend (eventuell mit Regress).

c) Haftungsgrund

- nach Verschulden:
 - Kausalhaftung → Staatshaftung
 - Verschuldenshaftung → Beamtenhaftung
- nach Rechtmässigkeit:
 - Haftung für rechtswidrig zugefügten Schaden
 - Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden (Bsp.: Enteignung)

5.2.2. Die Staats- und Beamtenhaftung im Bund

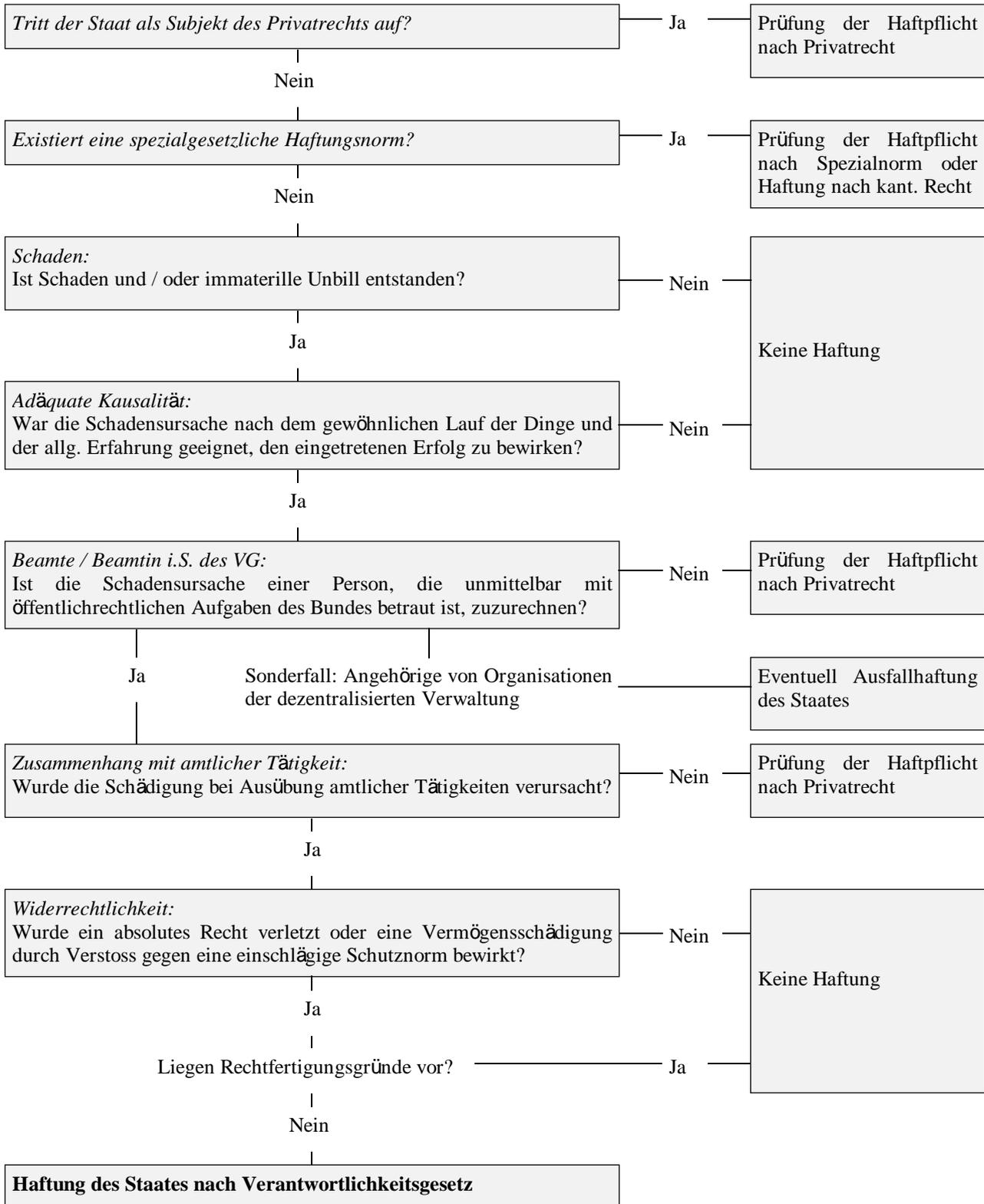
a) Rechtsquelle

Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (**Verantwortlichkeitsgesetz**, VG; SR 170.32)

b) Grundsatz der ausschliesslichen und kausalen Staatshaftung

Der **Bund haftet** für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, **ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten** (VG 3¹). Gegenüber dem fehlbaren Beamten steht dem Geschädigten hingegen kein Anspruch zu (VG 3³). Der Bund kann aber **auf den Beamten Rückgriff nehmen**, sofern dieser **vorsätzlich oder grobfahrlässig seine Dienstpflicht verletzt** hat (VG 7).

c) Prüfprogramm der Staatshaftung nach VG



d) Voraussetzungen der Haftung des Bundes

- neg.:
 - Kein gewerbliches Handeln (VG 11¹);
 - Keine spezialgesetzlichen Haftungsnormen (VG 3²);
Bsp.: MilitG 135–143, OR 58, ZGB 679, OR 56–57
- pos. (VG 3¹):
 - Schaden (zivilrechtlicher Schadensbegriff)
 - Adäquater Kausalzusammenhang
 - Beamter im Sinne des VG:
 - Personenliste in VG 1, insb. Lit. e+f;
 - Lit. f ⇒ "unmittelbar";
 - Vollzug vom Bundesrecht durch Kantone fällt nicht darunter.
 - Funktioneller Zusammenhang (Zusammenhang mit amtlicher Tätigkeit)
 - Widerrechtlichkeit

1) Schädigung durch eine Person, die öffentliche Aufgaben erfüllt

- Person, die **unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut** ist (Bundesbeamten, Magistratspersonen, Angestellten);
- Bei **ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden – privat– oder öffentlichrechtlichen – Organisationen**, die mit der Erfüllung von Bundesaufgaben betraut sind, **haftet primär diese Organisation**; die Haftung des Bundes ist in diesem Fall subsidiär (VG 19).

2) Schädigung in Ausübung amtlicher Tätigkeit

- Die den Schaden verursachende Handlung hat einen **Bezug zum Aufgabenbereich des Beamten**; dieser Bezug ergibt sich regelmässig aus dem Pflichtenheft.
- Die Verantwortlichkeit des Bundes ist ausgeschlossen, sofern der Beamte als Privatperson oder lediglich bei Gelegenheit der Ausübung amtlicher Tätigkeit Dritte schädigt.

3) Widerrechtlichkeit

Objektive Widerrechtlichkeitslehre im Sinne von OR 41 (BGE 116 Ib 373)

- ◆ **Verhaltensunrecht:**
 - Bei **Handeln**: Verletzung einer "einschlägigen" **Schutznorm**, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dient (vor allem bei Vermögensschäden)
 - Bei **Unterlassen**: Verstoss gegen Pflichten, die sich aus Garantenstellung ergeben (Gesetz verlangt Handeln oder ahndet Unterlassung ausdrücklich).
→ Täterbezogenes Kriterium
- ◆ **Erfolgsunrecht:**
 - Regel: Verletzung eines **absolut geschützten Rechtsgutes**: Leib und Leben, Persönlichkeit, (Eigentum), nicht aber Vermögen (Vorbehalt der Grundsätze über die materielle Enteignung).
 - Ausnahme: Medizinische Behandlung: Sorgfaltswidrigkeit.
→ Opferbezogenes Kriterium
- ◆ Widerrechtlichkeit durch **Rechtsakte** (Verfügungen, Entscheide oder Urteile), die sich nachträglich als rechtswidrig erweisen:
 - Erforderlich ist **ein qualifizierter Fehler**:
 - die Entscheidung des Richters oder Beamten erweist sich **später**, z.B. in einem Rechtsmittelverfahren, als unrichtig, gesetzwidrig oder sogar willkürlich; und
 - der Richter oder der Beamte hat eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Amtspflicht verletzt. Für Prof. Zimmerli (Skript Einf. ins VwR, 1995, S. 220) kann Willkür, als qualifizierte Unrichtigkeit, nie als pflichtgemässes Verhalten gelten.
 - Im Verantwortlichkeitsprozess ist die **Überprüfung formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile ausgeschlossen**; eine Verfügung, die **nicht angefochten** worden ist, gilt für

den Staatshaftungsrichter von Gesetzes wegen als rechtmässig (Subsidiarität der Staatshaftung gegenüber dem Verwaltungsrechtsschutz, VG 12).

- ◆ Rechtfertigungsgründe:
 - **Gesetz / Amtspflicht:** Schädigung ist Zweck der Handlung (z.B. Verhaftung / Strafe) oder sie ist zwangsläufig mit der Durchführung der gesetzlichen Aufgabe verbunden (z.B. Wasserschaden beim Feuerwehreinsatz). **Nicht gerechtfertigt** ist die Schädigung als unbeabsichtigte, vom Gesetz nicht gewollte und zur Erreichung des Ziels nicht notwendige Nebenfolge.
 - **Einwilligung des Geschädigten.**
- ◆ Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden: nach **Doktrin** (≠ positives Recht):
 - Berner Personalgesetz Art. 47 Abs. 2
 - "allg. Sonderopferentschädigung":
 - Spezialität;
 - Schwere;
 - Unzumutbarkeit.
 - Auf Bundesebene: BV 4

4) Vorbehalt der Spezialgesetzgebung (VG 3²)

- Abweichen der Spezialerlasse, die etwa eine restriktive Umschreibung der Haftung des Bundes (Haftung nur für bestimmte Schäden) oder das Verfahren und die Schadensbemessung betreffen.
- Bsp.: OR 56, OR 58, SVG 73, SSG 27³

5) Schädigende Einwirkung öffentlicher Werke auf die Nachbarschaft

- Haftung des Bundes nach **Enteignungsrecht**, wenn:
 - der Schaden wird im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zugefügt; und
 - die schädigende Handlung entspricht dem Zweck des betreffenden öffentlichen Werkes; und
 - die schädigende Handlung ist als solche unvermeidbar.
- Verantwortlichkeit des Bundes nach **privatrechtlichen Regeln** (ZGB 679, OR 58), wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind.

6) Der Bund als Subjekt des Privatrechts

- Soweit der Bund als **Subjekt des Privatrechts** auftritt, haftet er nach dessen Bestimmungen (Art. 11 VG; analog zu Art. 61² OR, gewerbliche Verrichtungen); der Geschädigte kann sich aber auch in diesem Fall einzig an den Bund halten (Art. 11 Abs. 2 VG);
- Bsp.: Geschäftsherrenhaftung (OR 55/101), Organhaftung (ZGB 55);

e) Verfahren

- Forderung beim Eidg. Finanzdepartement (Ausnahmen vgl. VG 10²)
- Verfügung
- Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht
- normales Verwaltungsverfahren (≠ Klageverfahren)

f) Regress und interne Haftung

Hat der Bund dem Privaten Ersatz geleistet, kann er gegen den Beamten, der den Schaden verursacht hat, **Regress** nehmen, sofern diesem **schweres Verschulden** (Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit) nachgewiesen werden kann (VG 7).

5.2.3. Haftung der Kantone

- **OR 61¹** behält für die Schadenersatzpflicht der Beamten des Gemeinwesens (ausdrücklich) sowie für die Haftung der Kantone oder der Gemeinden selber (stillschweigend) das **öffentliche Recht** vor.
- Hat der Kanton die Haftung nicht selber geregelt, findet das **OR als kantonales Ersatzrecht** Anwendung.
- Da heute alle Kantone ihre eigene Haftpflicht und diejenigen für ihre Beamten in Verantwortlichkeitsgesetzen geregelt haben, **kommt OR 61¹ keine grosse Bedeutung mehr zu.**