



Einführung in das öffentliche Recht

Skript zu den Vorlesungen
Grundzüge des Rechts Teil II

851-0703-00

851-0703-01

851-0703-02

Prof. Dr. Alexander Ruch

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich

Einführung in das öffentliche Recht

Skript zur Vorlesung
Grundzüge des Rechts Teil II
851-0703-00
851-0703-01
851-0703-02

Prof. Dr. Alexander Ruch

Mitwirkung:
lic.iur. Barbara Jud
lic.iur. Caroline Aeberli
lic.iur. Thomas Elmiger

Nachgeführte Version vom 13.01.2009.
Der Text ist ausschliesslich für Unterrichtszwecke bestimmt.
Der Nachdruck ist unzulässig.

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	III
Dokumentation	XIX
Teil 1: Aufbau des Staates	1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Demokratie als Idee	2
§ 3 Rechtsstaat	7
§ 4 Sozialstaat	11
§ 5 Föderalismus	12
§ 6 Behörden des Staates	19
§ 7 Staatsgebiet	29
§ 8 Volk	30
§ 9 Intermediärer Bereich	34
Teil 2: Die Rechtsordnung	39
§ 10 Funktionen von Recht	39
§ 11 Regelungssysteme	42
§ 12 Privatrecht - öffentliches Recht	48
§ 13 Verfassungsrecht - Verwaltungsrecht	51
§ 14 Rechtsquellen	53
§ 15 Geltung der Gesetze	60
§ 16 Gesetzgebungsverfahren (Die Rechtssetzung)	63
§ 17 Umsetzung der Gesetze	70
§ 18 Völkerrecht	75
Teil 3: Aufgaben des Staates	91
§ 19 Kompetenzordnung	91
§ 20 Grundsätze der Aufgabenwahrnehmung	97
§ 21 Kontrolle der Verwaltung	104
§ 22 Verantwortlichkeit	110
Teil 4: Die Grundrechte	119
§ 23 Bedeutung und Funktion von Grundrechten	119
§ 24 Träger und Adressaten von Grundrechten	122
§ 25 Einschränkung von Grundrechten	123
§ 26 Einzelne Grundrechte	123

Teil 5: Verwaltungshandeln	135
§ 27 Träger der Verwaltung	135
§ 28 Die Verfügung	150
§ 29 Der verwaltungsrechtliche Vertrag	162
§ 30 Formungebundenen Verwaltungshandeln	164
§ 31 Durchsetzung	166
§ 32 Besondere Hoheitsbereiche	168
Teil 6: Verfahrensrecht	181
§ 33 Verfahrensgarantien	181
§ 34 Verfahrensgrundsätze	182
§ 35 Erstinstanzliches Verwaltungsverfahren	183
§ 36 Verwaltungsrechtspflege im Allgemeinen	186
§ 37 Verwaltungsinterne Rechtspflege	188
§ 38 Verwaltungsexterne Rechtspflege	188
§ 39 Weitere Rechtsmittel ans Bundesgericht	190
§ 40 Normenkontrolle	191
Teil 7: Ausgewählte Bereiche des besonderen Bundesverwaltungsrechts	193
§ 41 Raumplanungs- und Umweltrecht	193
§ 42 Energierecht	198

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Dokumentation	XIX
I. Abkürzungen und Rechtsquellen	XIX
II. Literatur	XXVIII
1. Bundesstaatsrecht	XXVIII
2. Allgemeines Verwaltungsrecht	XXVIII
3. Europarecht	XXIX
4. Völkerrecht	XXIX
Teil 1: Aufbau des Staates	1
§ 1 Einleitung	1
I. Individuum – Gesellschaft – Staat	1
II. Kennzeichen des Staates	1
1. Gebiet	1
2. Souveränität	1
3. Volk	2
4. Anerkennung	2
III. Staatsformen	2
§ 2 Demokratie als Idee	2
I. Geschichte der Demokratie	2
II. Aktuelle Vorstellungen über Demokratie	5
§ 3 Rechtsstaat	7
I. Rechtsstaat im formellen Sinn	7
1. Die Gewaltenteilung	7
2. Das Gesetzmässigkeitsprinzip (Legalitätsprinzip)	8
3. Die justizmässige Kontrolle von Staatsakten	8
II. Rechtsstaat im materiellen Sinn	9
1. Gewährung der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)	9
2. Schutz vor Willkür (Art. 9 BV)	10
3. Wahrung von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und 9 BV)	10
4. Gewährung der Freiheitsrechte (Art. 7 ff. BV)	10
§ 4 Sozialstaat	11
§ 5 Föderalismus	12
I. Das Prinzip der mehreren Ebenen	12
II. Subsidiaritätsprinzip	13
III. Bund, Kantone und Gemeinden	14

	1. Bund	14
	2. Kantone	14
	3. Gemeinden	15
IV.	Zusammenwirken Bund – Kantone	16
	1. Entwicklung	16
	2. Mitwirkung der Kantone im Bund	16
V.	Kanton und Gemeinde	17
	1. Interkantonale Zusammenarbeit	17
	2. Interkommunale Zusammenarbeit	18
	a. Zweckverbände	18
	b. Interkommunale Vereinbarungen	19
§ 6	Behörden des Staates	19
I.	Gewaltenteilung	19
	1. Organisatorische Gewaltenteilung	20
	2. Funktionelle Gewaltenteilung	20
II.	Parlament	21
	1. Organisation	21
	a. Bundesebene	21
	b. Kantonebene	22
	2. Funktionsweisen des Parlamentes (Bund)	22
	a. Kompetenzen	22
	b. Mittel der Leitung und der Kontrolle	23
	c. Rechtsprechung	23
	d. Art der Sitzungen	23
III.	Regierung und Verwaltung	24
	1. Organisation	24
	2. Zuständigkeiten	26
	a. Regierung auf Bundesstufe (als Funktion)	26
	b. Verwaltung	26
	c. Rechtssetzung	27
	aa. <i>Mitwirkung bei der Gesetzgebung (einschliesslich Verfassungsgebung)</i>	27
	bb. <i>Verordnungsrecht (Art. 7 RVOG)</i>	27
	cc. <i>Rechtsprechung</i>	27
IV.	Gerichte	27
	1. Unabhängigkeit	27
	2. Zuständigkeit und Organisation	28
	3. Instanzen	28
	4. Spezialgerichte	28
	5. Schiedsgerichte	28
§ 7	Staatsgebiet	29
I.	Einführung	29
II.	Bestand der Kantone	30

§ 8	Volk	30
I.	Staatsangehörigkeit und Bürgerrechte	30
II.	Politische Rechte	31
	1. Wahl des Nationalrats (Art. 16 - 57 BPR)	31
	2. Referendum	32
	a. Obligatorisches Referendum	32
	b. Fakultatives Referendum	32
	3. Volksinitiative	33
	4. Rechtspflege (Art. 77 ff. BPR)	34
§ 9	Intermediärer Bereich	34
I.	Verbände, Parteien	34
	1. Verbände	34
	2. Parteien	35
II.	Medien	36
III.	Wirtschaft	36
Teil 2: Die Rechtsordnung		39
§ 10	Funktionen von Recht	39
I.	Verhaltenssteuerung	39
II.	Berechenbarkeit	40
III.	Verbindlichkeit	40
IV.	Durchsetzbarkeit	41
V.	Weitere Funktionen	42
§ 11	Regelungssysteme	42
I.	Sitte	43
II.	Moral	44
III.	Rechtsnormen	45
IV.	Technische Normen	45
	1. Begriff	45
	2. Einsatz als rechtliches Regelsystem	46
V.	Professionelle Normen	47
VI.	Staatliche Regulierung	47
VII.	Selbstregulierung	47
§ 12	Privatrecht - öffentliches Recht	48
I.	Bedeutung der Unterscheidung	48
II.	Kriterien der Unterscheidung	49
	1. Subordinationstheorie (Subjektionstheorie)	49
	2. Interessentheorie	49
	3. Funktionstheorie	49
	4. Besondere Ausprägungen	49
	5. Irrelevante Kriterien	49
III.	Privatrechtliches Handeln des Staates	50

IV.	Übernahme von privatrechtlichen Normen und Begriffen ins Verwaltungsrecht _____	51
§ 13	Verfassungsrecht - Verwaltungsrecht _____	51
I.	Staatsrecht _____	51
	1. Verfassung im formellen Sinn _____	51
	2. Verfassung im materiellen Sinn _____	52
II.	Verwaltungsrecht _____	52
	1. Allgemeines Verwaltungsrecht _____	52
	2. Besonderes Verwaltungsrecht _____	52
§ 14	Rechtsquellen _____	53
I.	Verfassung _____	53
	1. Inhalt und Gliederung der Schweizerischen Bundesverfassung _____	53
	2. Äussere Gliederung der Schweizerischen Bundesverfassung _____	54
II.	Gesetz _____	54
III.	Verordnung _____	56
	1. Ordnungsgeber _____	56
	2. Arten von Verordnungen _____	57
IV.	Autonome Satzung _____	58
V.	Staatsverträge _____	58
VI.	Allgemeine Rechtsgrundsätze _____	58
VII.	Gewohnheitsrecht _____	59
VIII.	Richterrecht _____	59
§ 15	Geltung der Gesetze _____	60
I.	Räumliche Geltung _____	60
II.	Zeitliche Geltung _____	60
	1. Inkrafttreten von Erlassen _____	60
	2. Ausserkrafttreten von Erlassen _____	60
	3. Intertemporales Recht _____	60
	4. Rückwirkung _____	61
	5. Vorwirkung _____	61
III.	Rechtssatz - Einzelakt _____	62
	1. Grundlegende Unterscheidung _____	62
	2. Rechtsanwendung _____	62
§ 16	Gesetzgebungsverfahren (Die Rechtssetzung) _____	63
I.	Vorgegebenheiten der Gesetzgebung _____	63
II.	Wahl der Erlassform _____	63
III.	Systematik von Erlassen _____	63
IV.	Verfahrensablauf der Gesetzgebung _____	64
	1. Massgebende Erlasse _____	64
	2. Darstellung Gesetzgebungsverfahren Bundesebene _____	65
	a. Auslösung des Projekts/Auftrag _____	65
	b. Auftragsanalyse/Projektskizze _____	66

c. Bericht	66
d. Vorentwurf (vgl. Art. 112 ParlG)	66
e. Vernehmlassung (Art. 5 ff. VIg)	66
f. Botschaft (Art. 141 ff. ParlG)	67
g. Parlamentarische Behandlung und Referendum (Art. 44 ff. ParlG)	67
h. Inkraftsetzung und Vollzug	68
3. Darstellung Vorverfahren und Parlamentarisches Verfahren	69
§ 17 Umsetzung der Gesetze	70
I. Stufen der Gesetzesanwendung	70
1. Umsetzungsformen	70
a. Rechtssatz - Einzelakt	70
b. Rechtsanwendung ohne Einzelakt	70
c. Rechtsanwendung mit Einzelakt	70
2. Föderative Stufung	71
3. Körperschaftliche Umsetzung	71
II. Auslegung der Gesetze	71
1. Allgemeine Auslegungsmethoden	71
2. Formale Auslegungsregeln	72
a. Spezielles Gesetz vor allgemeinem Gesetz	72
b. Späteres Gesetz vor früherem Gesetz	72
c. Umkehrschluss	72
d. Analogieschluss	72
3. Verfassungskonforme Auslegung	73
4. Lückenfüllung	73
III. Struktur der Gesetze	73
IV. Unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen	74
1. Unbestimmte Gesetzesbegriffe	74
2. Ermessen	74
3. Unangemessenheit	75
4. Ermessensfehler	75
a. Ermessensmissbrauch	75
b. Ermessensüberschreitung	75
c. Ermessensunterschreitung	75
§ 18 Völkerrecht	75
I. Begriff	75
II. Allgemeines Völkerrecht	76
1. Allgemeine Rechtsgrundsätze	76
2. Gewohnheitsrecht	76
a. Gewalt- und Interventionsverbot	76
b. Recht der guten Nachbarschaft	77
III. Staatsvertragsrecht	77
1. Begriff	77
2. Vertragstypen	78

a.	Self executing	78
b.	Non self executing	78
c.	Unterscheidung nach Anzahl beteiligter Staaten	78
aa.	<i>Bilaterale Verträge</i>	78
bb.	<i>Multilaterale Verträge</i>	79
IV.	Abschluss internationaler Staatsverträge im Bund	81
V.	Kompetenzen der Kantone und Gemeinden	82
1.	Kantone	82
2.	Gemeinden	82
VI.	Internationale Organisationen	82
1.	Begriffe	82
a.	Zwischenstaatliche Internationale Organisationen	82
b.	Nichtstaatliche Internationale Organisationen	83
2.	Auswahl zwischenstaatlicher Organisationen	83
a.	UNO	83
b.	GATT/WTO	83
c.	OECD	84
d.	OSZE	84
e.	Europarat	84
f.	EU	84
aa.	<i>Übersicht Hauptorgane</i>	86
bb.	<i>Weitere Einrichtungen</i>	86
g.	EFTA	87
h.	EWR	87
i.	Weitere europäische Organisationen (Auswahl)	87
j.	Weitere weltweite Organisationen (Auswahl)	87
VII.	Das Recht internationaler Organisationen	87
1.	Europäische Union	87
2.	Rechtsschutz	88
a.	Internationaler Gerichtshof IGH in den Haag	88
b.	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	88
c.	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften	89
Teil 3: Aufgaben des Staates		91
§ 19	Kompetenzordnung	91
I.	Staatsziele und Staatsaufgaben	91
II.	Zielnormen	91
1.	Gesamtstaatliche Ziele	91
2.	Sektorielle Zielnormen	92
III.	Aufgabennormen	92
1.	Unmittelbare und mittelbare	92
2.	Ausdrückliche und stillschweigende	93
3.	Nach Art der Umschreibung	93

IV.	Grundsätze der Kompetenzausscheidung	93
V.	Arten von Bundeskompetenzen	94
	1. Ausschliessliche Bundeskompetenz	94
	2. Konkurrierende Bundeskompetenz	94
	3. Parallelkompetenzen	95
	4. Grundsatzkompetenz des Bundes	95
	5. Zusammenfassung	95
VI.	Kompetenzkonflikte	96
	1. Fragestellung bei Rechtsetzungskompetenz	96
	2. Rechtsschutz	97
§ 20	Grundsätze der Aufgabenwahrnehmung	97
I.	Gesetzliche Grundlage	97
II.	Öffentliches Interesse	98
	1. Allgemein	98
	2. Arten des öffentlichen Interesses:	99
III.	Verhältnismässigkeit	99
	1. Eignung - Zwecktauglichkeit	100
	2. Notwendigkeit - Erforderlichkeit	100
	3. Zumutbarkeit	100
IV.	Rechtsgleichheit	100
	1. Allgemein	100
	2. Rechtssetzung	101
	3. Rechtsanwendung	101
	4. Willkürverbot	102
	5. Allgemein	102
	6. Rechtssetzung	102
	7. Rechtsanwendung	102
V.	Treu und Glauben	102
	1. Allgemein	102
	2. Voraussetzungen des Vertrauensschutzes	103
	a. Vertrauensgrundlage	103
	b. Vertrauen in das Verhalten der Behörde	103
	c. Vertrauensbetätigung	104
	d. Zusammenfassung	104
	3. Interessenabwägung im Einzelfall	104
	4. Rechtswirkungen des Vertrauensschutzes	104
	5. Entschädigung von Vertrauensschaden	104
§ 21	Kontrolle der Verwaltung	104
I.	Bundesaufsicht über die Kantone	104
	1. Allgemeine Aufsicht	104
	2. Mittel der Bundesaufsicht	105
	a. Aufhebung von kantonalen Akten	105

	b. Genehmigungen	105
	c. Weisungen	105
	d. Beanstandungen, Berichterstattungen, Inspektionen	105
	e. Bundesexekution	105
	f. Eidgenössische Intervention	106
II.	Parlamentarische Kontrolle der Verwaltung (Bund)	106
	1. Grundlagen	106
	2. Kontrollbegriff	106
	3. Befugnisse	106
	4. Kontrollmittel	106
III.	Kontrolle durch Kommissionen (Bund)	107
	1. Die Geschäftsprüfungskommissionen	107
	2. Die Finanzkommissionen	107
	3. Parlamentarische Untersuchungskommissionen	107
IV.	Aufsicht der Regierung über die Verwaltung (Bund)	107
V.	Verwaltungsinterne Kontrolle (Bund)	108
VI.	Aufsicht über die Gemeinden (Kantone)	108
	1. Umfang	108
	2. Kontrollinstanz	108
	3. Kontrollmittel	109
VII.	Weitere Kontrollbereiche (Bund)	109
	1. Kontrolle der Gerichte	109
	2. Kontrolle der Medien	109
	3. Ombudsman	109
	4. Kontrolle des Gesetzgebers	110
	5. Kontrolle der Einzelnen	110
§ 22	Verantwortlichkeit	110
I.	Haftungsarten	110
	1. Verschuldenshaftung	110
	2. Kausalhaftung	111
	3. Gefährdungshaftung	111
II.	Politische Verantwortlichkeit	111
III.	Rechtliche Verantwortlichkeit	111
	1. Staats- und Beamtenhaftung	111
	a. Grundlagen	111
	b. Formen der Haftung	112
	aa. Ausschliessliche Staatshaftung	112
	bb. Ausschliessliche Beamtenhaftung	112
	cc. Primäre Beamtenhaftung	112
	c. Staatshaftung	113
	aa. Hoheitlicher Tätigkeitsbereich	113
	bb. Funktioneller Zusammenhang Verhalten - Amtstätigkeit	113

cc. <i>Widerrechtlichkeit</i>	113
dd. <i>Schaden</i>	114
ee. <i>Adäquater Kausalzusammenhang</i>	114
ff. <i>Verschulden</i>	114
gg. <i>Personenkreis, für deren Verhalten der Staat einstehen muss</i>	114
IV. Haftung des Staates nach Privatrecht	115
1. Allgemeine Haftung nach Privatrecht	115
2. Grundeigentümerhaftung (Art. 679 ZGB)	115
3. Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR)	116
4. Umwelthaftung	116
V. Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden	116
VI. Rechtsschutz	117
VII. Die Beamtenhaftung	117
1. Die externe Beamtenhaftung	117
2. Die interne Beamtenhaftung	117
3. Rechtsschutz	118
4. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	118
5. Disziplinarische Verantwortlichkeit	118
6. Die Immunität	118
Teil 4: Die Grundrechte	119
§ 23 Bedeutung und Funktion von Grundrechten	119
I. Begriffliches	119
II. Funktion	120
III. Rechtsgrundlagen	120
§ 24 Träger und Adressaten von Grundrechten	122
I. Träger	122
II. Adressaten	122
§ 25 Einschränkung von Grundrechten	123
§ 26 Einzelne Grundrechte	123
I. Menschenwürde, Recht auf Leben und Persönliche Freiheit	123
II. Meinungs- und Informationsfreiheit	124
III. Glaubens- und Gewissensfreiheit	126
IV. Ehefreiheit	126
V. Versammlungsfreiheit	127
VI. Vereinigungsfreiheit	128
VII. Eigentumsgarantie	128
VIII. Die Wirtschaftsfreiheit	130
1. Schutzobjekte	130
2. Rechtsträger	131
3. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit	131
a. Grundsatzkonforme Massnahmen	131

b. Grundsatzwidrige Massnahmen	131
IX. Niederlassungsfreiheit	132
X. Wissenschaftsfreiheit	132
XI. Garantie der Existenzsicherung	132
XII. Grundrecht auf gesunde Umwelt?	133
Teil 5: Verwaltungshandeln	135
§ 27 Träger der Verwaltung	135
I. Begriff und Arten der Verwaltung	135
1. Organisatorischer Begriff der Verwaltung	135
2. Funktioneller Begriff	135
3. Überschneidende Merkmale	136
4. Ergebnis	136
II. Arten der Verwaltung	136
1. Hoheitliche und nichthoheitliche Verwaltung	136
2. Eingriffs- und Leistungsverwaltung	136
III. Zentrale und dezentrale Verwaltung	136
1. Zentralverwaltung	136
a. Rechtliche Grundlagen im Bund	138
b. Dezentralisierte Verwaltung	138
aa. Öffentlichrechtliche Anstalt	138
bb. Öffentlichrechtliche Körperschaft	139
cc. Öffentlichrechtliche Stiftung	139
dd. Öffentlichrechtliche Unternehmen in Privatrechtsform	139
ee. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	139
ff. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft	140
gg. Private	140
c. Rechtsstellung der dezentralisierten Verwaltung	140
IV. Gemeinden	141
1. Stellung der Gemeinde im Allgemeinen	141
2. Arten von Gemeinden	141
a. Einwohnergemeinde	141
b. Bürgergemeinden	141
c. Kirchgemeinden	141
d. Spezialgemeinden	142
3. Fusion von Gemeinden	142
4. Die Gemeindeautonomie	142
a. Allgemeines	142
b. Rechtssetzungsautonomie	143
c. Rechtsanwendungsautonomie	144
5. Organisationsrecht der Gemeinden	144
a. Legislative	144
b. Exekutive	145

6. Rechtsschutz der Gemeinden	145
a. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	145
b. Kantonale Instanzen	146
V. Die Bediensteten	146
1. Grundfragen des öffentlichen Dienstrechts	146
a. Organisationsrecht	146
b. Rechtsnatur des Dienstverhältnisses	147
2. Entstehung, Beendigung, Auflösung des Arbeitsverhältnisses	147
a. Entstehung	147
b. Beendigung (ohne Kündigung)	147
c. Auflösung (mit Kündigung)	147
3. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis	148
a. Arbeitspflicht/Nebenbeschäftigung	148
b. Lohn/Teuerungsausgleich etc.	148
c. Wahrung der Interessen der Arbeitgeber	148
d. Einschränkung von Rechten des Personals	148
e. Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten durch den Arbeitnehmer	149
f. Datenbearbeitung	149
g. Massnahmen zu Gunsten des Personals	149
h. Mitwirkung und Sozialpartnerschaft	149
i. Verfahren	149
§ 28 Die Verfügung	150
I. Begriff und Elemente der Verfügung	150
1. Begriff der Verfügung	150
2. Elemente der Verfügung	150
II. Form der Verfügung	151
III. Arten der Verfügung	151
1. Rechtsgestaltende Verfügungen	151
2. Feststellende Verfügungen	152
3. Einfache und mitwirkungsbedürftige Verfügungen	152
IV. Rechtskraft von Verfügungen	152
1. Formelle Rechtskraft	152
2. Materielle Rechtskraft	153
V. Nebenbestimmungen von Verfügungen	153
1. Arten	153
a. Bedingung	153
b. Befristung	154
c. Auflage	154
d. Revers	154
aa. Beseitigungsrevers	154
bb. Mehrwertrevers	154
2. Wirkungen und Zulässigkeit	155
VI. Die Bewilligung	155

1. Polizeibewilligung	155
2. Ausnahmbewilligung	156
3. Wirtschaftspolitische Bewilligungen	156
4. Beispiele verschiedener Bewilligungsarten	157
VII. Allgemeinverfügung und Plan	158
1. Die Allgemeinverfügung	158
2. Der Raumplan	158
a. Der Richtplan	158
b. Der Nutzungsplan	159
VIII. Fehlerhafte und nichtige Verfügungen	159
1. Fehlerhaftigkeit	159
a. Formfehler	159
b. Inhaltliche Mängel	159
2. Nichtigkeit	160
3. Anfechtbarkeit	160
4. Die Änderung von Verfügungen	161
a. Der Widerruf	161
b. Die Revision (Wiedererwägung)	161
c. Berichtigung von Kanzleifehlern	162
§ 29 Der verwaltungsrechtliche Vertrag	162
I. Begriff und Arten	162
1. Abgrenzungen	162
2. Arten	162
II. Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags	163
§ 30 Formungebundenes Verwaltungshandeln	164
I. Realakte und Vollzugsakte	164
II. Auskünfte, Empfehlungen, Information	165
III. Konsensuales Verwaltungshandeln	165
§ 31 Durchsetzung	166
I. Vollstreckung	166
1. Ersatzvornahme	166
2. Antizipierte Ersatzvornahme	166
3. Direkte Einwirkung	167
4. Schuldbetreibung	167
II. Mittelbarer Zwang	167
1. Strafrecht	167
2. Verwaltungsstrafe	167
3. Ordnungsbusse	168
4. Bestrafung wegen Ungehorsams	168
5. Disziplinar massnahmen	168
6. Verweigerung einer Leistung	168
§ 32 Besondere Hoheitsbereiche	168

I.	Polizeirecht	168
	1. Polizeigüter	168
	a. Öffentliche Ordnung und Sicherheit	168
	b. Öffentliche Gesundheit	169
	c. Öffentliche Sittlichkeit	169
	d. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr	169
	2. Gesetzliche Grundlage	169
	3. Der Störer	169
	a. Verhaltensstörer	169
	b. Zustandsstörer	170
	c. Zweckveranlasser	170
	d. Störerkonkurrenz	170
II.	Öffentliches Sachenrecht	170
	1. Einteilung der öffentlichen Sachen	170
	a. Finanzvermögen	171
	b. Verwaltungsvermögen	171
	c. Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch	171
	2. Benutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch	172
	a. Einfacher Gemeingebrauch	172
	b. Gesteigerter Gemeingebrauch	172
	c. Sondernutzung	173
III.	Monopole und Konzessionen	173
	1. Das Monopol	173
	a. Rechtliches Monopol	173
	aa. <i>Unmittelbar rechtliches Monopol</i>	173
	bb. <i>Mittelbar rechtliches Monopol</i>	173
	b. Faktisches Monopol	174
	c. Zwecksetzung	174
	d. Bundesmonopole	174
	e. Kantonale Monopole	174
	2. Die Konzession	175
	a. Definition	175
	b. Monopolkonzession und Sondernutzungskonzession	175
	c. Rechtsnatur	175
	d. Voraussetzungen der Konzessionserteilung	175
	e. Stellung des Konzessionärs	176
	f. Übertragbarkeit	176
	g. Beendigung der Konzession	176
IV.	Das Abgaberecht	177
	1. Steuern	177
	a. Direkte Steuern	177
	b. Indirekte Steuern	177
	c. Zwecksteuern	177
	d. Lenkungssteuern	177

e. Voraussetzungen für die Steuererhebung	177
2. Kausalabgaben	177
a. Gebühren	178
aa. Verwaltungsgebühren	178
bb. Benutzungsgebühren	178
cc. Konzessionsgebühren	178
b. Beiträge (Vorzugslasten)	178
c. Prinzipien der Bemessung von Kausalabgaben	178
aa. Kostendeckungsprinzip	178
bb. Aequivalenzprinzip	179
3. Ersatzabgaben	179
V. Sonderstatusverhältnisse	179
Teil 6: Verfahrensrecht	181
§ 33 Verfahrensgarantien	181
I. Verbot der Rechtsverweigerung und -verzögerung	181
II. Richtige Zusammensetzung der Behörde	181
III. Verbot des überspitzten Formalismus	181
IV. Anspruch auf rechtliches Gehör	182
V. Akteneinsichtsrecht	182
VI. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege	182
§ 34 Verfahrensgrundsätze	182
I. Zuständigkeit	182
II. Bestimmung über das Verfahren	183
III. Feststellung des Sachverhalts	183
IV. Anwendung des massgebenden Rechts von Amtes wegen	183
V. Novenrecht	183
VI. Parteirechte Dritter	183
VII. Rechtsmittelbelehrung	183
§ 35 Erstinstanzliches Verwaltungsverfahren	183
§ 36 Verwaltungsrechtspflege im Allgemeinen	186
I. Beschwerdevoraussetzungen	186
1. Zuständigkeitsfragen	186
a. Örtliche Zuständigkeit	186
b. Sachliche Zuständigkeit	186
c. Funktionelle Zuständigkeit	186
2. Fristen, Gegenstand, Begründung	186
a. Beschwerdefrist	186
b. Beschwerdeobjekt	186
c. Beschwerdegründe	186
II. Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG)	187
1. Private	187
2. Behörden	187

3. Verbände	187
III. Wirkungen der Beschwerderhebung	187
1. Aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt)	187
2. Devolutiveffekt	187
IV. Beschwerdeentscheid	187
V. Aufsichtsbeschwerde	188
§ 37 Verwaltungsinterne Rechtspflege	188
§ 38 Verwaltungsexterne Rechtspflege	188
I. Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht	189
II. Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht	189
III. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	190
§ 39 Weitere Rechtsmittel ans Bundesgericht	190
I. Einheitsklage für Direktprozesse	190
II. Einheitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen	191
§ 40 Normenkontrolle	191

Teil 7: Ausgewählte Bereiche des besonderen Bundesverwaltungsrechts **193**

§ 41 Raumplanungs- und Umweltrecht	193
I. Raumplanungs- und Baurecht	193
1. Zweck	193
2. Instrumente	193
a. Richtpläne	193
b. Nutzungspläne	194
c. Baubewilligung	194
3. Rechtsschutz	195
II. Umweltschutzrecht	195
1. Prinzipien	195
2. Instrumente	196
III. Gewässerschutzrecht	197
IV. Natur- und Heimatschutz	197
V. Waldrecht	197
§ 42 Energierecht	198
I. Nutzbarmachung der Wasserkräfte	198
II. Elektrizitätsrecht	198
III. Kernenergierecht	199

Dokumentation

I. Abkürzungen und Rechtsquellen

Abs.	Absatz/Absätze
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (in Kraft bis 31. Dezember 1999)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
AltIV	Verordnung vom 26. August 1998 über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung) [SR 814.680]
AIW	Alarmwerte
ArG	BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 [SR 822.11]
Art.	Artikel
ARA	Abwasserreinigungsanlage
AS	Amtliche (chronologische) Sammlung der Bundesrechts (bis 1947: Eidg. Gesetzessammlung; bis 1987: Sammlung der eidg. Gesetze)
AsylV 1	Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (Asylverordnung 1) [SR 142.311]
AtB	BB zum Atomgesetz vom 6. Oktober 1978 (aufgehoben auf 1. Februar 2005) [SR 732.01]
AtG	BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie (Atomgesetz) vom 23. Dezember 1959 (aufgehoben auf 1. Februar 2005) [SR 732]
AuenV	Verordnung über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung vom 28. Oktober 1992 [SR 451.31]
Aufl.	Auflage
BAFU	Bundesamt für Umwelt (ab 1. Januar 2006)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BAK	Bundesamt für Kultur
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BBW	Bundesamt für Bildung und Wissenschaft
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz) [SR 151.3]
BetmG	BG über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz) [SR 812.121]

BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) [SR 943.02]
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGF	BG über die Fischerei vom 21. Juni 1991 [SR 923.0]
BGG	BG über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz) [SR 173.110]
BGMK	BG vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes [SR 138.1]
Bio-V	V über die biologische Landwirtschaft und die entsprechende Kennzeichnung der pflanzlichen Erzeugnisse und Lebensmittel vom 22. September 1997 (Bioverordnung) [SR 910.18]
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 [SR 172.220.1]
BPR	BG über die Politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 [SR 161.1]
BR	Baurecht (Zeitschrift)
BSG	BG über die Binnenschifffahrt vom 3. Oktober 1975 [SR 747.201]
BSV	V über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern vom 8. November 1978 (Binnenschifffahrtsverordnung) [SR 747.201.1]
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BtG	Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 [SR 172.221.10] - ersetzt durch das BPG
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (Bürgerrechtsgesetz) [SR 141.0]
BUWAL	Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (bis 31. Dezember 2005); ab 1. Januar 2006 BAFU
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [SR 101]
BVET	Bundesamt für Veterinärwesen
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Zeitschrift)
bzw.	Beziehungsweise
DZV	Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung) [SR 910.13]
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 [SR 742.101]
EDA	Eidg. Departement für Auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidg. Departement des Innern
EFD	Eidg. Finanzdepartement
EFK	Eidg. Finanzkontrolle

EFTA	European Free Trade Association, Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandels-Assoziation vom 4. Januar 1960 [SR 0.632.31]
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften vom 25. März 1957 (EG-Vertrag)
EleG	BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (Elektrizitätsgesetz) [SR 734.0]
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EK	Einigungskonferenz
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 [SR 0.101]
EnG	Energiegesetz vom 26. Juni 1998 [SR 730.0]
EntG	BG über die Enteignung vom 20. Juni 1930 [SR 711]
EnV	Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 [SR 730.01]
EpG	BG über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970 (Epidemiengesetz) [SR 818.101]
ESV	V über den Umgang mit Organismen in geschlossenen Systemen vom 25. August 1999 (Einschliessungsverordnung) [SR 814.912]
ETH	Eidgenössische Technische Hochschulen
EU	Europäische Union
EuGH	Euroäischer Gerichtshof (Luxemburg)
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 (EWG-Vertrag)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum, Vertrag vom 2. Mai 1992
f. / ff.	folgende / fortfolgende
FHG	BG über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 6. Oktober 1989 (Finanzhaushaltsgesetz) [SR 611.0]
Flachmoor-V	V über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung vom 7. September 1994 [SR 451.33]
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 [SR 784.10]
FrSV	V über den Umgang mit Organismen in der Umwelt vom 25. August 1999 (Freisetzungsverordnung) [SR 814.911]
GATS	General Agreement on Trade in Services (GATS)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade, Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947, SR 0.632.21
GG	BG über den Verkehr mit Giften vom 21. März 1969 (Giftgesetz), SR 813.0; Aufgehoben mit dem Inkrafttreten des neuen Chemikalienrechts.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Bonner Grundgesetz)
GILSP	Good Industrial Large Scale Practice

GPK	Geschäftsprüfungskommission
GPKV	Gute Praxis für klinische Versuche
GRN	Geschäftsreglement des Nationalrats vom 03. Oktober 2003 SR 171.13
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz) vom 24. Januar 1991 SR 814.20
GSchV	Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998, SR 814.201
GTG	BG vom 21. März 2003 über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz), SR 814.91
GVO	Gentechnisch veränderte Organismen
GWF	Gruppe für Wissenschaft und Forschung
HBV	V über Höchstbestände in der Fleisch- und Eierproduktion vom 7. Dezember 1998 (Höchstbestandesverordnung), SR 916.344
HEL	Heizöl «Extraleicht»
HELV	V über die Lenkungsabgabe auf «Heizöl Extraleicht» mit einem Schwefelgehalt von mehr als 0,1 Prozent vom 12. November 1997, SR 814.019
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit (heute: Wirtschaftsfreiheit: WiF)
Hochmoor-V	V über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung vom 21. Januar 1991, SR 451.32
i.d.R.	In der Regel
IGH	Internationaler Gerichtshof (Den Haag)
IGW	Immissionsgrenzwerte
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne/in Sachen
i.V.m.	In Verbindung mit
JSG	BG über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 20. Juni 1986 (Jagdgesetz), SR 922.0
KEG	Kernenergiegesetz vom 21. März 2003, in Kraft seit 1. Februar 2005
KG	BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz), SR 251
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983, SR 732.44
KIG	BG vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumentinneninformationsgesetz, KIG), SR 944.0
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 21. März 2001, SR 221.214.1
KV	Kantonsverfassung(en)
LES	Lärmempfindlichkeitsstufe
LeV	V über elektrische Leitungen vom 30. März 1994 (Leitungsverordnung), SR 734.31

LFG	BG über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz), SR 748.0
LGV	Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005, SR 817.02
LHG	Landeshydrologie und -geologie
lit.	litera
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (Lebensmittelgesetz), SR 817.0
LMV	Lebensmittelverordnung vom 1. März 1995, SR 817.02
LRV	Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985, SR 814.318.142.1
LS	Zürcher Loseblattsammlung
LSV	Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41
LSVA	Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe
LwG	BG über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (Landwirtschaftsgesetz), SR 910.1
MG	BG über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (Militärgesetz), SR 510.10
MoorLV	V über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung vom 1. Mai 1996 (Moorlandschaftsverordnung), SR 451.35
MS	Mitgliedstaat(en)
NEV	V über die elektrischen Niederspannungserzeugnisse vom 7. Dezember 1992, SR 734.26
NFA	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen
NHG	BG über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966, SR 451
NHV	V über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991, SR 451.1
NISV	V über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999, SR 814.710
NIV	V über die elektrische Niederspannungsinstallation vom 6. September 1989 (Niederspannungs-Installationsverordnung), SR 734.27
NOK	Nordostschweizerische Kraftwerke AG (heute: AXPO)
NR	Nationalrat
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development, Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OR	BG über die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
OV	Organisationsverordnung

ParlG	BG über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz), SR 171.10
PauRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993, SR 944.3
PhaV	V vom 17. Oktober 2001 über die Pharmakopöe vom 17. Oktober 2001 (Pharmakopöeverordnung), SR 812.211
PBG	Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz) des Kantons Zürich vom 7. September 1975, LS 700.1
PRG	BG vom 18. März 1988 über Bezüge und Infrastruktur der Mitglieder der eidgenössischen Räte und über die Beiträge an die Fraktionen (Parlamentsressourcengesetz), SR 171.21
PSMV	V über die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln vom 23. Juni 1999 (Pflanzenschutzmittel-Verordnung), SR 916.161
PublG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz), SR 170.512
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission
PVC	Polyvinylchlorid
PW	Planungswerte
RL	Richtlinie(n)
RLG	BG über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4. Oktober 1963 (Rohrleitungsgesetz), SR 746.1
RLV	Rohrleitungsverordnung vom 02. Februar 2000, SR 746.11
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz), SR 700
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, SR 700.1
RSD	V über die Beförderung gefährlicher Güter mit der Eisenbahn vom 3. Dezember 1996, SR 742.401.6
RTVG	BG über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 [SR 784.40]
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, SR 172.010.1
SAMV	V über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen vom 25. August 1999, SR 832.321
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SDR	V über die Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse vom 29. November 2002, SR 741.621
SEV	Schweizerischer Elektrotechnischer Verein

SMA	Schweizerische Meteorologische Anstalt
SNB	Schweizerische Nationalbank
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SR	Ständerat
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
SSV	Signalisationsverordnung vom 5. September 1979, SR 741.21
StAV	V über die Sicherheit von Stauanlagen vom 7. Dezember 1998, SR 721.102
StFV	V über den Schutz vor Störfällen (Störfallverordnung) vom 27. Februar 1991, SR 814.012
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StoV	Verordnung über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung) vom 9. Juni 1986, SR 814.013; Ist mit dem Inkrafttreten des neuen Chemikalienrechts aufgehoben worden
StSG	Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991, SR 814.50
StSV	Strahlenschutzverordnung vom 22. Juni 1994, SR 814.501
SuG	BG über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz), SR 616.1
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
SVV	V über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998 (Strukturverbesserungsverordnung), SR 913.1
TG	BG über den Transport im öffentlichen Verkehr vom 4. Oktober 1985 (Transportgesetz), SR 742.40
TRIPS	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an Geistigem Eigentum, SR 0.632.20, Anhang 1C
TschG	Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 SR 455
TschV	Tierschutzverordnung vom 23. April 2008, SR 455.1
TSG	Tierseuchengesetz vom 1. Juli 1966, SR 916.40
TVA	Technische Verordnung über Abfälle vom 10. Dezember 1990, SR 814.600
TZV	V über die Tierzucht vom 7. Dezember 1998, SR 916.310
u.a.	unter anderem
ÜbBest.	Übergangsbestimmung(en)
UBI	Unabhändige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen
UNO	United Nations Organization, Organisation der Vereinten Nationen
UN-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1

UN-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
URP	Umweltrecht in der Praxis (Zeitschrift)
USG	BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz), SR 814.01
UVEK	Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPV	V über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988, SR 814.011
UVV	V über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, SR 832.202
V	Verordnung
VBBö	V über Belastungen des Bodens vom 1. Juli 1998, SR 814.12
VBLN	V über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977, SR 451.11
VBO	V über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen vom 27. Juni 1990, SR 814.076
VBS	Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VEL	V des UVEK über die Emissionen von Luftfahrzeugen vom 10. Januar 1996, SR 748.215.3
VEOR	V über die Einsatzorganisation bei erhöhter Radioaktivität vom 26. Juni 1991, SR 732.32
VETA	V über die Entsorgung tierischer Abfälle vom 3. Februar 1993, SR 916.441.22
VG	BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz), SR 170.32
vgl.	vergleiche
VGv	V über Getränkepackungen vom 5. Juli 2000, SR 814.621
VISOS	V über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981, SR 451.12
VIG	Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, SR 172.061
VOC	volatile organic compounds (flüchtige organische Verbindungen)
VOCV	V über die Lenkungsabgabe auf flüchtigen organischen Verbindungen vom 12. November 1997, SR 814.018
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Zeitschrift)

VREG	V über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte vom 14. Januar 1998, SR 814.620
VRV	Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962, SR 741.11
VStrR	BG über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0
VTS	V über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19. Juni 1995, SR 741.41
VV	Vollziehungsverordnung
VVS	V über den Verkehr mit Sonderabfällen vom 12. November 1986, SR 814.610
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
WaG	BG über den Wald vom 4. Oktober 1991 (Waldgesetz), SR 921.0
WaV	V über den Wald vom 30. November 1992 (Waldverordnung), SR 921.01
WBG	BG über den Wasserbau vom 21. Juni 1991, SR 721.100
WBPG	BG über die Wasserbaupolizei vom 22. Juni 1877, SR 721.10
WBV	V über den Wasserbau vom 2. November 1994 (Wasserbauverordnung), SR 721.100.1
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974, SR 843
WiF	Wirtschaftsfreiheit
WRG	BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Wasserrechtsgesetz), SR 721.80
WTO	World Trade Organization, Welthandelsorganisation
WZV	V über die Berechnung des Wasserzinses vom 12. Februar 1918 (Wasserzinsverordnung), SR 721. 831
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZTG	Zolltarifgesetz vom 9. Oktober 1986, SR 632.10

II. Literatur

1. Bundesstaatsrecht

Aubert Jean-François / Eichenberger Kurt / Müller Jörg Paul / Rhinow René A. / Schindler Dietrich (Hrsg.)	Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Bern/Zürich, ab 1987.
Auer Andreas / Malinverni Giorgio / Hottelier Michel	Droit constitutionnel suisse; Vol. I: l'Etat, Bern 2006.
Ehrenzeller Bernhard / Mastronardi Philippe / Schweizer Rainer / J. Vallender Klaus A. (Hrsg.)	Die schweizerische Bundesverfassung, "St. Galler Kommentar", 2. Auflage Zürich 2008.
Häfelin Ulrich / Haller Walter / Keller Helen	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008
Haller Walter / Kölz Alfred	Allgemeines Staatsrecht. Ein Grundriss, 3. Auflage, Basel/Frankfurt a. M. 2004.
Kiener Regina / Kälin Walter	Grundrechte, Bern 2007
Müller Jörg Paul	Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der Uno-Pakte und der EMRK, 3. Auflage Bern 1999-2005.
Rhinow René A.	Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003.
Thürer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (Hrsg.)	Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001.
Tschannen Pierre	Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004.

2. Allgemeines Verwaltungsrecht

Häfelin Ulrich / Müller Georg / Uhlmann Felix	Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006.
Knapp Blaise	Précis de droit administratif, 4. Auflage, Basel/Frankfurt a.M.. 1991.
Moor Pierre	Droit administratif, 3 Bände, Bern 1988/91/92.
Spühler Karl / Dolge Annette / Vock Dominik	Kurzkommentar zum neuen Bundesgerichtsgesetz (BGG), Lachen 2006
Tschannen Pierre / Zimmerli Ulrich	Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005.

3. Europarecht

Bieber Roland / Epiney Astrid / Haag Marcel	Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 6. Aufl., Basel / Baden-Baden 2005.
Epiney Astrid u. a.	Europarecht I. Das institutionelle Recht der Europäischen Union, Bern 2007.
Epiney Astrid u. a.	Europarecht II. Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Bern 2007.

4. Völkerrecht

Frowein Jochen A. / Peukert Wolfgang	Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar 2. Auflage, Kehl am Rhein 1996.
Haefliger Arthur / Schürmann Frank	Die Europäische Menschenrechtskonvention: die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2. Auflage Bern 1999.
Kälin Walter / Maliverni Giorgio / Nowak Manfred	Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1997.
Verdross Alfred / Simma Bruno	Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 1984.
Villiger Mark E.	Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999.
Müller Jörg Paul / Wildhaber Luzius	Praxis des Völkerrechts, 3. Auflage, Bern 2001.
Seidl-Hohenveldern Ignaz	Völkerrecht, 10. Auflage, Köln 2000 (Kurzlehrbuch).
Ipsen Knut	Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004.
Beck-Texte im dtv	-Europa-Recht- Welthandelsorganisation- Menschenrechte- Völkerrechtliche Verträge- Die Verfassung der EG-Mitgliedstaaten

Teil 1: Aufbau des Staates

§ 1 Einleitung

I. Individuum – Gesellschaft – Staat

Der Mensch als Individuum ist sozial veranlagt, er braucht die Gemeinschaft mit anderen Menschen. Gemeinsame Abstammung, Weltanschauung, Sprache usw. bilden das Fundament für die Völkerbildung. Formulierung und Realisierung von gemeinsamen Anliegen veranlassen die Gemeinschaften zur Bildung von Organisationen. Diese können gesellschaftliche Gruppen, Verbände usw., aber auch die Staatsorganisation sein: Der Staat ist Instrument der Gesellschaft. Er bildet den "Willen" der Gesellschaft und sie bindet sie. Der Begriff der Willensbildung ist in Art. 45 BV enthalten.

Der Staat, wie wir ihn heute kennen, entstand in der Neuzeit (18. – 19. Jh.). Für die Schweiz und andere moderne Staaten ist nicht entscheidend, dass der Staat ein Volk ("Volksstamm") zusammenfasst, sondern dass das Volk im Staatsgebiet den Willen hat, den Staat zu bilden (Willensnation), unabhängig von ethischen, sprachlichen usw. Wurzeln. Dieser Nationalstaat verbindet nach innen und sichert nach aussen.

II. Kennzeichen des Staates

Als Staat wird der mit höchster Herrschaft ausgestattete und auf Dauer berechnete Zusammenschluss eines oder mehrerer Völker in einem bestimmten Gebiet bezeichnet. Zweck des Staates ist der Schutz der Freiheit der Einzelnen, die Wahrung seiner Unabhängigkeit, die Verfolgung von dem Gemeinwohl dienenden Interessen und nötigenfalls zwangsweise Durchsetzung dieser Interessen. Der Staatsbegriff beinhaltet die drei Elemente: Gebiet, Volk und Souveränität.

1. Gebiet

Das Staatsgebiet ist der Bereich des Staates, in dem er seine Hoheits- und Regierungsgewalt entfalten kann. Gebiet bedeutet Fläche und Raum; es dehnt sich in der Vertikalen und in der Horizontalen aus. Das Territorium ist eine normative Grösse des Staatsrechts, insbesondere des Völkerrechts (vgl. Teil 2: § 17IV.4.a). Das Recht eines Staates gilt uneingeschränkt für sein ganzes Gebiet und für alle Sachverhalte, die sich auf seinem Gebiet verwirklichen (Territorialitätsprinzip).

2. Souveränität

Die Souveränität ist die oberste Herrschaftsgewalt eines Staates. Sie kennzeichnet historisch die ungeteilte, von keinem andern Recht abgeleitete und abhängige Staatsmacht (s. unten JEAN BODIN). Das einstige Wesensmerkmal des Staates wird durch die Verflechtung der Staaten stark relativiert. Internationales Staatsvertragsrecht und Völkerrecht ausserhalb der Staatsverträge, sowie Globalisierung und Uni-

versialisierung z.B. der Menschenrechte schwächen die Herrschaftsgewalt der einzelnen Staaten. Dennoch wird den Staaten weiterhin Souveränität zugemessen.

3. Volk

Das Staatsvolk im weiteren Sinne ist die Gesamtheit der Personen, die sich auf dem Gebiet eines bestimmten Staates befindet und deshalb dessen Territorialhoheit untersteht. In einem engeren Sinne besteht das Staatsvolk aus Menschen, welche die Staatsangehörigkeit und Bürgerrechte eines bestimmten Staates besitzen.

4. Anerkennung

Die Anerkennung von Staaten ist im Völkerrecht gekennzeichnet durch die Aufnahme diplomatischer Beziehungen oder durch die rein tatsächliche Behandlung als Staat. Ausgegangen wird von der Drei-Elementen-Lehre, im Allgemeinen wird vorausgesetzt, dass die Entstehung legitim erfolgt und irreversibel ist.

Beispiele: Montenegro hat sich am 3. Juni 2006 für unabhängig erklärt, nachdem sich in einem Referendum 55.5% der Wählerinnen und Wähler für die Unabhängigkeit ausgesprochen hatten (Loslösung von „Serbien und Montenegro“). Ist Montenegro heute ein vollwertiger Staat?

Kosovo hat sich am 17.2.2008 für unabhängig erklärt. Russland opponiert, ebenso Serbien selbst. Ist Kosovo ein souveräner Staat?

III. Staatsformen

Die Bestimmung der Staatsform ist seit alters problematisch, denn es bestehen verschiedene Kriterien der Einteilung. PLATON (5.-4. Jh. v. Chr.) unterschied in seinem Buch VIII die Staatsformen weniger aufgrund der Institution als aufgrund des Charakters der Staatsführer. Seine Einteilung hat von all den Versuchen der Antike klassische Bedeutung erlangt. Wenn der oder die Herrschaftsträger den Staat nur zum eigenen Nutzen regieren, dann entarten die Staatsformen:

Anzahl Machträger	Machtausübung zum allgemeinen Wohl	Machtausübung zu selbstsüchtigen Zwecken
Einzelherrschaft	Monarchie	Tyrannis
Herrschaft Weniger	Aristokratie	Oligarchie
Volksherrschaft	Demokratie	Pöbelherrschaft

§ 2 Demokratie als Idee

I. Geschichte der Demokratie

(ho dāmos) = das Volk; (kratein) = herrschen; (hā dāmokratia) = die Volksherrschaft.

Ohne historische Dimension können wir die Staatslehre nicht oder nur schwer erfassen. Die Geschichte der Demokratie ist die Geschichte der politischen Ideen. Im

Folgenden werden einige wichtige Exponenten und ihre auf den Staat bezogenen Ideen kurz vorgestellt:

Von **HOMER** (2. Hälfte des 8. Jh.v.Chr.) und **HESIOD** (um 700 v.Chr.) sind Warnungen an die Adligen oder den Tyrannen überliefert, Gerechtigkeit walten zu lassen, damit das Volk für schräge Urteile nicht büßen muss. Thematisiert wird der Gegensatz zwischen Adel und Volk (Demos).

HERODOT (490 - 430 v.Chr.) trifft die Unterscheidung der drei Staatsformen Herrschaft eines Einzelnen (Monokratie), Herrschaft weniger (Aristokratie) und Herrschaft des ganzen Volkes (Demokratie).

PLATON (428/27 - 348/47 v.Chr.) versteht den Staat analog zum Menschen. Was er zunächst am Einzelmenschen darlegt, kehrt im Staat in vergrössertem Massstab wieder: Begierde, Wille, Vernunft werden durch die Gerechtigkeit in das richtige Verhältnis gebracht. Dies ist ein ideelles (utopisches) Verständnis, das in der Erziehung die Grundlegung der Orientierung erblickt. Kategorisch wird zwischen drei Ebenen: Herrschenden, Wächter (Krieger) und dem niedrigen Stand, unterschieden. Auf die Weisheit werden nur die Herrschenden verpflichtet. Der Erfolg hängt aber letztlich davon ab, ob sie sich von vernünftigen, dem Gemeinwohl dienenden Gesetzen leiten lassen; jede der drei Staatsformen kann auf diese Weise gut (Königtum, Aristokratie, Demokratie) oder schlecht (Tyrannis, Oligarchie, Pöbelherrschaft) sein.

ARISTOTELES (384 - 322 v.Chr.) nimmt die Dreiteilung und das ethische Kriterium der Unterscheidung auf: Drei gute, dem Gemeinwohl dienende und drei schlechte, den Eigeninteressen dienende Staatsformen (wobei der Begriff «Demokratie» bei ihm auf die negative Seite gehört [Herrschaft des gemeinen, gesetzesablehnenden Volks], positive Herrschaft aller ist der Verfassungsstaat [Herrschaft des vernünftigen Gesetzes]). Er ergänzt, dass die Freiheit des Einzelnen im demokratischen Staat dadurch zu gewährleisten sei, dass er abwechselnd regiere und regiert werde. Das bewirke gleiche Freiheit für alle bzw. eine Ausrichtung des Staates auf das Gemeinwohl.

Die Idee der Beteiligung des Volkes an der Staatsherrschaft wurde im Mittelalter u.a. auf eine Widerstandslehre gegründet (**WILHELM VON OCKHAM**, 1285 - 1338). Die Monarchie übt die Herrschaft im Interesse des einzelnen Menschen aus; die Herrschaft ist damit durch die Freiheit des einzelnen begrenzt. Machtmissbrauch des Monarchen berechtigt und verpflichtet die Menschen zum Widerstand gegen den Herrscher.

Zur selben Zeit begründete **MARSILIUS VON PADUA** (1275 - 1342) seine politische Philosophie. Nicht die individuelle Freiheit (wie bei OCKHAM) bildet die Idee der Situierung der Macht beim Volk, sondern die gesellschaftliche Natur des Menschen. Diese bedingt eine weltliche Macht im Gegensatz zur geistlichen Macht der Kirche (Der Streit des Kaisers mit dem Papst war Auslöser des Positionsbezugs des MARSILIUS). Dergestalt ruht die Autorität der Regierenden auf dem Willen des Volkes (Idee der «Volkssouveränität»).

NICOLÒ MACHIAVELLI (1467 - 1527) erkennt, in erlittener Erfahrung durch den Sturz der Republik Florenz, in der Politik ein Machtinstrument, dessen Gebrauch nicht durch moralische Vorstellungen geleitet werden darf. Staatsbildung und Staatsführung lassen jedes Mittel zu, das den Erfolg erreichen hilft. «Staatsraison» erlaubt dem Herrscher, sich über Recht und Moral hinwegzusetzen. Der Principe soll mittels seiner virtù (Durchsetzungskraft) jede von der fortuna gebotene Gelegenheit zur Machtentfaltung und -sicherung nutzen.

JEAN BODIN (Johannes Bodinus, 1529 - 1596) begründete die Lehre von der Souveränität des Staates (bzw. der Staatsgewalt) als der absoluten, unteilbaren und dauernden (unbefristeten) Gewalt eines Gemeinwesens. Die Souveränität der Herrschaft richtet sich sowohl nach innen wie auch nach aussen: Ihre Befugnis zur Rechtssetzung soll unabhängig sein von innerstaatlichen und von äusseren Mächten. Praktisch bedeutsam ist die Souveränitätslehre im innerstaatlichen Bereich, indem über gesellschaftliche Konflikte eine einzige Instanz ent-

scheidet und diese ihre Entscheide auch gegen den Willen widerstreitender Kräfte durchsetzen kann.

Der Gedanke der Machtübertragung und der Autorität liegt nahe bei den Vertragskonstruktionen, die den Staat als notwendiges Instrument auffassten, das man sich durch gegenseitige Vereinbarung schuf: **JOHANNES ALTHUSIUS** (1557 - 1638) fasste die Regierenden als Beauftragte des Volkes auf, als Vertreter, die im Namen des Volkes handeln. **HUGO GROTIUS** (Huigh de Groot, 1583 - 1645) basierte seine völkerrechtlichen Vorstellungen auf dem Mehrheitsprinzip, dem sich alle, die zu einer Gemeinschaft gehören, unterwerfen.

In der Neuzeit entwickelte **THOMAS HOBBS** (1588 - 1679) das Bild vom Menschen als dem triebhaften, selbstsüchtigen Individuum, das sich dem Nächsten als reissendes Tier nähert («homo homini lupus»). HOBBS konstruiert den Staat als unerlässliche Lebenssicherung des Menschen. Nur der Staat kann den Machtdrang des Einzelnen eindämmen. Zu diesem Zweck tritt der Fürst auf, dem mittels Vertrag alle Macht der Individuen übertragen wird und in dem sich der Wille aller Menschen bündelt. Dieser Herrscher ist als personifiziertes Volk selbst der Staat, der Leviathan, der nach seiner Ausstattung mit Autorität durch die Bürger keinerlei Zustimmung oder Mitwirkung der Unterworfenen bedarf. Die Bedeutung des Konzepts von HOBBS liegt darin, dass der Staat nicht mehr als natürliche Ordnung, sondern als Konflikt- und Konsens- «Werkstatt» und das Recht nicht mehr als Norm der Natur, sondern als Befehl einer staatlichen Autorität aufgefasst werden.

SAMUEL VON PUFENDORF (1632 - 1694) stellt in naturrechtlicher Sichtweise das Gesellschaftsbedürfnis des Menschen als Grundlage eines Gesellschaftsvertrages dar, der dann gültig ist, wenn alle Angehörigen einer Gemeinschaft ihm freiwillig zustimmen.

BENEDICTUS (BARUCH) DE SPINOZA (1632 - 1677) argumentiert naturrechtlich-liberal: der natürlichen Freiheit des Menschen kommt die Staatsform der Demokratie am nächsten. Im Gegensatz zu HOBBS werden bei ihm keine Rechte ein für allemal auf einen Herrscher übertragen, sondern an eine Gesamtheit, deren Teil der Einzelne bleibt. Auf diese Weise kommt es nicht zu einer Machtanhäufung beim Staat und zu keiner Bedrohung der Freiheit.

JOHN LOCKE (1632 - 1704) billigt nicht allen Rechte, sondern nur der Regierung (Exekutive) Macht zu. Dies soweit sie auf der Grundlage eines Gesellschaftsvertrages eingesetzt ist und Ermächtigung zur Gewaltausübung vom Volk erhalten hat. Mit der Einsetzung der Regierung verliert das Volk aber seine Souveränität nicht, sondern behält die höchste Gewalt. Die Macht der Regierung soll jedoch geteilt werden in die ausführende und urteilende des Monarchen und die gesetzgebende des Parlaments. Auf diese Weise wird die Macht des Monarchen konstitutionell gebunden. Erwähnenswert ist, dass LOCKE einer der frühesten Vertreter für den Grundrechtsschutz ist. Sein Verständnis von „property“ umfasste einen Grossteil der heute bestehenden Grundrechte.

An LOCKE anknüpfend geht **MONTESQUIEU** (1689 - 1755) davon aus, dass die Freiheit des Einzelnen bedingt oder voraussetzt, dass er durch sich selbst regiert wird. Das aber heisst, dass die Gesellschaft ein in sich zusammenhängendes Ganzes darstellt, das Volk somit als Ganzes die gesetzgebende Gewalt hat. Die Unmöglichkeit dieses Postulats erkennend, fordert er, dass Repräsentanten dies für das Volk tun, was es nicht selbst tun kann. Schliesslich kann, nach MONTESQUIEU, die Freiheit des Individuums am besten dadurch gewährleistet werden, dass die Staatsmacht in drei Teile: Gesetzgebung, Ausübung, Urteilssprechung aufgeteilt wird (vgl. zur Gewaltenteilung § 19 Kontrolle der Verwaltung).

JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712 - 1778) vertrat die reine (totale) Demokratie. Die Freiheit des Einzelnen kann nur aufrechterhalten werden, wenn jeder sich als Gemeingut unter den allgemeinen Willen begibt; dieser Zusammenschluss («contrat social») legitimiert den Staat als gemeinschaftliches Ich. Der Einzelne erscheint als aktiver Teilhaber an der staatlichen Willensbildung, gleichzeitig aber auch als Untertan (Identität von Regierenden und Regierten). Dieser Ansatz der unmittelbaren Demokratie war auch für ROUSSEAU nicht realistisch.

Aber er liess das Volk – im Gegensatz zu MONTESQUIEU - nicht in der Gesetzgebung, sondern nur in der Vollziehung der Gesetze durch Repräsentanten vertreten. In der Gesetzgebung agiert das ganze Volk. Dass es dabei Mehrheitsentscheidungen braucht und Minderheiten unterliegen, versuchte ROUSSEAU mit der «volonté générale» zu lösen: Der Gemeinwille wird von der Mehrheit nur ausgedrückt, die Minderheit befindet sich im Irrtum über den Gemeinwillen. Das Ideal ROUSSEAU ist nicht durchführbar.

Die **FEDERALIST PAPERS** (1787/88 von ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON und JOHN JAY verfasst) sind eine Sammlung von Zeitungsartikeln, die zur Verteidigung der neuen amerikanischen Verfassung von 1787 geschrieben wurden. Sie stellen eine eindruckliche Verbindung von politischer Theorie und politischer Praxis über einen modernen republikanischen Staat dar.

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS (1748 - 1836) war massgeblich an der Ausarbeitung der franz. Revolutionsverfassung von 1791 beteiligt. Er leitete die Erhebung des 3. Standes zur Nationalversammlung und die Überwindung des Standestums ein. Nach SIEYÈS ist der Wille der Gemeinschaft nicht die Summe aller Einzelwillen, sondern ein repräsentativ gebildeter Gemeinwille: Das Volk wählt Stellvertreter und beauftragt sie, an seiner Stelle den Willen der Gemeinschaft (des Staates) zu bilden. Anders als Stellvertreter im Privatrecht sind die Repräsentanten nicht an Weisungen der Wähler gebunden. Dass ihre Entscheidungen dem Volk zugerechnet werden können, liegt in der Übertragung des Amtes durch das Volk begründet.

IMMANUEL KANT (1724 - 1804) setzte neben die Selbstbestimmung als politisches Prinzip die Selbstbestimmung als moralisches Prinzip. Der Einzelne entscheidet aufgrund der Vernunft: Die Vernunft, nicht das Gemeinwohl, ist Massstab des Staatswillens. Damit wird die Vernunft über ihren moralischen Anspruch hinaus zum rechtlichen Prinzip: Man darf nur das wollen, was alle wollen können; der eigene Wille muss so sein, dass er die Grundlage einer allgemeinen Gesetzgebung sein kann. In der Demokratie erblickte KANT eine schlechte Staatsform, weil sie keine Trennung der Gewalten zulies (der Staat vollzieht seine Gesetze selbst). Demgegenüber gewährleistet nur eine republikanische Verfassung die Dreiteilung der Gewalten in Herrschen (Gesetzgeber), Vollziehen (Regierer), Richten (Richter). Republikanisch können sowohl die Monarchie als auch die Aristokratie sein. Demokratie ist nunmehr zu einem Problem der Repräsentation geworden. Der Regierung muss eine Auswahl von Bürgern gegenübergestellt werden, nicht das handlungsunfähige Gesamtvolk.

II. Aktuelle Vorstellungen über Demokratie

Fallbeispiel: In der Stadt Zürich werden Gemeinderatswahlen im Verhältniswahlssystem (Proporzwahl) ausgeschrieben. Zwei Kandidaten der Partei X. erheben 2002 Beschwerde betreffend der Einteilung der Wahlkreise, die den Stadtkreisen der Stadt Zürich entsprechen. Nach ihrer Ansicht liegt ein Verstoß gegen die Kantons- und Bundesverfassung vor. Ein Anwärter muss auf einen von total zwei dem Kreis 1 zustehenden Gemeinderatssitzen einen Drittel (33%) aller Stimmen auf sich vereinen. 34% der Stimmen im Kreis 1 haben keinen Einfluss auf die Wahl (Quorum). Dies im Gegensatz z.B. zum Kreis 11 der Stadt Zürich, wo ein Anwärter nur gerade 5% der Stimmen braucht, um gewählt zu werden. Das Bundesgericht erkennt eine Verletzung der „Erfolgswertgleichheit“ durch ein ungleiches Gewicht der Stimmen. Dies ist nicht vereinbar mit dem Demokratiegebot. Die abgegebenen Stimmen sollen gleich gewichtet werden, weswegen die Stadt Zürich bis zu den Wahlen 2006 eine Änderung der Einteilung der Wahlkreise vorzunehmen hatte. (BGE 129 I 185 ff.).

Demokratie basiert auf dem Gedanken der Volkssouveränität: Alle staatliche Macht gründet auf dem Willen des Volkes. Das demokratische Element äussert sich dabei in einer Vorrangstellung des Volkes gegenüber staatlichen Behörden und zudem in Teilnahmerechten der Bürger an der Willensbildung im Staat durch:

- unmittelbare Entscheidung über Sachfragen - demokratische oder direktdemokratische Form;
- Wahl der Behörden, die anstelle des Volkes für das Volk entscheiden - repräsentative Form.

Nachfolgend eine Auswahl an Verfassungsnormen:

Art. 148 Abs. 1 BV: «Die Bundesversammlung übt unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste Gewalt im Bund aus.»

Art. 20 Abs. 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949: «Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.»

Art. 1 Abs. 2 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993: «Die Staatsgewalt beruht auf dem Volk.»

§ 2 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 2. Dezember 1989: «Die Souveränität, soweit sie dem Kanton nach der Bundesverfassung zukommt, beruht auf der Gesamtheit der Stimmberechtigten.»

Art. 2 Verfassung der Republik und des Kantons Jura vom 20. März 1977: «Die Souveränität steht dem Volk zu, das sie unmittelbar oder durch seine Vertreter ausübt.»

Art. 1 Abs. 3 Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 27. Februar 2005: «Die Staatsgewalt beruht auf dem Volk. Sie wird von den Stimmberechtigten und den Behörden ausgeübt.»

Konkreter Ausdruck des demokratischen Elements sind die politischen Rechte (Stimm- und Wahlrecht) des Volkes, aber auch Teilhabemöglichkeiten interessierter Gruppen und Einzelner.

Die aktuellen Vorstellungen von Demokratie gehen von der Notwendigkeit aus, dass ein grosser Teil der staatlichen Entscheidungen durch Repräsentationsorgane getroffen wird. Sowohl bei Entscheidungen dieser Organe als auch bei denjenigen, die das Volk fällen kann, muss das Mehrheitsprinzip gelten.

Die Legitimation der Entscheidungen der Repräsentanten wird durch periodische Wahlen erreicht. Behörden, die nicht vom Volk gewählt werden, erlangen ihre Legitimation mittelbar dadurch, dass sie ihr Amt auf demokratisch gewählte Behörden zurückführen können. So ist auch die Regierung und sind die Einheiten der Verwaltung demokratisch abgestützt.

Die Repräsentation ist gegenüber dem direkt entscheidenden Volk mehrfach begründbar (Überschaubarkeit des Entscheidungskörpers und Kontrollierbarkeit durch die Öffentlichkeit mit Korrekturmöglichkeiten).

Wenn wir die Demokratie schweizerischer Ausprägung betrachten, müssen wir feststellen, dass die reine Demokratie sich in der Realität nicht wiederfindet: Keine Selbstbestimmung und keine umfassende Partizipation des Einzelnen; keine Selbstregierung aller und keine Betroffenenherrschaft; keine Garantie für die Richtigkeit von Entscheidungen der Mehrheit. Für sich allein genommen jedenfalls sind die Ideen nicht tragfähig.

Die Loslösung von Demokratieidealen bringt (nach **RENÉ A. RHINOW**) das Folgende hervor:

- Die Demokratie lässt sich nur teilweise und unvollständig rechtlich fassen. Das Verständnis von ihr ist immer auch abzstützen auf ausserrechtliche Elemente, nämlich auf die Ideen, die der Normierung von Demokratie zugrunde liegen, und auf die Wirklichkeit, in der die normierte Demokratie sich abspielt. *Die* Demokratie gibt es nicht, es gibt jeweils nur eine bestimmte reale Ausprägung von Demokratie, von der gesprochen wird.
- Der Demokratie liegen die Menschenwürde und die Volkssouveränität als unlösbar miteinander verbundene Werte zugrunde: Die Achtung des Individuums und die Legitimierung staatlicher Macht durch das Volk. Wichtig ist, dass dabei die Einschränkungen dieser Leitwerte bedacht werden: Probleme der Entscheidungsprozesse, geringe Beteiligung der Bürger an den Entscheidungen, Unsicherheiten über die Richtigkeit von Entscheidungen der Mehrheit usw.

Demokratie wird in einer neueren Sichtweise auch verstanden als «Diskurs über menschliche Lebensbedürfnisse» (J.P. MÜLLER) im Sinne des Aufeinander-Eingehens im Bewusstsein des Aufeinander-Angewiesenseins, an der mitmenschlichen Zusammengehörigkeit, worin Solidarität zum Ausdruck kommt.

Demokratie ist nicht ein Prinzip zur Gewährleistung von Freiheit und Gerechtigkeit. Demokratie gewährleistet Freiheit nicht einmal; sie ist keine Voraussetzung von Freiheit. Das Demokratieprinzip ist in ein Ganzes eingewoben, das auch durch Prinzipien wie Föderalismus, Sozialstaatlichkeit, Subsidiarität konstituiert wird.

§ 3 Rechtsstaat

Im demokratischen Staat ist alles Handeln des Staates an das Recht gebunden (Art. 5 Abs. 1 und 4 BV). Die Freiheit des Bürgers ist nur gewährleistet, wenn oberste Richtschnur des Staates das Recht ist. Das Recht verhindert den Deszisionismus, das unberechenbare und unkontrollierbare Staatshandeln. Zudem muss sich staatliches Handeln an bestimmten inhaltlichen Grundsätzen ausrichten (Art. 5 Abs. 2 und 3 BV).

I. Rechtsstaat im formellen Sinn

Unter einem formellen - organisatorischen und verfahrensmässigen - Gesichtspunkt wird der Rechtsstaat gekennzeichnet durch:

1. Die Gewaltenteilung

Fallbeispiel: Zwei Fakultäten der Universität Z. bieten Studierenden, die keine Lateinvorkenntnisse haben, lateinische Elementarkurse an. Bis 1996 wurden für diese Kurse keine besonderen Gebühren verlangt. Der Regierungsrat erlässt eine Verordnung, wonach ab Sommersemester 1997 neu CHF 310.-- Semestergebühren erhoben werden. Zwei betroffene Studierende erheben erfolgreich Beschwerde gegen die Gebührenerhebung, da die vom Regierungsrat erlassene Verordnung nicht auf einer genügenden formell-gesetzlichen Grundlage des Gesetzgebers beruht, der Regierungsrat demnach nicht hätte gesetzgeberisch tätig sein dürfen. (BGE 123 I 254 ff.; vgl. auch neueren Entscheid über eine Gebührenerhöhung der Uni Basel BGE 130 I 113 ff.).

Unter Gewaltenteilung ist die Dreiteilung der Staatsgewalt bzw. der Staatsfunktionen auf mehrere Träger zu verstehen. Sie ist ein organisatorisches Grundprinzip der

schweizerischen Demokratie, auch wenn sie in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich festgehalten ist. Zweck der Gewaltenteilung ist die Beschränkung und Kontrolle der staatlichen Macht.

Die organisatorische Gewaltenteilung verlangt, dass die drei Staatsfunktionen Rechtsetzung, Verwaltung bzw. Rechtsvollzug und Justiz auf drei verschiedene, voneinander unabhängige Organe übertragen werden. Jedes der drei Organe hat sich auf die Ausübung seiner zugewiesenen Funktion zu beschränken. Das Gleichgewicht der drei Gewalten wird durch die gegenseitige Gewaltenhemmung erreicht. Zwischen den drei Organen gewisse Kontrollmechanismen, die unter bestimmten Umständen zulassen, dass eine Gewalt in den Aufgabenbereich einer anderen Gewalt eingreift (vgl. Näheres zu den Kontrollmechanismen § 21).

Die personelle Gewaltenteilung verlangt, dass eine Person gleichzeitig nur einem der drei Organe der Exekutive, Legislative oder Judikative auf gleicher Staatsebene angehören darf.

Beispiel: Ein Kantonsrat darf nicht gleichzeitig Regierungsrat sein. Ein Bundesparlamentarier hingegen kann Regierungsrat sein, weil er nicht der gleichen Staatsebene angehört. Dies gilt allerdings nicht für Bundesrichter und Bundesräte, deren Ämter unvereinbar sind mit öffentlichen Ämtern auf anderen Ebenen.

2. Das Gesetzmässigkeitsprinzip (Legalitätsprinzip)

Fallbeispiel: Die „Solithurner Quoteninitiative“ verlangte eine dem Bevölkerungsanteil entsprechende Vertretung von Frauen und Männern in Parlament, Regierung und Gerichten des Kantons Solothurn. Die Initiative wurde vom Kantonsrat für ungültig erklärt wegen Verstoss gegen Bundesrecht. Das Bundesgericht stützte diesen Entscheid und erblickte in der Quotenregelung ein Abweichen vom in der BV festgehaltenen Diskriminierungsverbot. (Vgl. BGE 123 I 152 ff.: auch BGE 125 I 21 ff.).

Jeder staatliche Akt, ob allgemeiner Erlass (Gesetz, Verordnung) oder Einzelfallentscheid (Verfügung), benötigt eine Grundlage im staatlich erlassenen Recht und muss mit dem (höherrangigen) Recht übereinstimmen:

- das Recht des Gliedstaates mit dem Recht des übergeordneten Gemeinwezens;
- das Recht der Verwaltung mit den Erlassen des Gesetzgebers;
- das Landesrecht mit dem Völkerrecht.

Das Gesetzmässigkeitsprinzip stellt den Grundsatz auf, dass auch das Volk nicht alles kann, sondern an bindendes übergeordnetes Recht gebunden ist. Eine kantonale Volksinitiative kann nur im Rahmen des Bundesrechts gültig sein.

Dasselbe gilt auf der Stufe der Gemeinden gegenüber bzw. im Rahmen des übergeordneten kantonalen Rechts (BGE 111 Ia 115 E.4a S. 120, Initiative zum Schutz einer Brücke).

3. Die justizmässige Kontrolle von Staatsakten

Die Wahrung des Gesetzmässigkeits- (Rechtmässigkeits-) prinzip wird durch unabhängige Gerichte überprüft:

- Überprüfung von Einzelfallentscheiden;
- Überprüfung von Rechtssätzen auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht.

Ein Einbruch des Rechtsstaatlichkeitsprinzips zugunsten des demokratischen Elements ist in Art. 190 BV enthalten:

Art. 190 BV Massgebendes Recht: «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.»

Das Bundesgericht kann nicht prüfen, ob formelle Bundesgesetze (dem Referendum unterstehende Erlasse der Bundesversammlung) der Bundesverfassung wider- bzw. entsprechen. Dies im Gegensatz z.B. zu Deutschland. Stellt dort ein Gericht fest, dass ein Gesetz der Verfassung widerspricht, wird das Verfahren sistiert und das Bundesverfassungsgericht angerufen:

Art. 100 GG: «(1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt.»

II. Rechtsstaat im materiellen Sinn

Die Gesetze müssen mit bestimmten freiheitlichen Gehalten angefüllt sein, denn der Mensch ist, wie dies schon LOCKE vertreten hat, mit dem Recht auf Freiheit und zum Genuss seiner Rechte in Gleichheit mit anderen Menschen geboren.

1. Gewährung der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)

Fallbeispiel: Die Gemeindeversammlung von Grindelwald beschliesst 2001 ein neues Gemeinwerkreglement, das alle Grundeigentümer zu einer gleich hohen Zahlung an den Strassenunterhalt der Gemeinde verpflichtet. Das BGer hat entschieden, dass die angefochtene Regelung gegen das Gebot rechtsgleicher Behandlung verstösst, da sie innerhalb der Grundeigentümer keinerlei Differenzierungen für das Mass der Belastung vorsieht. Es geht gemäss BGer nicht an, den Eigentümer einer kleinen unüberbauten (bzw. unerschlossenen oder unüberbaubaren) Parzelle gleich stark zu belasten, wie etwa den Eigentümer eines viele Wohnungen umfassenden Mietshauses oder eines verkehrsintensiven Gewerbebetriebes. Das Reglement (Gesetz) der Gemeinde ist mit dem Rechtsgleichheitsgebot nicht vereinbar (BGE 131 I 1 vgl. auch BGE 127 I 192 E. 5).

Gesetze müssen gleiche Sachverhalte gleich behandeln, soweit die Gleichheit im betreffenden Bereich rechtlich von Bedeutung ist und sie müssen Differenzierungen treffen, soweit die Ungleichbehandlung im betreffenden Bereich rechtlich von Bedeutung ist. Ein Erlass, der rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich kein sachlicher, vernünftiger Grund anführen lässt, verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit, das gleiche gilt für einen Erlass der keine Unterscheidungen trifft, wo solche angebracht sind.

2. Schutz vor Willkür (Art. 9 BV)

Fallbeispiel: Die Gemeinde Marthalen zont vier unbebaute Grundstücke Privater von ca.1 ha Grösse aus der Bauzone aus. Dagegen belässt sie eine ihr gehörende unbebaute Fläche von 9 ha, die weiter vom Ortskern entfernt liegt, in der Bauzone. Das BGER hält dazu fest, dass es grundsätzlich im Wesen der Ortsplanung liegt, dass Zonen gebildet und irgendwo abgegrenzt werden müssen und dass Grundstücke ähnlicher Lage und ähnlicher Art bau- und zonenrechtlich völlig verschieden behandelt werden können. Die Abgrenzung darf jedoch nicht willkürlich erfolgen; sie muss sich vielmehr durch vernünftige planerische Gründe rechtfertigen lassen. Im vorliegenden Fall widerspricht die ungleiche Behandlung der betroffenen Parzellen jeder vernünftigen Planung. Es liegt demnach willkürliches Verhalten vor (BGE 107 Ib 334).

Das Willkürverbot hat umfassende Geltung für Rechtssetzung, -vollzug und -anwendung. Willkürfälle können auftreten, wenn:

- ein Erlass sinn- und zwecklos ist;
- eine offensichtliche Gesetzesverletzung, eine grob unrichtige Ermittlung des Sachverhalts oder eine Verletzung eines klaren, unumstrittenen Rechtsgrundsatzes vorliegt;
- Ermessensfehler begangen werden;
- Widersprüchlichkeit besteht;
- ein Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgedanken vorliegt.

Bei der Prüfung, ob gegen das Willkürverbot verstossen wird, wird oft das Verhältnis zwischen der angewandten Rechtsnorm und dem betreffenden Anwendungsakt betrachtet. Ein Entscheid, der mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, ist willkürlich.

3. Wahrung von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und 9 BV)

Fallbeispiel Vertrauensschutz: Ein Mitarbeiter des Konsulats in Lyon gab einem von Schweizern abstammenden Gesuchsteller Auskunft über die Frist zur Einreichung des Gesuchs um Wiedereinbürgerung. Der Gesuchsteller hielt sich nach Treu und Glauben an die Angabe, es erwies sich indes, dass er die Frist, wie das Gesetz sie regelt, verpasst hatte und er keinen Anspruch auf den Schweizer Pass mehr hatte (BGE 105 Ib 154).

Der Grundsatz von Treu und verpflichtet zu einem vertrauenswürdigen Verhalten im Rechtsverkehr. Die staatlichen Behörden und die Privaten haben in ihren Rechtsbeziehungen aufeinander Rücksicht zu nehmen. Der Vertrauensschutz ist individuelles Vertrauen: der Bürger hat Anspruch auf Schutz seines Vertrauens, das er berechtigterweise in behördliche Zusicherungen oder in sonstiges Verhalten von Behörden, das bestimmte Erwartungen begründet, gesetzt hat.

4. Gewährung der Freiheitsrechte (Art. 7 ff. BV)

In der Bundesverfassung werden seit der Revision die Grundrechte bzw. die Freiheitsrechte namentlich erwähnt. Die Bedeutung der Grundrechte für die gesamte Rechtsordnung, d.h. für Privatrecht und Verwaltungsrecht, wird in Art. 35 BV explizit festgehalten (vgl. Teil 3 hinten).

§ 4 Sozialstaat

Fallbeispiel: X. ist Sozialhilfeempfänger. Er weigert sich, am städtischen Taglohnprogramm teilzunehmen, worauf ihm die Stadt S. die Gelder um 30% kürzt und eine vollständige Einstellung der Unterstützung ankündigt, sofern sich X. weiterhin weigere an Beschäftigungs- und Integrationsmassnahmen teilzunehmen. X. ist der Meinung, dass dies nicht rechtens sei, da er gemäss Art. 12 BV ein Grundrecht auf Hilfe in der Not habe und Art. 41 BV den Staat als Sozialstaat bezeichnet. Das BGer entschied, dass Art. 12 BV nur ein Minimum erfasst, d.h. die unerlässlichen Mittel um überleben zu können. Im Sinne der Subsidiarität (Art. 6 BV) erfüllt derjenige, der objektiv in der Lage ist sich durch Aufnahme einer zumutbaren Arbeit aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel zu verschaffen, die Anspruchsvoraussetzungen nicht. Die Ausrichtung materieller Hilfe darf gemäss BGer durchaus mit der Auflage verbunden werden, an Beschäftigungsmassnahmen teilzunehmen. Bei grundsätzlicher Weigerung an solchen teilzunehmen, können die (finanziellen) Unterstützungsleistungen eingestellt werden (BGE 130 I 71 ff.).

Die einfache Gewährung von Freiheiten und der Rechtsgleichheit genügt im modernen Staat nicht mehr, um einem Bürger die Entfaltung seiner Persönlichkeit in der Gemeinschaft zu ermöglichen. Zu den Aufgaben des Staates gehört auch die Sicherung von Minimalstandards. Dies wird als notwendig erachtet, damit Freiheitsrechte und Teilhaberrechte überhaupt ausgeübt werden können.

Ausländische Staatsverfassungen kennzeichnen den Staat häufig als Sozialstaat, sie enthalten eine «Sozialstaatsklausel».

Art. 20 Abs. 1 GG: «Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.»

Art. 1 Satz 1 der Verfassung der französischen Republik vom 28. September 1958: «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.»

Ähnliches fehlt in den Verfassungen Österreichs und Italiens. Die schweizerische Bundesverfassung enthält keine allgemeine Sozialstaatsbestimmung. Dagegen weist sie in Art. 94 Abs. 2 BV eine Zielnorm auf, die als «Wohlfahrtsartikel» gilt und als Ausdruck der Sozialstaatlichkeit der Schweiz betrachtet wird:

Art. 2 BV Zweck

1 Die Schweizerische Eidgenossenschaft (...)

2 Sie fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.

3 Sie sorgt für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern.

4 (...)

Art. 94 Abs. 2 BV: Bund und Kantone «wahren die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und tragen mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung bei».

Es ist anerkannt, dass die Bestimmung nicht nur für den Wirtschaftsbereich gilt. Als blosser Zielnorm überträgt sie dem Bund keine Zuständigkeiten, ist aber mehr als eine reine Richtlinie, da sie die Behörden (Gesetzgeber und Verwaltung) verpflichtet. Schon in Art. 2 erklärt die BV die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt zu einem Zweck des Bundes.

Art. 41 BV enthält einen Katalog von Sozialzielen. Aus diesen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden (Art. 41 Abs. 4 BV).

Die Sozialstaatlichkeit der Schweiz kommt überdies in einzelnen Kompetenznormen und Gesetzgebungsaufträgen zum Ausdruck, z.B.:

Grundlage	Sozialstaatlicher Gehalt
Art. 29 Abs. 3 BV	unentgeltliche Rechtspflege bei Bedürftigkeit
Art. 119 BV	Fortpflanzungs- und Gentechnologie
Art. 62 Abs. 2 BV	unentgeltlicher Primarschulunterricht
Art. 100 BV	Konjunkturpolitik
Art. 117 BV	Kranken- und Unfallversicherung
Art. 110 BV	arbeitsrechtlicher Schutz
Art. 111, 112, 114, 116 BV	Sozialversicherung
Art. 116 BV	Schutz der Familie
Art. 108 BV	günstiger Wohnungsbau
Art. 109 BV	Mieterschutz
Art. 118 BV	Gesundheitsschutz
Art. 113 BV	berufliche Vorsorge

Die Schweiz hat den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, sog. UNO-Menschenrechtspakt I oder UNO-Sozialpakt, abgeschlossen und in New York am 16. Dezember 1966 unterzeichnet (SR 0.103.1; in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992). Damit anerkennt die Schweiz die Rechte auf Arbeit, auf soziale Sicherheit und Unterstützung, auf Gesundheit und auf Bildung. Diese Rechte sind aber nicht direkt anwend- und durchsetzbar (vgl. BGE 120 Ia 1,10 ff.; zum Typ des nicht direkt anwendbaren Staatsvertrags siehe hinten: § 18).

§ 5 Föderalismus

I. Das Prinzip der mehreren Ebenen

Das Bundesgesetz über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 bestimmt unter anderem:

Art. 1 WBG «Dieses Gesetz bezweckt den Schutz des Menschen... vor schädlichen Auswirkungen des Wassers ... (Hochwasserschutz)»;

Art. 2 WBG «Der Hochwasserschutz ist Aufgabe der Kantone»;

Art. 5 WBG «Können sich die Kantone über die erforderlichen Massnahmen oder über die Aufteilung der Kosten nicht einigen, so entscheidet der Bundesrat»;

Art. 6 WBG «Der Bund leistet im Rahmen der bewilligten Kredite Abgeltungen an die Kantone mit mittlerer und schwacher Finanzkraft»;

Art. 11 WBG «Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen»;

Art. 12 WBG «Die Kantone vollziehen dieses Gesetz, soweit nicht der Bund dafür zuständig ist».

Der föderalistische Staat (Bundesstaat) ist dadurch gekennzeichnet, dass er aus Teilen (Gliederstaaten) besteht, die in bestimmten Sachbereichen autonom sind. Das sollen Bereiche sein, die für den jeweiligen Teil angepasste Lösungen ermöglichen oder

notwendig machen. Bund, Kantone und Gemeinden sind die Teile, die im wesentlichen den schweizerischen Föderativstaat bilden.

Der Föderalismus ist in der Bundesverfassung in folgenden Bestimmungen verankert:

Artikel	Föderalistischer Inhalt
Art. 1 BV	26 Kantone bilden den Bund
Art. 3 BV	Aufteilung der Zuständigkeiten auf Bund und Kantone: «Die Kantone sind soweit autonom, als nicht der Bund durch die BV für zuständig erklärt wird.»
Art. 5a BV	Grundsatz der Subsidiarität
Art. 43a BV	Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben
Art. 195 BV	Mitwirkung der Kantone bei der Verfassungsrevision («Ständemehr»)
Art 141, 160 BV	Weitere Mitwirkungsrechte wie fakultatives Gesetzes- und Staatsvertragsreferendum sowie Standesinitiative
Art. 150 BV	Ständerat als Kammer der Kantone

II. Subsidiaritätsprinzip

Mit der Annahme der Vorlage durch Volk und Stände über die Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 28. November 2004 wurden folgende Änderungen beschlossen:

- Subsidiarität als Rechtsprinzip (Art. 5a BV);
- Grundsätze für Bundesaufgaben (Art. 43a BV);
- Aufgabentrennung (Entflechtung) Bund – Kantone in bestimmten Bereichen;
- neue Verbundaufgaben (Aufgabenbereiche, die von Bund und Kantonen finanziell gemeinsam getragen werden);
- Kantonale Zusammenarbeit: Interkantonale Verträge;
- Allgemeinverbindlicherklärung interkantonaler Verträge durch Bundesbeschluss;
- Beteiligungsverpflichtung;
- Finanz- und Lastenausgleich.

Art. 5a BV «Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.»

Das Subsidiaritätsprinzip besagt, dass Lösungen möglichst im besser überschaubaren Rahmen getroffen werden sollen, d.h. im kleinen Rahmen (Gemeinde). Erst wenn dies nicht sinnvoll ist, weil die Materie die Grenzen des (kleinen) Rahmens übersteigt, soll auf den nächstgrösseren Rahmen gegriffen werden (Kanton); dabei kann der Gegenstand selbst die Einschaltung des grösseren Verbands erfordern (Verbindungsstrassen zwischen den Gemeinden = Kantonsstrassen) oder das Interesse an der Realisierung eines Vorhabens übersteigt den Rahmen des kleinen Verbands (Abwasserreinigungsanlagen, Deponien).

Die analogen Überlegungen sind auf der Stufe des grösseren Verbands (Kantone) anzustellen: Aufgaben (und nur diese), welche die Möglichkeiten oder die Interessen der Kantone übersteigen, sind dem Bund zu übertragen.

Unter dem Titel Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben bestimmt Art. 43a BV unter anderem:

Art. 43a BV «1 Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.»

Weitere Änderungen der BV, die durch die Annahme der NFA-Vorlage erfolgten sind zu finden in:

- Art. 46 Abs. 2 und 3 BV;
- Art. 47 Abs. 2 BV;
- Art. 48 Abs. 4 und 5 BV;
- Art. 48a BV;
- Art. 135 BV.

Diese und andere durch die NFA-Vorlage tangierte Artikel der BV wurden per 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt.

III. Bund, Kantone und Gemeinden

1. Bund

Der Bund ist, staatsrechtlich betrachtet, nur Teilstaat, nämlich Zentralstaat, während die Kantone Gliedstaaten sind. Der Bund hat nur die Befugnisse, die ihm von der Bundesverfassung gegeben werden (Art. 3 BV). Er steht nicht ausnahmslos über den Kantonen, sondern nur soweit, als er kompetenzgemäss Aufgaben erfüllt und die Kantone in diesem Bereich ausgeschaltet sind.

2. Kantone

Es ist umstritten, ob die Kantone Staaten sind. Volk und Gebiet sind ihnen eigen, doch fehlt die volle Staatsgewalt im Sinn der Souveränität, d.h. der Unabhängigkeit von andern Staatswillen. Sie sind in den Bund eingebunden. Die Bundesverfassung spricht den Kantonen in Art. 3 Souveränität zu.

Art. 3 BV «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.»

Die Kantone sollen ihre Staatlichkeit beibehalten, da der Bundesstaat gerade von den Kantonen (als Staatswesen) aus entstanden ist. Art. 3 BV will dies kenntlich machen und steht nicht etwa für eine nicht denkbare Staatsallmacht der Kantone im ursprünglichen Sinn (vgl. oben §2/I. BODIN).

Die volle Staatlichkeit fehlt den Kantonen, doch haben sie staatsähnliche Stellung. Durch ihre vollständige Behördenorganisation, ihre Aufgabenautonomie und Finanzhoheit kommt den Kantonen Staatlichkeit zu. Jedenfalls sind die Kantone nicht blosse Selbstverwaltungskörper wie die Gemeinden. Sie tragen den Bund («bilden», Art. 1 BV) und für die «Abtretung von Kompetenzen an den Bund» braucht es immerhin die zustimmende Mehrheit der Kantone.

Der Bestand der Kantone wird in Art. 1 (Aufzählung der 26 Kantone) und 53 BV gewährleistet. Ihr Gebiet wird den Kantonen vom Bund garantiert (Art. 53 BV). Massgebend sind die Kantonsgrenzen beim Inkrafttreten der Bundesverfassung.

Es braucht eine Änderung der BV für:

- die Abtrennung eines Kantons vom Bund;
- die Schaffung neuer Kantone;
- die «Aufwertung» der Halbkantone;
- den Zusammenschluss von Halbkantonen oder die Teilung von Kantonen;
- Gebietsabtretungen an das Ausland.

Ausser der Annahme durch Volk und Stände bedürfen diese Bestandesänderungen der Zustimmung der betroffenen Bevölkerung und der betroffenen Kantone (Art. 53 Abs. 2 BV); diese Zustimmungen werden vor der Verfassungsabstimmung eingeholt.

Beispiel: Der Jura ist der jüngste Kanton der Schweiz. Er entstand am 1. Januar 1979 nach den erforderlichen kantonalen Urnengängen und der eidgenössischen Volksabstimmung vom 24. September 1978 durch Abspaltung vom Kanton Bern.

Gebietsveränderungen zwischen Kantonen bedürfen ebenfalls der Zustimmung der betroffenen Bevölkerung und der betroffenen Kantone. Anstelle einer Zustimmung von Volk und Ständen, ist aber nur die Genehmigung durch Bundesbeschluss der Bundesversammlung (Art. 53 Abs. 3 BV) notwendig.

Blosse Grenzberichtigungen als technische Massnahmen sind ohne Verfassungsabstimmung zulässig (durch Staatsvertrag) (Art. 53 Abs. 4 BV).

3. Gemeinden

In den Kantonsverfassungen (nicht vom Bundesrecht) wird die Gemeindeautonomie garantiert; ihre Garantie wird vom Bundesgericht angenommen.

Art. 50 Abs. 1 BV «Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet».

Art. 50 BV umschreibt keine bundesrechtliche Garantie der Gemeindeautonomie. Gemeinden sind öffentlichrechtliche Körperschaften, die auf dem öffentlichen Recht des Kantons beruhen. Von Bundesrechts wegen besteht keine Pflicht der Kantone, das Kantonsgebiet in Gemeinden aufzugliedern. Das kantonale Recht ist allein massgebend für den Bestand und die Aufgabenordnung der Gemeinden.

Die Gemeinden sind selbständige öffentlichrechtliche Gebietskörperschaften. Mitglieder sind die im Gebiet der Gemeinde wohnhaften Personen. Die Gemeinde hat juristische Persönlichkeit, was sowohl für ihre Stellung im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht gilt. Die Gemeinde zeichnet sich durch ein klar umgrenztes Gebiet und ihr zugehörige Mitglieder aus. Sodann muss sie Aufgaben in eigener Verantwortung wahrnehmen und über eigene Organe verfügen. Es gibt Gemeinden, bei denen die eigenen Organe fehlen, weil die Organe durch diejenigen anderer Gebietskörperschaften ersetzt werden wie z.B. Stadt Basel (Kanton Basel-Stadt); Gersau (SZ); Küssnacht (SZ); Einsiedeln (Bezirke).

Dennoch kommt den betreffenden Gemeinden Rechtspersönlichkeit zu, denn die Organe der übergeordneten Gebietskörperschaft handeln für die Gemeinde, wobei sie nicht eigene hoheitliche Befugnisse ausüben, sondern solche der Gemeinde.

Die Funktion der Gemeinde besteht in erster Linie darin, öffentliche Aufgaben von lokaler Bedeutung wahrzunehmen. In diesen Bereichen geniessen die Gemeinden in der Regel eine grosse Selbständigkeit und Unabhängigkeit (Gemeindeautonomie). Sie sind mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet.

Im föderalistischen Stufenbau der Schweiz nehmen die Gemeinden die unterste, dritte Stufe ein. Gemeinderecht muss daher sowohl Bundesrecht als auch kantonales Recht beachten. Im föderalistischen Staatsaufbau wendet sich das Bundesrecht i.d.R. nur an die Kantone, selten erwähnt es die Gemeinden (vgl. z.B. in Art. 2 des Raumplanungsgesetzes, in dem die Planungspflicht auf Bund, Kantone und Gemeinden verlegt wird). Alle Kantone kennen Gemeinden, allerdings auch starke Eigenheiten des Gemeinderechts. Die Gemeinden und ihre Ausstattung mit eigenen Aufgaben stellen ein Instrument der Machthemmung und damit der (vertikalen) Gewaltenteilung dar. Die Gemeinde ist kein «Staat»; ihre Rechtsordnung beruht nicht auf eigenem, sondern auf fremdem (kantonalem) Recht.

IV. Zusammenwirken Bund – Kantone

1. Entwicklung

Die Entwicklung des Föderalismus offenbart folgendes Bild:

- Stärkung des Bundes durch Vermehrung der Bundeskompetenzen;
- Verflechtung der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen;
- Zahlreiche Einflussmöglichkeiten des Bundes auf die Aufgabenerfüllung der Kantone durch finanzielle Leistungen.

2. Mitwirkung der Kantone im Bund

Die Bereiche, in denen die Kantone volle Autonomie geniessen, werden immer weniger. Die vermehrte Heranziehung der Kantone zum Vollzug von Bundesrecht («Vollzugsföderalismus») ist mit dem eigentlichen Föderalismus nicht in Einklang zu bringen. Die Grundsätze des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen im Sinne von gegenseitiger Unterstützung und Rücksichtnahme sind in Art. 44 BV erwähnt.

Art. 45 BV beinhaltet die Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes:

*Art. 45 BV «1 Die Kantone wirken nach Massgabe der Bundesverfassung an der Willensbildung des Bundes mit, insbesondere an der Rechtsetzung.
2 Der Bund informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben; er holt ihre Stellungnahmen ein, wenn ihre Interessen betroffen sind.»*

Beispiele der Mitwirkungsrechte sind folgende:

Gesetzliche Grundlage	Erläuterung
Ständemehr (Art. 140 Abs. 1 lit. a-c BV und Art. 142 Abs. 2-4 BV) - neben dem Volksmehr notwendig für die Annahme einer Volksabstimmung in Fällen des obligatorischen Referendums	Das Ständemehr ist erreicht, wenn die die Mehrheit der Kantone (Stände) zugestimmt hat. Die Kantone OW, NW, BS, BL, AI und AR haben je eine halbe Ständestimme. Es wird berücksichtigt bei: Verfassungsänderungen (Art. 195 BV) [nicht aber bei Volksabstimmungen über die Frage, ob eine Totalrevision der BV vorgenommen werden soll, vgl. Art. 193 Abs. 2 BV]; Staatsverträgen gemäss Art. 140 Abs.1 lit. b BV; dringlichen Bundesgesetzen, die sich nicht auf die Verfassung stützen (Art. 140 Abs. 1 lit. c BV).
„Standesreferendum“ (Art. 141 Abs. 1 BV) - fakultatives Referendum auf Verlangen von acht Kantonen	Kann eingesetzt werden bei: Gesetzesreferenden (Art. 141 Abs.1 lit. a BV, auch gegenüber dringlich erklärten Bundesgesetzen, lit. b); Beschlussesreferenden (Art. 141 Abs. 1 lit. c BV); Staatsvertragsreferenden (Art. 141 Abs.1 lit. d BV).
Standesinitiative (Art. 160 BV) – Antrag an Bundesversammlung	Jeder einzelne Kanton kann schriftlich eine Massnahme verlangen, zu der die Bundesversammlung kompetent ist. Lehnt diese den Antrag ab (anzuwenden ist das ordentliche Parlamentsverfahren), so ist die Sache erledigt. Es kommt nicht zu einer Volksabstimmung wie bei der Volksinitiative.
Ständeratswahlen (Art. 150 BV)	Die Ständeräte, die nach kantonalem Recht gewählt werden, vertreten im Parlament die Kantone.
Einberufung der Bundesversammlung (Art. 151 Abs. 2 BV)	1/4 des Ständerates hat die Möglichkeit, die Bundesversammlung einzuberufen.
Anhörungsrechte der Kantone (Art. 147 BV)	Gegeben im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens in Fällen der Vorbereitung wichtiger Erlasse und anderer Vorhaben von grosser Tragweite sowie bei wichtigen völkerrechtlichen Verträgen.
Mitwirkung (Art. 46 BV)	Mitwirkung der Kantone bei Umsetzung (Vollzug) von Bundesrecht

Beispiele:

Standesreferendum : Bundesrat und Parlament legen ein Steuerpaket vor, das Entlastungen in drei Bereichen vorsieht: Ehe- und Familienbesteuerung, Wohneigentumsbesteuerung sowie Stempelabgaben. Gegen dieses Paket ist von zwei Seiten (Kantone und Volk) das Referendum ergriffen worden. (vgl. Volksabstimmung vom 16. Mai 2004).

Standesinitiative: St. Galler Standesinitiative zum Agglomerationsverkehr vom 19. Mai 2004. Der Kanton St. Gallen gelangt mit einer Standesinitiative an die eidgenössischen Räte: Geld aus der Mineralölsteuer und der Nationalstrassenabgabe soll auch in den öffentlichen Verkehr und den Langsamverkehr in den Städten fliessen.

V. Kanton und Gemeinde

1. Interkantonale Zusammenarbeit

Verträge zwischen den Kantonen sind zulässig und anerkannte Rechtsquelle. Sie dürfen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen (Art. 48 Abs. 3 – 5 BV). Zulässig sind Verträge in den Berei-

chen, in denen die Kantone nach schweizerischem Recht kompetent sind. Die Kantone müssen dem Bund die Verträge zur Kenntnis bringen – eine Genehmigung hingegen erfolgt nicht.

Gemäss Art. 48a BV kann der Bund auf Antrag interessierter Kantone in Aufgabebereichen, die namentlich im Artikel aufgezählt sind (abschliessende Aufzählung), interkantonale Verträge mittels Bundesbeschluss allgemein verbindlich erklären und Kantone zur Beteiligung an interkantonalen Verträgen verpflichten.

Beispiele bestehender interkantonalen Verträge:

- ohne Umsetzungsakt in das jeweilige kantonale Recht (self-executing):
 - Vereinbarung zwischen dem Bund und den Universitätskantonen über die Zusammenarbeit im universitären Hochschulbereich vom 14. Dezember 2000 (SR 414.205);
 - Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche vom 28. Oktober 1971, (SR 281.22);
 - Viehhandelskonkordat vom 13. September 1943 (SR 916.438.5).
- mit Umsetzungsakt in das jeweilige kantonale Recht (non self-executing):
 - Konkordat über die Schulkoordination vom 29. Oktober 1970 (SR 411.9).

2. Interkommunale Zusammenarbeit

Interkommunale und regionale Formen der Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden werden vor allem in der Raumplanung immer wichtiger. Insbesondere die Themen wie Verkehrs- und Agglomerationsplanung können nicht befriedigend von den einzelnen Körperschaften gelöst werden.

a. Zweckverbände

Vielerorts werden Gemeindeverbände (kommunale Zweckverbände) gegründet, um gemeinsame Aufgaben zu lösen. Die Grundlage für diese öffentlichrechtlichen Körperschaften finden sich in den Kantonsverfassungen, den kantonalen Gemeindegesetzen oder in kantonalen Spezialgesetzen. Die gemeinsam zu erfüllenden Aufgaben können sowohl dem Autonomiebereich als auch dem Nicht-Autonomiebereich der Gemeinden zugehören.

*§ 71 KV-SZ; [100.000 SR-SZ] «Bezirke und Gemeinden können sich zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter Aufgaben zu einem öffentlichrechtlichen Zweckverband zusammenschliessen oder eine gemeinsame Anstalt betreiben.»
«Das Gesetz regelt die Voraussetzungen und die Aufsicht über die Zweckverbände.»*

§ 44 GOG-SZ; [152 100 SR-SZ] Zweckverbände der Gemeinden «1 Die Statuten des Zweckverbandes bedürfen der Zustimmung jeder beteiligten Gemeinde und der Genehmigung des Regierungsrates. Der Regierungsrat verweigert die Genehmigung, wenn die Statuten für den Austritt und die Haftung keinen genügenden Schutz des Verbandszweckes und des Verbandsvermögens gewährleisten oder Rechtssätze verletzen..»

«2 Die Zweckverbände unterstehen der Aufsicht des Regierungsrates wie die Gemeinden..»

Öffentlichrechtliche Körperschaften haben eigene Rechtspersönlichkeit und sind damit vermögens- und haftungsfähig. Mitglieder sind die einzelnen Gemeinden,

nicht die Einwohner der Gemeinden. Gemeindeverbände geniessen den Schutz der Gemeindeautonomie nicht. Häufig sind auch Gemeindeverbände, deren Mitglieder mehreren Kantonen oder sogar mehreren Staaten angehören.

Beispiele möglicher Aufgaben von Zweckverbänden: Raumplanung, Abwasserreinigung, Kehrichtverbrennung, Wasserversorgung, Verkehrsbetriebe, Spitäler, Altersheime, Schulen, Kindergärten, kulturelle Einrichtungen.

In der Regel ist der Verbandszweck eng umschrieben, d.h. auf eine bestimmte Aufgabe beschränkt. Selten sind offene Zwecksetzungen, welche die Gesamtheit der kommunalen Aufgaben umfassen können. Die Zweckverbände werden durch öffentlichrechtlichen Vertrag zwischen den Gemeinden gegründet; die Genehmigung des Kantons ist in der Regel notwendig. In der Regel ist der Beitritt freiwillig, doch kommen auch Zwangsmitgliedschaften vor.

b. Interkommunale Vereinbarungen

Unabhängig von Zweckverbänden können Gemeinden auch verwaltungsrechtliche Verträge über gemeinsame Einrichtungen der Verwaltung abschliessen. Diese interkommunalen Vereinbarungen bilden im Gegensatz zu den Zweckverbänden keine öffentlichrechtlichen Körperschaften. Es handelt sich dabei um (verwaltungsrechtliche) Verträge zwischen Gemeinden, welche die gemeinsame Errichtung oder Benutzung von Verwaltungseinrichtungen regeln, oder der einen Gemeinde die Mitbenutzung von solchen Verwaltungseinrichtungen zusichern.

Beispiele Interkommunaler Vereinbarungen: Errichtung gemeinsamer Amtsstellen, gemeinsame Anstellung von Beamten, gemeinsamer Betrieb von industriellen Unternehmen, gemeinsame Benützung von Betrieben und Gebäuden.

Gemeinden können darüber hinaus auch durch privatrechtliche Verträge gemeinsam tätig werden oder privatrechtliche Gesellschaften gründen.

§ 6 Behörden des Staates

I. Gewaltenteilung

Fallbeispiel: Das Universitätsgesetz des Kantons Basel-Stadt enthält die Bestimmung, dass der Regierungsrat Vorschriften über Zulassungsbeschränkungen zu bestimmten Fakultäten oder Lehrgebieten erlassen kann. Der Regierungsrat erlässt gestützt auf die Bestimmung eine Verordnung über die Zulassungsbeschränkung zum Studium der Medizin an der Universität Basel (Basler Numerus Clausus). Aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung ergibt sich, dass wichtige bildungs- und hochschulpolitische Entscheide wie die Einführung von Zulassungsbeschränkungen zumindest in den Grundzügen auf der Stufe des formellen Gesetzes getroffen werden müssen. Die Beschwerdeführer haben die Verordnung mit der Begründung angefochten, das Gesetz sei zu wenig bestimmt und der Regierungsrat habe damit in die Gesetzgebung eingegriffen. Das Bger entschied gegen die Beschwerde und erachtete die formellgesetzliche Grundlage als genügend. (BGE 125 I 173).

Die Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit des Staates beruht auf der Organisation von Behörden. Ausgangspunkt ist eine Vielzahl unterschiedlicher Funktionen des Staates, die von Behörden wahrgenommen werden müssen. Unterschiedliche Funktionen sollen auf verschiedenartige Behörden verteilt werden, damit die Macht des Staates gegenüber den Privaten gehemmt werden kann. Machthemmung - Vermeidung von Machtkonzentration - bedeutet Teilung der Staatsgewalt (Gewaltentei-

lung). Nach der Idee von MONTESQUIEU (vgl. oben §2/I.) wird die Staatsgewalt in drei Teile aufgetrennt: Legislative, Exekutive, Judikative.

Die Gewaltenteilung wird sowohl unter organisatorischen als auch funktionellen Gesichtspunkten betrachtet:

1. Organisatorische Gewaltenteilung

Es werden gesonderte Organe geschaffen, welche die Aufgaben Gesetzgebung, Gesetzesdurchführung, Gerichtswesen erfüllen:

- Parlament (Art. 148 ff. BV);
- Regierung/Verwaltung (Bundesrat Art. 174 ff. BV) (Regierungsrat);
- Gericht (Bundesgericht Art. 188 ff. BV).

Unter die organisatorische Gewaltenteilung kann auch die personelle Gewaltenteilung als spezielle Ausprägung gezählt werden: Niemand soll gleichzeitig mehr als einem Staatsorgan angehören (Art. 144 BV). In den Kantonen ist die personelle Gewaltenteilung nicht rein durchgeführt, soweit Angehörige der kantonalen Verwaltung (Beamte der «Exekutive») Mitglieder des Kantonsparlaments sein dürfen.

2. Funktionelle Gewaltenteilung

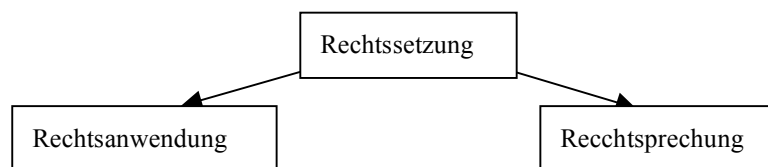
In der funktionellen Gewaltenteilung liegt nicht nur die Machthemmung begründet, sondern auch die Ausrichtung der Organe auf die Wahrnehmung ihrer spezifischen Funktionen («Spezialisierung», zweckmässige Aufgabenerledigung).

Diese Funktionen sind:

- Rechtssetzung;
- Rechtsanwendung;
- Rechtsprechung.

Die Gewaltenteilung ist ein verfassungsmässiges Recht des Bürgers (BGE 113 Ia 395 f., BGE 127 I 60, 63). Der Betroffene kann sich daher vor Bundesgericht mit dem Rechtsmittel der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips beschweren.

Funktionelle Gewaltenteilung:



II. Parlament

Beispiel: Der Bundesrat unterbreitet der Bundesversammlung, gestützt auf Art. 146 ParlG, den Bericht über die Legislaturplanung 2003-2007 zur Kenntnisnahme und den Entwurf zu einem einfachen Bundesbeschluss über die Ziele der Legislaturplanung zur Gutheissung. Gleichzeitig beantragt der Bundesrat, aufgezählte parlamentarische Vorstösse abzuschreiben (Bericht des Bundesrates über die Legislaturplanung 2003-2007 vom 25.2.2004).

1. Organisation

a. Bundesebene

Das Parlament des Bundes - die Bundesversammlung - besteht aus zwei Kammern («Zweikammersystem»), dem Nationalrat und dem Ständerat (Art. 148 Abs. 2 BV).

Die Grundlage dieses Systems finden wir im Aufbau des Bundesstaates: Nicht nur das Volk bildet den Staat, sondern auch die Kantone (vgl. den Wortlaut von Art. 1 BV: Die 26 aufgezählten Kantone «bilden die Schweizerische Eidgenossenschaft»). Dabei stellt der Nationalrat die Vertretung des Volkes, der Ständerat die Vertretung der Kantone dar. Beide Kammern sind - anders als z.B. in Deutschland - gleichberechtigt; sie haben die gleichen Kompetenzen und die gleiche Stellung in den Beschlussverfahren.

National- und Ständerat weichen in der Zusammensetzung voneinander ab:

Nationalrat	Ständerat
200 Abgeordnete (Art. 149 Abs. 1 BV)	46 Abgeordnete (Art. 150 Abs. 1 BV)
Die Sitze werden unter den Kantonen im Verhältnis zu ihrer Wohnbevölkerung verteilt. Jeder Kanton hat Anspruch auf mindestens einen Sitz (Art. 149 Abs. 4 BV).	Jeder Kanton wählt zwei, jeder Halbkanton einen Abgeordneten (Art. 150 Abs. 2 BV).
Die Wahl der Nationalräte wird durch das Bundesrecht bestimmt: Jeder Kanton bildet einen Wahlkreis (Art. 149 Abs. 3 BV).	Die Wahl wird nach kantonalem Recht durchgeführt (Art. 150 Abs. 3 BV). Die Ständeräte müssen «gewählt», sie dürfen nicht von den Kantonsregierungen bestimmt werden. Wahlorgan ist in allen Kantonen das Volk.
Die Wahlen werden nach dem Proporzsystem in den Kantonen durchgeführt (Art. 149 Abs. 2 BV).	Mit Ausnahme des Kantons Jura erfolgt die Wahl in allen Kantonen im Majorzverfahren.
Nach Bundesrecht ist eine Beschwerde bei der Kantonsregierung einzureichen (Art. 77 Abs. 2 BPR). Gegen den Entscheid der Kantonsregierung kann nach Art. 82 lit. c, Art. 88 Abs. 1 lit. b und Art. 100 Abs. 4 BGG innert drei Tagen ab Eröffnung des Entscheids Beschwerde beim BGer geführt werden.	Eine Ständeratswahl ist gemäss kantonalem Recht bei der zuständigen kantonalen Behörde anzufechten. Gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Stimmrechtsbeschwerde Art. 82 lit. c BGG) ans BGer zulässig.

Die Geschäfte des Parlaments werden durch seine Kommissionen vorberaten (Art. 153 BV). Diese haben dadurch einen nicht zu unterschätzenden politischen Einfluss, obwohl ihnen in Gesetzgebungsangelegenheiten keine Entscheidungsbefugnisse zu-

stehen. Die Kommissionen können ständige oder spezielle sein (mit feststehendem Aufgabenbereich oder für ein Geschäft besonders ernannt).

b. Kantonsebene

In den Kantonen sind die Parlamente eingliedrig. Es gibt keine «Gemeindekammer». Die Grösse der Kantonsparlamente schwankt von 55 (Obwalden) bis 180 (Zürich).

Das Kantonsparlament wird je nach Kanton als:

- Grosser Rat (BE, LU, BS, SH, AI, GR, AG, TG, VS);
- Kantonsrat (SG, ZH, SZ, OW, ZG, SO, AR);
- Landrat (UR, NW, GL, BL);
- Grand Conseil (FR, VD, VS, NE, GE);
- Gran Consiglio (TI);
- Parlement (JU) bezeichnet.

2. Funktionsweisen des Parlamentes (Bund)

a. Kompetenzen

Die Bundesverfassung enthält mehrere Normen, welche die Zuständigkeiten des Parlaments regeln:

Kompetenzgebiete	Rechtliche Grundlage
Rechtssetzung	Verfassungsgebung (Art. 192 Abs. 2 BV). Ein besonderer Verfassungsrat ist bei einer Totalrevision der BV nicht vorgesehen, dies im Gegensatz zu den Totalrevisionen einzelner Kantone (z.B. § 54 Abs. 2 KV BS; § 144 Abs. 2 KV BL; § 123 Abs. 2 KV AG); das Verfahren der Verfassungsgebung im Parlament ist dasjenige der Gesetzgebung. Gesetzgebung (Art. 164/165 BV; vgl. auch Art. 22 ParlG).
Völkerrechtliche Verträge	Genehmigungskompetenz (Art. 166 Abs. 2 BV; Art. 24 Abs. 2 ParlG)
Wahlkompetenzen	Wahl von Bundesbehörden (Art. 168 BV)
Finanzkompetenzen	Voranschlag (Art. 167 BV); Ausgaben (Art. 167 BV); Abnahme der Staatsrechnung (Art. 167 BV).
Aufgaben im Rahmen der Bundesgarantien gegenüber den Kantonen	Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2, 172 Abs. 2 BV); Genehmigung von Verträgen der Kantone unter sich und mit dem Ausland (Art. 172 Abs. 3 BV); Eidgenössische Intervention (Art. 52 Abs. 2, 173 Abs. 1 lit. b BV); Bundesaufsicht und -exekution (Art. 49 Abs. 2, 173 Abs. 1 lit. e BV).
Verwaltungsaufgaben	Amnestie und Begnadigung (Art. 173 Abs. 1 lit. k BV)
Aussenpolitische Kompetenzen	Genehmigung von Staatsverträgen (Art. 166 Abs. 2 BV); Anordnung des Aktivdienstes (Art. 173 Abs. 1 lit. d BV); Äussere Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität (Art. 173 Abs. 1 lit. a BV).
Kontrollkompetenzen Oberaufsicht über Bundesrat und Bundesverwaltung (Art. 169 BV):	Kontrolle der allgemeinen Geschäftsführung i.S.v. nachträglicher Kontrolle abgeschlossener Geschäfte; Finanzkontrolle (Art. 169 BV, implizit); Kontrolle des Finanzgebarens welche zu einem guten Teil ausgestaltet ist als begleitende Kontrolle «laufender» Geschäfte; Aufsicht über das Bundesgericht in Bezug auf seine Verwaltung (Art. 169 BV).

b. Mittel der Leitung und der Kontrolle

Als Mittel stehen den Parlamentariern die folgenden Instrumente zur Verfügung:

Handlungsinstrument	Begriffserklärung
Auftrag (Art. 171 BV)	Oberbegriff der Handlungsinstrumente der Parlamentarier an den Bundesrat
Motion (Art. 120 ff. ParlG)	Auftrag an den Bundesrat, eine Vorlage (Gesetzes- oder Beschlussentwurf) zu unterbreiten oder eine Massnahme zu treffen. Zustimmung beider Räte erforderlich.
Postulat (Art. 123 f. ParlG)	Auftrag an den Bundesrat zu prüfen und darüber zu berichten, ob ein Gesetzes- oder Beschlussentwurf als sinnvoll erachtet wird.
Interpellation (Art. 125 ParlG)	Aufforderung an den Bundesrat eine mündliche Auskunft zu erteilen. Diskussion ist möglich.
Einfache Anfrage (Art. 125 ParlG)	Wie Interpellation. Die Auskunft erfolgt jedoch schriftlich und eine Diskussion ist ausgeschlossen.
Geschäftsprüfungskommissionen (Art. 52 f. ParlG)	Die GPK üben die Oberaufsicht über die Geschäftsführung mit Schwerpunkt auf den Prüfungskriterien: Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit aus.
Finanzkommissionen (Art. 50 f. ParlG)	Die FK haben die Oberaufsicht über den gesamten Finanzhaushalt inne.
Parlamentarische Untersuchungskommission (Art. 163 ff. ParlG)	Die PUK - zusammengesetzt aus Mitgliedern beider Räte - wird durch einfachen Bundesbeschluss eingesetzt für die Ermittlung von Sachverhalten und zur Beschaffung weiterer Beurteilungsgrundlagen.

c. Rechtsprechung

Früher hatte das Parlament eine viel weitere Rechtsprechungskompetenz. Das Parlament wird heute nicht mehr als geeignet betrachtet, Justizfunktionen wahrzunehmen (vgl. die Diskussionen um die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit von Volksinitiativen, auch in Bezug auf die Kantonsparlamente). Die Bundesversammlung entscheidet einzig über Einzelakte, soweit ein Bundesgesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 173 Abs. 1 lit. h BV), sowie über Zuständigkeitskonflikte zwischen den obersten Bundesbehörden (Art. 173 Abs. 1 lit. i BV). Im Vordergrund stehen bei Letzterem Kompetenzkonflikte zwischen Bundesgericht und Bundesrat. Diese werden durch die beiden betroffenen Behörden aber in aller Regel miteinander auf dem Weg des Meinungsaustausches beigelegt.

Fallbeispiel: In der Tessiner Gemeinde Cadro entbrannte in den 1980-er Jahren ein Streit darüber, ob Kruzifixe in Klassenzimmern der öffentlichen Primarschule angebracht werden dürfen. Der Bundesrat entschied nach einem Meinungsaustausch über die Zuständigkeit mit dem Bundesgericht - gestützt auf den damals gültigen Art. 73 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 VwVG - das Anbringen von Kruzifixen in allen Klassenzimmern einer öffentlichen Schule verletze die Glaubens- und Gewissensfreiheit von Art. 27 Abs. 3 aBV (neu: Art. 15 BV) nicht. Dagegen wurde Beschwerde eingereicht bei der Bundesversammlung. Nach erneutem Meinungsaustausch hob die Bundesversammlung den Entscheid des Bundesrates wegen fehlender Zuständigkeit auf und wies ihn an das Bundesgericht zurück. (Fall publiziert in ZBl 1989 (90), 19).

Entscheidungsbefugnis hat das Parlament im Zusammenhang mit der Gültigkeit zu Stande gekommener Volksinitiativen (Art. 173 Abs. 1 lit. f BV).

d. Art der Sitzungen

National- und Ständerat behandeln die Geschäfte in getrennten Sitzungen (Art. 156 BV). Nur vereinzelte Geschäfte werden in einer Sitzung der Vereinigten Bundesversammlung unter Leitung der Präsidentin bzw. des Präsidenten des Nationalrats behandelt:

- Wahlen: Bundesrat, Bundesgericht, Bundeskanzler, General (Art. 157 Abs. 1 lit. a BV);
- Begnadigungen (Art. 157 Abs. 1 lit. c BV);
- Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden (Art. 157 Abs. 1 lit. b BV).

III. Regierung und Verwaltung

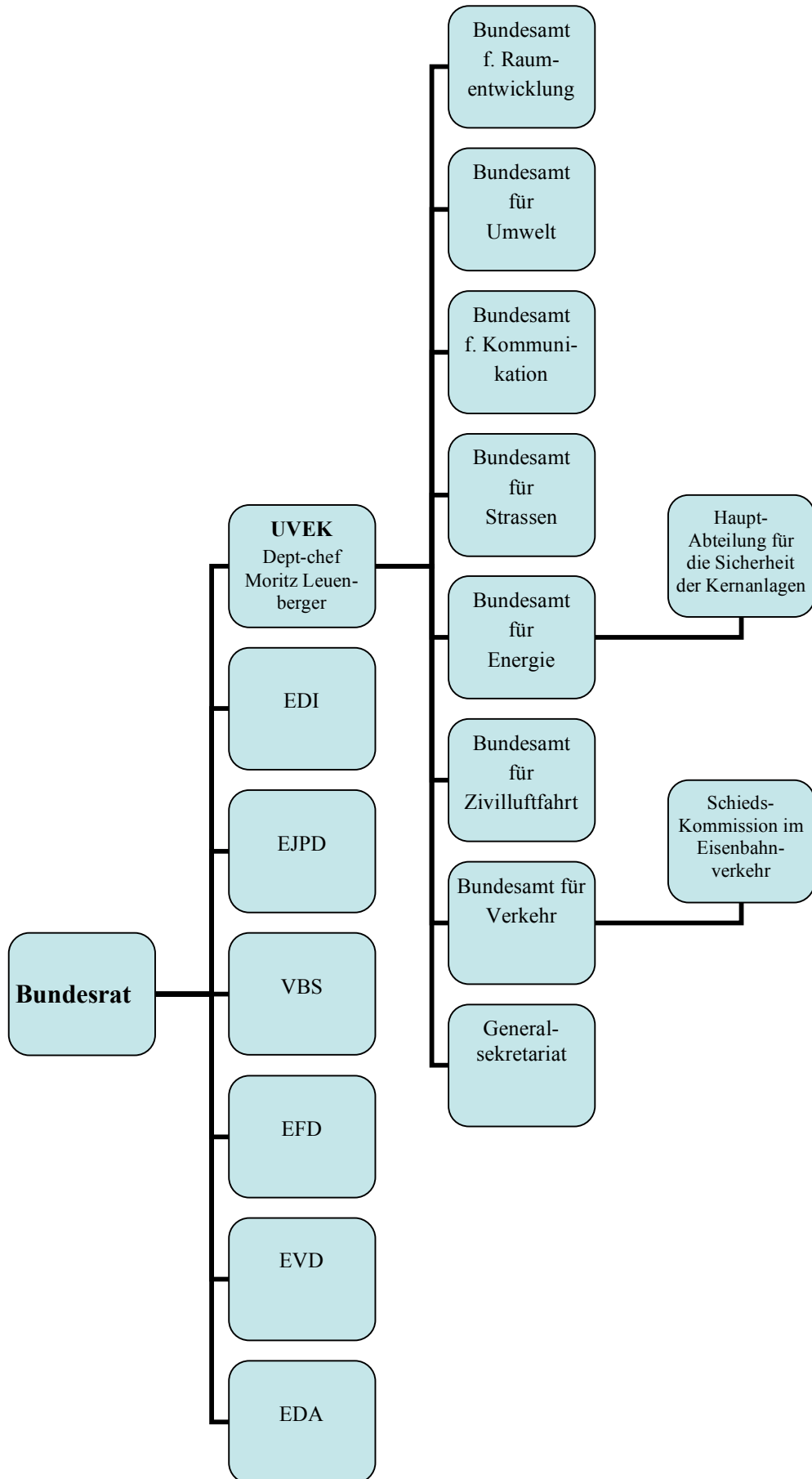
Fallbeispiel: An einer Volksabstimmung wird eine unformulierte Initiative über den Bau einer Strassenverbindung angenommen. Im Anschluss daran informiert der kantonale Regierungsrat die Öffentlichkeit in Tageszeitungen über die Wichtigkeit der Verbindung und die Notwendigkeit laufender detaillierter Information (im Hinblick auf die weitere Volksabstimmung an der ein ausgearbeitetes Projekt unterbreitet werden soll). Eine Anzahl Stimmbürger erhebt Beschwerde mit dem Ziel, die Pressekampagne des Regierungsrates zu unterbinden. Das Bundesgericht lehnte den direkten Einfluss auf das Abstimmungsergebnis ab. (BGE 121 I 252).

1. Organisation

Die Regierung als Behörde (im Gegensatz zur Regierung als Funktion) hat eine zweifache Verankerung:

- Sie ist eine in sich geschlossene Behörde mit i.d.R. 7 Mitgliedern (Bund und die meisten Kantone; 5 Mitglieder in SO, BL, SH, GR, AG, TG, TI, VS, NE, JU), von der als Gesamtbehörde die Entscheide ausgehen, die insgesamt, als Kollegium, die Verantwortung für die Erfüllung der Regierungsaufgaben trägt: Kollegialsystem (Art. 177 Abs. 1 BV);
- Zugleich steht jedes Regierungsmitglied einem Departement vor, und die Geschäfte der Regierung werden nach Departementen unter die einzelnen Mitglieder verteilt (Art. 177 Abs. 2 BV): Departementalsystem. Die Regierung ist damit die Spitze der Verwaltung. Dem Begriff der Verwaltung wird die Regierung zugerechnet.

Die Verwaltung ist hierarchisch gegliedert, wie am Beispiel des Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation auf der folgenden Seite zu erkennen ist:



Die Mitglieder des Bundesrates werden von der Bundesversammlung gewählt (Art. 175 Abs. 2 BV); diejenigen der kantonalen Regierungsräte vom Volk. Das Personal wird je nach Stellenstufe von der Regierung oder von der Departementsvorsteherin bzw. vom Departementsvorsteher gewählt.

Es bestehen zahlreiche Regeln über Unvereinbarkeiten zwischen der Mitgliedschaft zur Regierung und anderen Beschäftigungen; z.B. im Bund darf ein Mitglied des Bundesrates nicht:

- der Bundesversammlung angehören (Art. 144 Abs. 1 BV);
- eine andere Beamtung (des Bundes oder eines Kantons) bekleiden (Art. 144 Abs. 2 BV);
- einen andern Beruf oder ein Gewerbe betreiben (Art. 144 Abs. 2 BV).

Die Mitglieder der Regierungen werden auf eine bestimmte feste Amtsdauer gewählt. Eine Abberufung während der Amtsdauer ist nicht möglich. Wiederwahl ist zulässig. Die Amtsdauer beträgt i.d.R. vier Jahre (Bund: Art. 149 Abs. 2-3 und Art. 175 Abs. 2 BV).

Immunität bedeutet, dass die Mitglieder der Regierung für Äusserungen im Parlament und den Kommissionen nicht zur Rechenschaft gezogen werden können.

2. Zuständigkeiten

Nach Art. 174 BV ist der Bundesrat «die oberste leitende und vollziehende Behörde der Eidgenossenschaft». Ähnliche oder gleiche Formulierungen finden sich auch in zahlreichen Kantonsverfassungen für die Regierung (Regierungsrat, Staatsrat, Conseil d'Etat, Consiglio di Stato).

Abweichend etwa Art. 37 KV ZH («vollziehende und verwaltende Kantonalbehörde»).

a. Regierung auf Bundesstufe (als Funktion)

Funktion	Inhalt
Allgemeine Funktion	Planung und Koordination der staatlichen Tätigkeiten; Regierungstätigkeit (Art. 6 RVOG); Richtlinien, Zielsetzungen (Art. 180 Abs. 1 BV); Information der Öffentlichkeit (Art. 180 Abs. 2 BV, Art. 10 RVOG).
Innenpolitische Kompetenzen	Innere Sicherheit (Art. 185 Abs. 2 bis 4 BV); Vertretung des Bundes gegenüber den Kantonen (Art. 186 Abs. 1 BV); Berichterstattung an das Parlament (Art. 187 Abs. 1 lit. b BV).
Aussenpolitische Kompetenzen	Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 184 Abs. 1 BV); Staatsverträge (Art. 184 Abs. 2 BV); Äussere Sicherheit, Unabhängigkeit, Neutralität; Erlass von Polizeiverordnungen und -verfügungen (Art. 185 Abs. 1 und 3 BV), auch Notverordnungen/-verfügungen genannt.

b. Verwaltung

- Umsetzung des Bundesrechts («Vollzug», Art. 182 Abs. 2 BV), aus der Position der Spitze der unterstellten, «operierenden» Verwaltung;
- Leitung/Führung der Verwaltung und Aufsicht (Art. 178 Abs. 1, 187 Abs. 1 lit. a BV, Art. 8 und 35 f. RVOG);

- Finanzhaushalt (Art. 183 BV);
- Aufsicht über die Kantone (Art. 186 Abs. 2 - 4 BV).

c. **Rechtssetzung**

aa. *Mitwirkung bei der Gesetzgebung (einschliesslich Verfassungsgebung)*

- Entwurfserstellung (Art. 181 BV, Art. 7 RVOG);
- Leitung des Vorverfahrens der Gesetzgebung (Art. 7 RVOG);
- Mitwirkung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren;
- Veröffentlichung und Inkraftsetzung der Erlasse.

bb. *Verordnungsrecht (Art. 7 RVOG)*

- Auf die Verfassung gestützte Verordnungen:
 - Generelle Vollziehungskompetenz (Art. 174 BV);
 - Polizeiverordnungen (Art. 185 Abs. 3 BV).
 - Spezielle Ermächtigungen, z.B. Art. 84 Abs. 2 Satz 2 BV, Alptransit.
- Verordnungen im Anschluss an Ermächtigungen in Gesetzen («Gesetzesdelegation»), z.B. Art. 29 USG, Stoffe; Art. 9 GSchG, Wasserqualität;
- Verordnungsrecht der Departemente (Art. 48 Abs. 1 RVOG).

cc. *Rechtsprechung*

- Entscheid über Verwaltungsbeschwerden (verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege, Art. 187 Abs. 1 lit. d BV). Art. 83 BGG enthält Gegenstände, für deren Beurteilung das Bundesgericht nicht zuständig ist. Daraus ergibt sich subsidiär die Zuständigkeit des Bundesrats. Positiv geregelt sind die Fälle in Art. 72 ff. VwVG;
- Rechtsprechungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts und anderer Instanzen, die ein Bundesgesetz als Beschwerdeinstanz bezeichnet (Art. 47 VwVG).

In den Kantonen haben die Regierungen insbesondere in den Bereichen Verwaltung und Rechtssetzung ähnliche Kompetenzen, nehmen aber weitaus bedeutendere Rechtsprechungszuständigkeiten als der Bundesrat wahr.

IV. **Gerichte**

1. **Unabhängigkeit**

Beispiel: Vom kantonalen Verwaltungsgericht ist eine Beschwerde behandelt worden, die ein Nachbar gegen einen Bauherrn erhoben hat. Der Beschwerdeführer erkennt in einem der Verwaltungsrichter den Bruder des Architekten, der für das umstrittene Bauvorhaben verantwortlich zeichnet (BGE vom 19. August 1991 i.S. B. und Kons., Basel-Stadt, nicht publiziert).

Die Gerichte sind von den beiden anderen Staatsorganen unabhängig (vgl. Art. 2 Abs. 1 BGG; Art. 97 Abs. 1 KV BE); sie sind nur dem Gesetz unterworfen. Die Unabhängigkeit betrifft die richterliche Tätigkeit, d.h. die Urteilsfällung (vgl. Art. 126 KV VD).

2. Zuständigkeit und Organisation

Beispiel: Ein Autofahrer gewährt einem Fussgänger auf dem Fussgängerstreifen den Vortritt nicht. In der Folge kommt es zu einer Streifkollision und der Fussgänger wird mittelschwer verletzt. Der Vorfall wird einerseits strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen, weil der Autofahrer eine Verkehrsregelverletzung zu verantworten hat. Darüber hinaus wird in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren darüber entschieden, ob ein Führerausweisentzug nach Art. 16 Abs. 2 SVG verfügt wird. Letztlich wird der verletzte Fussgänger bzw. dessen dafür zuständige Versicherung, haftpflichtrechtlich bzw. privatrechtlich gegen den Autofahrer vorgehen und einen Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 41 ff. OR geltend machen.

Die Gegenstände der Streiterledigung sind unterteilt in:

- Zivilrecht: Zivilgericht;
- Strafrecht: Strafgericht;
- Verwaltungsrecht: Verwaltungsgericht.

Die Gerichtsbarkeit ist in erster Linie Sache der Kantone. Sie haben die jeweiligen Gerichte in den einzelnen Rechtsbereichen einzurichten (vgl. Art. 98 - 100 KV BE). Der Kanton GL z.B. zieht Zivil- und Strafrechtspflege im gleichen Gericht, dem Kantonsgericht, zusammen (Art. 108 KV GL).

Die Organisation der Gerichte ist in Gerichtsorganisationsgesetzen festgelegt.

3. Instanzen

In Zivil- und Strafrechtsfällen ist dem erstinstanzlich urteilenden Gericht eine zweite Instanz, das Obergericht oder Appellationsgericht, nachgeschaltet, während das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Gerichtsinstanz in Verwaltungssachen i.d.R. unmittelbar an die verwaltungsinterne Rechtspflege anschliesst (vgl. dazu unten Verwaltungsgerichtsbarkeit Teil 6).

In der ersten Gerichtsinstanz werden häufig nach dem Streitwert abgestufte Gerichtsbehörden eingesetzt: Einzelrichter, Dreiergericht, Kammergericht.

Das Bundesgericht ist oberste Instanz der Rechtspflege, soweit sie in den Bereich des Bundes fällt (Art. 188 Abs. 1 BV).

4. Spezialgerichte

Teilweise werden in den Kantonen für bestimmte Gegenstände Spezialgerichte eingesetzt, wie z.B. Mietgerichte, Handelsgerichte, Arbeitsgerichte, Wirtschaftsstrafgerichte.

5. Schiedsgerichte

Von Bedeutung ist die Schiedsgerichtsbarkeit. Nicht die ordentlichen Gerichte entscheiden, sondern ein von den Parteien durch Vertrag eingesetztes Schiedsgericht, meist dreiköpfig. Auch die Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist den Parteien anheimgestellt; häufig werden Gerichtsmagistraten wenigstens für den Vorsitz bestimmt. Die Parteien haben festzulegen, ob das Urteil des Schiedsgerichts endgültig oder an ein staatliches Gericht weiterziehbar sein soll (Art. 109 Abs. 2 KV GL überlässt es dem Gesetzgeber, die Weiterziehbarkeit vorzusehen). Problem der Schiedsgerichtsbarkeit ist, dass die Urteile, häufig wegleitend, nicht an die Öffentlichkeit gelangen.

§ 7 Staatsgebiet

Beispiel: Eine private Organisation strebt mit einer kantonalen Volksinitiative die Vereinigung des Kantons mit einem Teil eines Nachbarkantons an. Art. 53 Abs. 3 BV zählt die Voraussetzungen auf, um eine Gebietsveränderung zu erwirken.

I. Einführung

Wie bereits erwähnt ist das Staatsgebiet (Territorium) der Bereich des Staates, in dem er seine Hoheitsgewalt entfalten kann (siehe oben §1). Der moderne Staat ist Territorialstaat. Er besitzt die Gebietshoheit (territoriale Souveränität) über alle Personen und Sachen, die sich im Staatsgebiet befinden. Wer sich im Staatsgebiet befindet, unterliegt der Hoheit des Staates (positive Gebietshoheit). Alle hoheitlichen Befugnisse, durch wen sie auch immer ausgeübt werden, sind auf die Hoheitsgewalt des Staates zurückzuführen (negative Gebietshoheit). Das Recht eines Staates gilt uneingeschränkt für sein ganzes Gebiet und für alle Sachverhalte, die sich auf seinem Gebiet verwirklichen (Territorialitätsprinzip). Der Staat hat kein Recht eines andern Staates zu dulden. Die Wirkung seines Rechts macht andererseits an seinen Grenzen Halt.

Gebiet bedeutet Fläche und Raum; es dehnt sich in der Vertikalen und in der Horizontalen aus und soweit sich das Staatsgebiet rechtlich ausdehnt, gilt das Recht des herrschenden Staates. Wie weit aber reicht bzw. soll die staatliche Herrschaftsmacht in der Vertikalen reichen? Als Kriterium denkbar ist das rechtliche Interesse, die Staatsgewalt in der Vertikalen auszudehnen, oder die technische Möglichkeit, Luftraum und Erdreich zu nutzen. Die Weltraumtechnik zeigt die Problematik auf: Soll das Gebiet jedes Staates unbegrenzt bis in den Weltraum reichen, oder nur das Gebiet der Staaten, die in der Lage sind, im Weltraum zu operieren, oder geht dieses Kriterium generell zu weit, soll auf den Luftraum abgestellt werden, der heute allgemein (durch Flugzeuge gewöhnlicher Bauart) nutzbar ist? In der Tiefe des Erdreichs wird dieses Problem dann praktisch, wenn der Staat ein Monopol auf unterirdische Güter begründen will, z.B. auf das für geothermische Nutzungen benötigte mineralische Tiefenwasser.

In bezug auf die Horizontale stellt sich im Falle von Staaten mit Meeranstoss die Frage, wieweit das Staatsgebiet in das Meer hinausreicht, wieweit eine äussere Begrenzung der Küstengewässer zu ziehen ist. Was ergeben sich für Konsequenzen, wenn die gemäss dem internationalen Seerechtsabkommen von 1982 geltenden 12 Seemeilen in Meerengen zu Überschneidungen der Begrenzungslinie führen? Wie ist Fremden der Durchgang zu gewähren? Die Seerechtsabkommen regeln diese Probleme. Ausser der 12 Seemeilen-Zone, die für die Bemessung des Staatsgebiets massgebend ist, wird eine besondere Wirtschaftszone von 200 Seemeilen begründet, in der die Meeranrainerstaaten das ausschliessliche Recht zur wirtschaftlichen Ausbeutung (einschliesslich des Fischfangs) haben.

In der Schweiz hat der Bund kein eigenes (bundesunmittelbares) Gebiet; alles Gebiet ist sowohl Kantons- als auch Bundesgebiet. Art. 53 BV gibt dem Kantonsgebiet einen gewissen Vorrang: Der Bund gewährleistet den Kantonen ihr Gebiet.

II. Bestand der Kantone

Der Bestand der Kantone wird in Art. 1 (Aufzählung der 26 Kantone) und 53 BV gewährleistet. Ihr Gebiet wird den Kantonen vom Bund garantiert (Art. 53 BV). Massgebend sind die Kantonsgrenzen beim Inkrafttreten der Bundesverfassung.

Es braucht eine Änderung der BV für:

- die Abtrennung eines Kantons vom Bund;
- die Schaffung neuer Kantone;
- die «Aufwertung» der Halbkantone;
- den Zusammenschluss von Halbkantonen oder die Teilung von Kantonen;
- Gebietsabtretungen an das Ausland.

Ausser der Annahme durch Volk und Stände bedürfen diese Bestandsänderungen der Zustimmung der betroffenen Bevölkerung und der betroffenen Kantone (Art. 53 Abs. 2 BV); diese Zustimmungen werden vor der Verfassungsabstimmung eingeholt.

Gebietsveränderungen zwischen Kantonen bedürfen ebenfalls der Zustimmung der betroffenen Bevölkerung und der betroffenen Kantone. Anstelle einer Zustimmung von Volk und Ständen, ist jedoch lediglich eine Genehmigung der Bundesversammlung (Art. 53 Abs. 3 BV) notwendig.

Blosse Grenzberichtigungen als technische Massnahmen sind ohne Verfassungsabstimmung zulässig (durch Staatsvertrag) (Art. 53 Abs. 4 BV).

§ 8 Volk

I. Staatsangehörigkeit und Bürgerrechte

Fallbeispiel: Im kantonalen Parlament wird eine Volksinitiative behandelt. Diese will in das kantonale Bürgerrechtsgesetz eine Bestimmung einführen, wonach das Kantonsbürgerrecht nur erwerben kann, wer wenigstens acht Jahre ununterbrochen im Kanton gewohnt hat. Der Regierungsrat ist der Auffassung, dass dieses Anliegen dem Bundesrecht widerspricht. Das rechtswidrige Initiativbegehren sei deshalb dem Volk nicht zur Abstimmung zu unterbreiten.

Die drei Bürgerrechte (Schweizer-, Kantons- und Gemeindebürgerrecht) bilden eine Einheit; es werden alle drei Bürgerrechte erworben.

Das Schweizer Bürgerrecht kann verstanden werden:

- als blosser Status einer Zugehörigkeit zu einem Staatswesen, als Staatsangehörigkeit, oder darüber hinaus;
- als Geflecht von Rechten und Pflichten:
 - Ausübung der politischen Rechte (Art. 34, 39, 40, 136 BV);
 - Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV);
 - Verbot der Ausweisung (Art. 25 BV) und der Wegweisung (Art. 121 Abs. 2 BV);
 - Gleichbehandlungsgebot (Art. 37 Abs. 2 BV);
 - Wehrpflicht (Art. 59 BV).

Jeder Schweizer muss in jedem Kanton und in jeder Gemeinde wie deren Bürger behandelt werden (Art. 37 Abs. 2 BV). Das Schweizer Bürgerrecht kann von Gesetzes wegen oder durch behördlichen Entscheid erworben werden (Art. 38 BV):

Von Gesetzes wegen (Art. 1 ff. BüG):	<ul style="list-style-type: none"> ▪ durch Abstammung (Art. 1 und 2 BüG); ▪ als Findelkind (Art. 6 BüG); ▪ durch Adoption (Art. 7 BüG);
Durch behördlichen Entscheid (Art. 12 ff. BüG):	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ordentliche Einbürgerung (Art. 12 ff. BüG); ▪ Wiedereinbürgerung (Art. 18 ff. BüG); ▪ erleichterte Einbürgerung (Art. 26 ff. BüG).

Das Bürgerrechtsgesetz regelt auch die Gründe des Verlusts des Schweizer Bürgerrechts.

II. Politische Rechte

Die politischen Rechte des Bundes umfassen das Stimm- und Wahlrecht (Art. 136 Abs. 2 BV), d.h. das Recht, an den Nationalratswahlen und an eidgenössischen Abstimmungen teilzunehmen sowie Referenden und Volksinitiativen auf Bundesebene auszulösen und zu unterzeichnen. Analoges gilt in den Kantonen (die Ständeratswahlen sind kantonale Wahlen).

Stimm- und wahlberechtigt auf Bundesebene sind alle Schweizerinnen und Schweizer, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben (Art. 136 Abs. 1 BV). Ausgeschlossen vom Stimm- und Wahlrecht ist, wer wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (Art. 369 ZGB) entmündigt wurde (Art. 136 Abs. 1 BV). Das Stimm- und Wahlrecht wird am Wohnsitz ausgeübt (Art. 3 BPR). Die Stimmen werden an der Urne oder brieflich abgegeben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 8 BPR).

1. Wahl des Nationalrats (Art. 16 - 57 BPR)

Es bestehen Unvereinbarkeiten zwischen Nationalratsmandat und der Mitgliedschaft zum Ständerat, zum Bundesrat und zum Bundesgericht sowie dem Amt des Bundeskanzlers und jeder eidgenössischen Beamtung. Die Unvereinbarkeit bedeutet, dass sich der Betroffene nach der Wahl entscheiden muss, welches Amt er führen will (Art. 18 BPR).

Die Nationalratswahlen sind grundsätzlich Proportionalwahlen (Art. 149 Abs. 2 BV). In Einerwahlkreisen (in einem Wahlkreis ist nur eine Person zu wählen) ist auch Mehrheitswahl zulässig, d.h. gewählt ist, wer am meisten Stimmen erhält (Art. 47 BPR).

Die Nationalratswahlen werden von den Kantonen durchgeführt. Zunächst müssen der Kantonsregierung die Wahlvorschläge eingereicht werden. Ein Wahlvorschlag enthält höchstens so viele Namen, wie im Wahlkreis, d.h. im Kanton (Art. 149 Abs. 3 BV), Nationalräte zu wählen sind (Art. 22 BPR). Jeder Wahlvorschlag muss von einer bestimmten Anzahl Wahlberechtigter (abhängig von der Sitzzahl des Kantons) unterzeichnet sein (Art. 24 BPR). In der Folge werden die Wahlvorschläge von der Verwaltung geprüft und die Mängel behoben. Die bereinigten Wahlvorschläge heissen Listen (Art. 30 BPR).

Die Wahlberechtigten müssen die Listen spätestens 10 Tage vor dem Wahltag zugestellt erhalten haben (Art. 33 Abs. 2 BPR). Gewählt werden kann nur, wer als Kandidatin oder Kandidat auf einer Liste aufgeführt ist (Art. 35 BPR). Es ist zulässig, Kandidaten aus verschiedenen Listen in den Wahlzettel aufzunehmen (panaschieren, Art. 35 Abs. 2 BPR) oder einen Kandidaten zweimal aufzuführen (kumulieren, Art. 35 Abs. 3 BPR).

2. Referendum

Referendum bedeutet das Unterstellen eines vom Parlament verabschiedeten Erlasses unter die Volksabstimmung.

a. Obligatorisches Referendum

Die Durchführung der Volksabstimmung ist zwingend. Das gilt für (Bund):

- Verfassungsänderungen (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV);
- Dringlich erklärte Bundesgesetze, die in der BV keine Grundlage finden und deren Geltungsdauer 1 Jahr übersteigt (Art. 140 Abs. 1 lit. c BV);
- Staatsverträge, die den Beitritt zu Organisationen der kollektiven Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften beinhalten (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV).

Zur Annahme der Vorlage ist notwendig, dass jeweils die Mehrheit der Stimmenden des Landes und die Mehrheit der Stände (ob ein Kanton annimmt oder ablehnt, ergibt sich aus dem Stimmenverhältnis der im Kanton Stimmenden) zustimmen.

In den Kantonen unterliegen dem obligatorischen Referendum durchwegs die Kantonsverfassungen, in einem erheblichen Teil der Kantone darüber hinaus auch die Gesetze (z.B. § 62 KV AG), im Kanton Graubünden z.B. zudem die Wasserrechtsverleihungen (Art. 2bis KV GR).

b. Fakultatives Referendum

Die Durchführung der Volksabstimmung im Bund setzt die Sammlung von mindestens 50'000 Unterschriften von Stimmberechtigten oder das Begehren von acht Kantonen voraus. Das gilt für:

- Bundesgesetze und dringlich erklärte, über ein Jahr gültige Bundesgesetze (Art. 141 Abs. 1 lit. a und b BV);
- Staatsverträge, die:
 - unbefristet und unkündbar sind;
 - den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen;
 - wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Art. 141 Abs. 1 lit. d BV).

Die Referendumsfrist beträgt 100 Tage (Art. 59 BPR). Zur Annahme notwendig ist beim fakultativen Referendum nur das Volksmehr.

Kein Referendum besteht im Bund gegenüber Verwaltungsakten, z.B. Finanzbeschlüssen, Projektgenehmigungsbeschlüssen, dies im Gegensatz zu den Kantonen, die durchwegs das Finanzreferendum und das Verwaltungsreferendum kennen:

- Finanzreferendum, abgestuft nach der Höhe der Ausgabe und danach, ob es sich um eine einmalige oder eine wiederkehrende Ausgabe handelt.

- Verwaltungsreferendum, z.B.:
 - Beschlüsse des Parlaments betreffend Nutzungsplanung;
 - Genehmigungsbeschlüsse von Wasserrechtskonzessionen (vgl. Art. 41 Ziff. 16 KV SH; Art. 62 Abs. 1 Bst. d KV BE).

3. Volksinitiative

Eine Minderheit Stimmberechtigte kann mit einem Volksinitiativbegehren den Erlass eines Gesetzes durch den Gesetzgeber anregen. Das Begehren richtet sich im Grunde nicht an die Behörden, sondern an die Stimmberechtigten. Erst wenn die Anregung von der Mehrheit der Stimmberechtigten angenommen worden ist, handelt es sich um eine Volksinitiative an die Behörden. Mit Volksinitiativen können nur Gegenstände angeregt werden, für deren Regelung der Gesetzgeber nach der geltenden Ordnung zuständig ist.

	Bund	Kantone
Initiativarten	Nur Initiative auf Total- und Partialrevision der Verfassung ist zulässig (Art. 193 und 194 BV), nicht aber die Gesetzesinitiative. Notwendig sind die Unterschriften von mindestens 100'000 Stimmberechtigten (Art. 138 und 139 BV)	Initiative auf Total- und Partialrevision der Kantonsverfassung und die Gesetzesinitiative sind geläufig.
Rückzugsmöglichkeit	Die Möglichkeit des Rückzugs eines Initiativbegehrens ist im Bund gesetzlich vorgeschrieben. Es bedarf einer Rückzugsklausel auf den Unterschriftenbogen (Art. 68 Abs. 1 lit. c BPR; für den Rückzug braucht es den Beschluss der Mehrheit des Initiativkomitees, Art. 73 BPR).	Der Rückzug der Initiativen ist im kantonalen Recht geregelt.
Inhaltliche Voraussetzungen	<p>Einheit der Materie: Zwischen den einzelnen Teilen einer Initiative muss ein sachlicher Zusammenhang bestehen, damit die Stimmfreiheit der Stimmberechtigten gewahrt bleibt (Art. 194 Abs. 2 und 139 Abs. 2 BV; Art. 75 Abs. 1 und 2 BPR).</p> <p>Einheit der Form: Die Initiative kann nur entweder als allgemeine Anregung oder als ausgearbeiteter Entwurf gestellt sein (Art. 194 Abs. 3 und 139 Abs. 2 BV; Art. 75 Abs. 1 und 3 BPR).</p> <p>Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (Art. 193 Abs. 4, 194 Abs. 2 und 139 Abs. 2 BV).</p>	Die Voraussetzungen der Einheit der Materie und der Form gelten in gleicher Weise, darüber hinaus muss jede Initiative mit dem höherrangigen Recht, insbesondere mit dem Bundesrecht vereinbar sein
Vorprüfung	Die im Bund vorgeschriebene Vorprüfung von Initiativbegehren (Art 69 BPR) erfasst nur die in Art. 68 BPR enthaltenen Formalien, Übersetzungsfragen, die (relative) Übereinstimmung des Inhalts einer Initiative mit ihrem Titel sowie das Verbot der kommerziellen oder persönlichen Werbung und der Verwechslung.	In einzelnen Kantonen besteht demgegenüber die Vorprüfung auch in der Kontrolle der Übereinstimmung der Initiative mit materiellen Vorschriften.

4. Rechtspflege (Art. 77 ff. BPR)

Es sind verschiedene Arten von Beschwerden im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen möglich, wobei die Kantonsregierung als erste Instanz entscheidet (ihre Entscheide sind weiterziehbar an das Bundesgericht mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 lit. c BGG)):

- Stimmrechtsbeschwerde (Art. 77 Abs. 1 lit. a BPR)
 - betreffend Ausschluss vom Stimmrecht, Nichtberücksichtigung im Stimmregister, briefliche Stimmabgabe, Stimmrechtsbescheinigung.
- Abstimmungsbeschwerde (Art. 77 Abs. 1 lit. b BPR)
 - betreffend Unregelmässigkeiten in Vorbereitung und Durchführung der Abstimmung.
- Wahlbeschwerde (Art. 77 Abs. 1 lit. c BPR)
 - betreffend Unregelmässigkeiten in Vorbereitung und Durchführung der Nationalratswahlen.

§ 9 Intermediärer Bereich

I. Verbände, Parteien

1. Verbände

Interessenverbände sind von erheblicher Bedeutung für die Meinungsbildung im Staat. Sie sind wie die politischen Parteien privatrechtliche Vereinigungen; sie nehmen i.d.R. die Rechtsform des Vereins an. Interessenverbände kommen in den verschiedensten Bereichen des Lebens vor (Beispiele):

Sachbereich	Verbände
Wirtschaft	Arbeitgeberverbände, Verband der Schweizer Unternehmen (economicsuisse), Schweizerischer Volkswirtschaftsbund, kantonale Handelskammern;
	Arbeitnehmerverbände, v.a. Gewerkschaften, Angestelltenverbände;
	Schweizerischer Bauernverband.
Wohnungswesen	Hauseigentümerverbände;
	Mieterverbände.
Umwelt und Natur	World Wildlife Fund (WWF), Schweizerische Gesellschaft für Umweltschutz SGU; Verkehrsclub der Schweiz (VCS);
	Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (VLP), kantonale Naturschutzverbände;
	Schweizerischer Alpenclub (SAC);
	Tierschutzverbände.
Bauliche Denkmalpflege	Kantonale Denkmalpflegeverbände.
Technik und Wissenschaft	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein (SIA), Bund Schweizer Architekten (BSA);
	Schweizerische Vereinigung für Geothermie (SVG);
	Schweizerische Akademien der Naturwissenschaften, der Medizinischen Wissenschaften, der Geistes- und Sozialwissenschaften, der Technischen Wissenschaften.
Bildung und Kultur	Vereinigungen im Erziehungswesen;
	Sportverbände;
	Studentenschaften;
	Vereinigungen der bildenden Künste.
Soziales	Hilfswerke.

Die Interessenverbände werden namentlich im Vernehmlassungsverfahren der Gesetzgebung einbezogen (Art. 147 BV). Das Vernehmlassungsgesetz (VIG) vom 18. März 2005 führt Kreise auf, die obligatorisch zu beteiligen sind. Im Übrigen kann sich jedermann an Vernehmlassungsverfahren beteiligen.

2. Parteien

Die politischen Parteien sind in der Bundesverfassung verankert.

Art. 137 BV «Die politischen Parteien wirken an der Meinungs- und Willensbildung des Volkes mit.»

Ihr Status ist privatrechtlicher Natur (Vereine im Sinne von Art. 60 ff. ZGB) mit u.a. dem gesamtpolitischen Interesse als Vereinszweck. Sie üben wesentliche Funktionen in der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung, im politischen Prozess der Personalauslese und der Sachentscheide aus.

Die politischen Parteien erscheinen in folgenden Regelungen:

- im Vorverfahren der Gesetzgebung: Einbezug in die Vernehmlassungsverfahren zu Erlassentwürfen gemäss Art. 147 BV, Art. 4 Abs. 2 Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 (Vernehmlassungsgesetz, VIG) [SR 172.061];

- für die Wahl des Nationalrats gelten die politischen Parteien als die Träger der Listen (vgl. z.B. Art. 37 Abs. 2 BPR, Art. 39 lit. e und 40 Abs. 1 BPR: «Parteistimmen»);
- In der Bundesversammlung bilden die Mitglieder gleicher Parteizugehörigkeit aus beiden Räten eine Fraktion (Art. 61 f. ParlG).

Die politischen Parteien erhalten vom Staat keine finanziellen Beiträge. Die Rechtsordnung verlangt auch keine «innere Demokratie» der Parteien; sie lässt die Vorschriften von Art. 64 ff. ZGB über die Vereinsorganisation genügen. Entschädigungen erhalten die Fraktionen (Art. 12 Parlamentsressourcengesetz (PRG) vom 18. März 1988, [SR 171.21]; Art. 10 Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsressourcengesetz (VPRG) vom 18. März 1988, [SR 171.211]).

II. Medien

Eine wesentliche Grösse im Meinungsbildungsprozess sind die Medien. Einerseits vermitteln («mediatisieren») sie dem Volk die Verlautbarungen der Behörden, andererseits geben sie zu einem erheblichen Teil auch eigene Stellungnahmen an die Bürger ab. Die Bundesverfassung kennt eine eigentliche Medienfreiheit.

Art. 17 BV «1 Die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist gewährleistet.

2 Zensur ist verboten.

3 Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet.»

Art. 93 Abs. 1 BV überträgt dem Bund die Gesetzgebungshoheit über Radio und Fernsehen und andere Formen der öffentlichen Verbreitung von Darbietungen und Informationen. Art. 93 Abs. 3 BV gewährleistet die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen, sowie die Autonomie in der Programmgestaltung, wobei es sich hierbei um ein organisationsrechtliches, nicht aber ein grundrechtliches Prinzip handelt (vgl. unten Grundrecht §26/II.). Ein staatliches Monopol und/oder eine Gesetzesordnung, welche die Vielfalt der Informationsquellen beeinträchtigen könnte, sind aufgrund dieser Norm untersagt. Die Einführung einer besonderen Konzession oder Sendeerlaubnis und die Festlegung von inhaltlichen Anforderungen an die Programme sind jedoch erlaubt und dienen der Wahrung der Informationsfreiheit. Radio und Fernsehen werden u.a. verpflichtet, die Ereignisse sachgerecht darzustellen und die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck zu bringen.

III. Wirtschaft

Die Fähigkeit des Staates, die ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen, hängt wesentlich von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ab. Ihr «Wohlergehen» kann dem Staat nicht gleichgültig sein. Die Bundesverfassung stellt deshalb in Art. 94 BV wirtschaftliche Ziele auf, welche die Behörden zu beachten und in der Erfüllung jeder Staatsaufgabe verfolgen müssen:

Art. 94 BV

«1 Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

2 Sie wahren die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und tragen mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung bei.

3 Sie sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft».

Art. 94 BV ist eine Zielnorm, die dem Bund keine Kompetenzen überträgt, dem Einzelnen keine durchsetzbaren Rechte verleiht und den Bund nicht ermächtigt, von andern Verfassungsbestimmungen im Interesse der Zielerreichung abzuweichen. Die wirtschaftlichen Zielnormen enthalten aber ein verpflichtendes Programm, dass sich der Staat bei der Wahrnehmung aller (anderen) Staatsaufgaben der Optimierung der wirtschaftlichen Lage annimmt. Das kann fallweise auch Inaktivität oder wenigstens Zurückhaltung in der Ausfüllung von Handlungsspielräumen bedeuten.

Teil 2: Die Rechtsordnung

§ 10 Funktionen von Recht

Der Begriff "Recht" lässt sich nicht mittels einer allgemein anerkannten Definition fassen. Vielmehr existieren unterschiedliche - voneinander abweichende - Umschreibungen. In der Rechtswissenschaft wird der Ausdruck "Recht" einerseits für Regeln, andererseits für individuelle Ansprüche verwendet. Recht im Sinne der Regeln bezweckt eine Ordnung des menschlichen Zusammenlebens durch die Setzung von allgemeinen Normen.

I. Verhaltenssteuerung

Art. 6 Abs. 1 GSchG «Es ist untersagt, Stoffe, die Wasser verunreinigen können, mittelbar oder unmittelbar in ein Gewässer einzubringen oder sie versickern zu lassen.»

Art. 6 Abs. 1 GSchG enthält ein schlichtes **Verbot**, ein «Negativverhalten»; es wendet sich, neutral abgefasst, an alle Menschen. Das Verhalten ist trotz hoher Abstraktheit klar definiert. Probleme kann es geben, wenn gefragt wird, was das für Stoffe sind, die nicht in ein Gewässer eingebracht werden dürfen, und welche Veränderung eines Gewässers als Verunreinigung zu gelten hat. Gegenüber der ehemaligen Umschreibung im GSchG 1971 (Art. 14 Abs. 1) ist die Verhaltensregel für den Einzelnen einfacher, weil umfassender geworden; gemäss der alten Vorschrift mussten die Stoffe «geeignet» sein, das Wasser zu verunreinigen, wodurch theoretisch Eignungstests an den Stoffen hätten verlangt werden können.

«Jedermann ist verpflichtet, alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt anzuwenden, um nachteilige Einwirkungen auf die Gewässer zu vermeiden» (Art. 3 GSchG).

Art. 3 GSchG enthält ein **Gebot**, ein aktives Tun. Damit ist die Verhaltensregel spezifischer als das reine Verbot, aber gleichzeitig allgemeiner, weil die von ihm erfassten Handlungen früher ansetzen und es umfassender ausgerichtet ist. Grundsätzlich erscheint es möglich, ein Verhalten sowohl in Verbots-, als auch in Gebotsform zu steuern.

Art. 17 lit. a GSchG: «Baubewilligungen für Neu- und Umbauten dürfen nur erteilt werden, wenn im Bereich öffentlicher Kanalisationen gewährleistet ist, dass das verschmutzte Abwasser in die Kanalisation eingeleitet wird»

Mit dieser Vorschrift wird ein auf einen bestimmten Erfolg (Erstellung und Betrieb einer Baute) gerichtetes Verhalten gesteuert. Das Ziel ist, zu vermeiden, dass Bauten erstellt werden, deren Abwasserbeseitigung durch die Kanalisation nicht feststeht. Das Verhalten des Bauwilligen ist definiert: Er muss eine Baubewilligung einholen. Gleichzeitig ist, mit der gleichen Vorschrift, auch das Verhalten der Baubehörden gesteuert: Sie dürfen keinen Neu- oder Umbau dulden, für den keine Bewilligung besteht, und sie müssen ein bei ihnen eingereichtes Gesuch daraufhin überprüfen, ob das verschmutzte Abwasser in die Kanalisation eingeleitet wird. Mit der Formulierung in Art. 17 lit. a GSchG wird vermieden, dass für die Privaten und die Behörden getrennte Regeln aufgestellt werden müssen, eine Gliederung nach Adressaten der Vorschrift besteht nicht.

II. Berechenbarkeit

Geschriebenes, vom Gesetzgeber erlassenes Recht verringert Unsicherheiten sowohl über das geforderte, einzuschlagende eigene Verhalten als auch das Verhalten anderer, mit dem gerechnet werden darf oder muss. Regeln über das menschliche Verhalten machen dieses **vorhersehbar**. Das Recht steht im Dienste der Erwartungssicherheit.

Art. 22 Abs. 1 RPG: «Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.»

Die Vorschrift, dass Neubauten nur erstellt werden dürfen, wenn sie bewilligt sind, gibt dem Nachbar Gewähr, dass ein bestimmtes Verfahren durchgeführt wird, bevor die Umgebung baulich verändert wird, ein Verfahren, an dem er sich möglicherweise beteiligen kann. Dass die Vorschrift nicht ausschliesst, dass gegen sie verstossen wird (nur die Existenz der Vorschrift ermöglicht überhaupt einen Verstoss gegen sie), ändert an der Berechenbarkeit des Verhaltens nichts. Von Bedeutung wird, welche Folgen an den Verstoss geknüpft werden.

III. Verbindlichkeit

Die Berechenbarkeit des Rechts ist nur gewährleistet, wenn die Regeln von allen, an die sie sich richten, befolgt werden. Die Regeln sind nur Rechtsregeln, wenn ihnen Verbindlichkeit anhaftet. Unverbindliche Regeln sind keine Rechtsregeln. Die Berechenbarkeit des Rechts bezieht sich bezüglich Verbindlichkeit auf seine Befolgung. Es muss damit gerechnet werden können, dass Rechtsregeln beachtet werden.

Art. 9 Abs. 1 RPG: «Richtpläne sind für die Behörden verbindlich.»

Art. 21 Abs. 1 RPG: «Nutzungspläne sind für jedermann verbindlich.»

Art. 31 Abs. 1 GSchG: «Bei Wasserentnahmen aus Fliessgewässern mit ständiger Wasserführung muss die Restwassermenge mindestens betragen: ... für 2'500 l/s Abflussmenge Q347 900 l/s ...»

Die Richtpläne haben nicht eine eingeschränkte Verbindlichkeit im Vergleich zu den Nutzungsplänen. Eingeschränkt ist nur der Kreis der Adressaten, die verpflichtet werden sollen: Die Richtpläne richten sich nur an Behörden. Beide Vorschriften sind in gleicher Weise verbindlich. Die Bestimmung über die Restwassermenge ist indessen direkt auf ein Projekt umsetzbar; ist die Abflussmenge des Gewässers im konkreten Fall ermittelt, so lässt sich dem Gesetz selbst entnehmen, welche Menge an Restwasser unterhalb der Entnahmestelle im Flussbett mindestens zu belassen ist.

Anders die Vorschrift über den Schutz der Fischerei. Für den Kraftwerkverantwortlichen bietet das Gesetz keine konkreten Hinweise auf die Art der Schutzmassnahmen:

Art. 23 WRG: «Die Werkbesitzer sind verpflichtet, zum Schutze der Fischerei die geeigneten Einrichtungen zu erstellen ...»

Nur das Ziel (Schutz der Fischerei) ist normiert sowie die Pflicht des Kraftwerkbesitzers, dafür etwas zu tun. Bei solchen Vorschriften wird die Festlegung der Massnahmen auf eine weitere Ebene verschoben. Die Bildung von Recht ist abgestuft, liegt nicht allein beim Gesetzgeber. Es braucht einen weiteren rechtsschöpferischen Akt auf einer «unteren» Ebene. Diese kann beim Werkbesitzer und bei der Baube-

willigungsbehörde liegen; es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass durch den Verordnungsgeber die Anforderungen an die Schutzeinrichtungen in allgemeiner Weise festgelegt werden. Die Verbindlichkeit solcher **finaler** (zweckgesteuerter) **Gesetzesbestimmungen** ist eine vollständige, ungebrochene, lediglich die Inhaltsgebung wird gewissermassen mehrstufig realisiert.

Wegleitungen, Empfehlungen und dergleichen sind **nicht verbindlich** im rechtlichen Sinn und deshalb keine genügende Grundlage, ein Verhalten erwartbar zu machen. Sie haben nicht den Charakter von Rechtsvorschriften. Richtlinien und Wegleitungen haben aber häufig den Anschein der Richtigkeit für sich. Sie sollen befolgt werden, doch steht der Nachweis offen, dass Anderes richtiger ist.

Beispiel: Die **Wegleitung** des Bundesamts für Landwirtschaft und des Bundesamts für Umwelt für den Gewässerschutz bei der Entwässerung von Verkehrswegen 2002.

Beispiel: Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 ist eine **Empfehlung** der Generalversammlung der UNO. Sie wird in der Präambel als das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal bezeichnet.

IV. Durchsetzbarkeit

Das Recht zeichnet sich in besonderem Mass dadurch aus, dass es zwangsweise, gegen den Willen der Betroffenen, durchgesetzt werden kann. Die Einhaltung der Regeln wird durch Zwang abgesichert. Durchsetzung verlangt nach Erkennbarkeit von Verstössen gegen das Recht. Der Gesetzgeber, der Verhalten vorschreibt, das nicht oder nur mit grossem Aufwand überprüft werden kann, riskiert ein Scheitern seiner Regelung.

Art. 10 TVA: «Inhaber von Abfällen dürfen diese nicht mit andern Abfällen oder mit Zuschlagstoffen vermischen, wenn dies in erster Linie dazu dient, den Schadstoffgehalt der Abfälle durch Verdünnen herabzusetzen, um Vorschriften über die Abgabe, die Verwertung oder die Ablagerung einzuhalten.»

Bei Art. 10 TVA können sich zwei Fragen der Durchsetzung stellen: Kann die Vermischung der Abfälle überprüft und festgestellt werden? Kann das subjektive Element der Absicht, eine Vorschrift zu umgehen, im Einzelfall hinreichend herausgestellt werden?

Wieweit ist die (lückenlose?) Durchsetzung Bedingung von Recht? Praxis und Lehre verlangen nur die Durchsetzbarkeit, d.h. auf Seiten der Behörden muss eine allgemeine Durchsetzungschance bestehen. Aus technischen, personellen oder finanziellen Gründen nur schwer durchsetzbare Vorschriften verlieren ihren Rechtscharakter nicht. Die letztlich doch mögliche Durchsetzung ist massgebend; sie wirkt vorbeugend, hilft Rechtsverletzungen vermeiden und damit auch den Einsatz von Zwang. Zwang kann auch zu spät kommen und dient dann nicht mehr direkt der Realisierung des Rechts. Das ist so bei den Strafen; sie stellen Zwangsmittel der indirekten Rechtsbefolgung dar. Wer wassergefährdende Stoffe ins Erdreich versickern lässt, verstösst gegen eine rechtliche Regel, was die Bestrafung mit Gefängnis oder Busse nach sich zieht (Art. 70 Abs. 1 lit. a GSchG). Darin liegt eine unvollkommene Durchsetzungschance, denn die Hauptregel, die Vermeidung einer Gewässerverschmutzung, ist und bleibt verletzt; aber die Strafe wirkt präventiv, sie vermag mögliche Verschmutzer davon abzuhalten, gegen die Rechtsnorm zu verstossen.

Die Durchsetzung von Rechtsvorschriften setzt nicht einen Verstoß gegen eine Vorschrift voraus. Das Enteignungsrecht dient der Durchsetzung von Massnahmen, die im öffentlichen Interesse liegen und anders als durch zwangsweisen Eigentumsübergang nicht realisiert werden können; auf ein (Fehl-)Verhalten betroffener Privater kommt es nicht an. In ähnlicher Weise dient die zwangsweise Bildung einer Genossenschaft von Wasserkraftnutzern (Art. 36 WRG) einer zweckmässigen und kostengünstigen Nutzung der Wasserkraft; eine vorgängige Weigerung von Nutzungsberechtigten, sich (gemäss Art. 34 WRG) freiwillig zu einer Genossenschaft zusammenzuschliessen, stellt keine Rechtsverletzung dar.

Der Zwang zur Durchsetzung des Rechts ist selbst auch rechtlich geordnet. Er wird durch das Recht im voraus institutionalisiert:

- Es werden Institutionen geschaffen, die allein für die Durchsetzung des Rechts zuständig sind;
- diese Institutionen sind solche des Staates, damit prinzipiell «konflikt-extern»;
- das Verfahren der Durchsetzung wird festgelegt;
- die Massnahme, die gegenüber einer Rechtsverletzung getroffen werden muss, wird, jedenfalls als Kategorie, bestimmt. Welches die konkrete Massnahme in einem Einzelfall ist, muss und kann dabei noch offen sein.

Typen von Normen, welche die Rechtsdurchsetzung veranlassen:

Normtyp	Beispiele
Bestimmte	Ein schwerer Verstoß gegen eine Wasserrechtskonzession hat den Hinfall der Konzession («Verwirkung des verliehenen Rechts») zur Folge (Art. 65 WRG).
Offene	Mit welchen Mitteln eine konkrete Umweltbelastung eingeschränkt werden soll, wird mit der Gewährung eines Spielraums der Beurteilung im Einzelfall überlassen (Art. 13 USG).

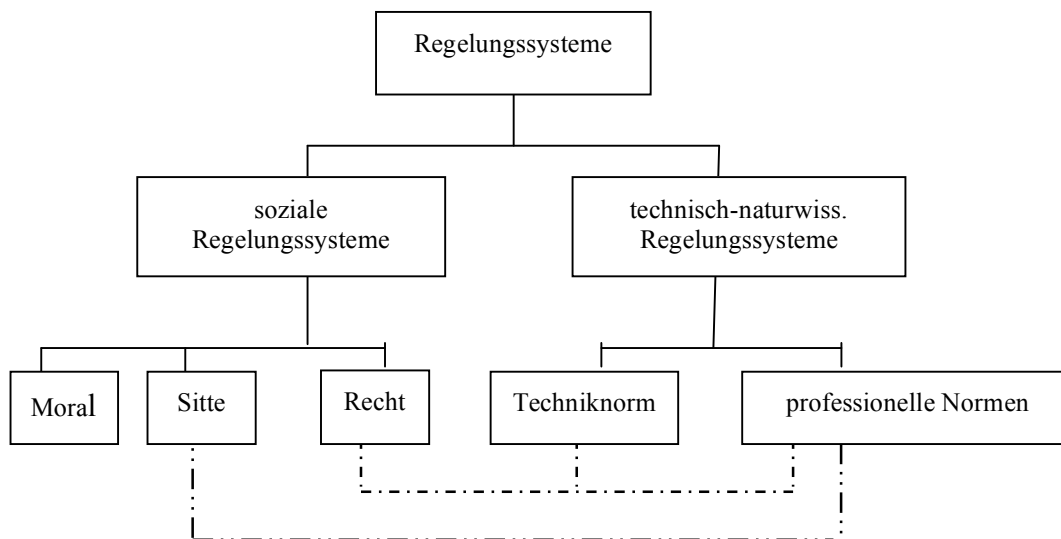
V. Weitere Funktionen

Neben den soeben erläuterten werden dem Recht noch weitere Funktionen zugeschrieben:

- Entlastung des Einzelfallentscheidungs;
- Freiheitssicherung;
- Integration;
- Interessenausgleich;
- Gleichheit;
- Gerechtigkeit.

§ 11 Regelungssysteme

Die Rechtsordnung ist nicht die einzige Ordnung, die Regeln aufstellt, deren Befolgung erwartet wird (normative Ordnung). Auf der sozialen Seite können wir beispielsweise Sitte und Moral, auf der technischen Seite Techniknormen und professionelle Normen unterscheiden.



I. Sitte

Viele Aspekte des täglichen Lebens sind nicht durch das Gesetz geregelt. Auf der gesellschaftlichen Ebene gelten auch Sitten und Bräuche, die nicht durch staatliche Institutionen gesetzt und durchgesetzt werden. Diese so genannten Sozialnormen kennen ein Sanktionensystem wie z.B. Umgangsformen, bestimmte gesetzlich nicht geregelte Verhaltensweisen im Strassenverkehr. Sanktionen können von Zurechtweisungen über gesellschaftliche Ächtung bis zu wirklichen Nachteilen wie z.B. Ausschluss vom wirtschaftlichen Wettbewerb gehen.

Beispiel: Wer vor einem Besuch eines Gotteshauses sein Handy nicht ausschaltet, so dass dieses den Gottesdienst durch den Klingelton stört, verstösst gegen die Verhaltensregeln.

Beispiel: Wie verhält es sich, wenn im Konzertsaal der Tonhalle in Zürich trotz mehrerer Hinweistafeln, dass Handys auszuschalten sind, ein Handy während eines Konzerts zu klingeln beginnt?

Das Wesen der Rechtsnormen gegenüber den Sozialnormen ist gekennzeichnet durch die Möglichkeit, dass Rechtsnormen zwangsweise durchgesetzt werden und dass ihre Geltung nicht durch blossen Wandel der Anschauungen, sondern nur mittels förmlicher Änderung - durch Aufhebung oder Ersatz durch Erlass anderer Normen - endet.

Oft ist es so, dass im Entstehen begriffene oder bereits bestehende soziale Verhaltensweisen zur Entwicklung neuer Rechtsnormen führen.

Beispiel: Das Verbrennen von Gartenabfällen, für das früher keine Regelung gestützt auf das USG bestand, ist jetzt geregelt in Art. 26a Abs. 2 lit. b LRV.

Das Recht verweist seinerseits auf bestehende Sitten.

*Art. 20 Abs. 1 OR «Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die **guten Sitten** verstösst, ist nichtig.»*

*Art. 642 Abs. 2 ZGB «Bestandteil einer Sache ist alles, was nach **der am Orte üblichen Auffassung** zu ihrem Bestande gehört...»*

Art. 699 Abs. 1 ZGB «Das Betreten von Wald und Weide ... (ist) in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet...»

Art. 740 ZGB «Der Inhalt der Wegrechte ..., ferner der Weiderechte, Holzungsrechte, Tränkerechte, Wässerungsrechte und dgl. wird, soweit sie für den einzelnen Fall nicht geordnet sind, durch das kantonale Recht und den Ortsgebrauch bestimmt.»

Art. 184 Abs. 2 OR «Sofern nicht Vereinbarung oder Übung entgegenstehen, sind Verkäufer und Käufer verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig - Zug um Zug - zu erfüllen.»

II. Moral

Bestimmt die Sitte mehr die Äusserlichkeiten von Verhalten, so leitet die Moral die Handlungen ausgehend von der inneren Einstellung und Überzeugung, von der Gesinnung her. Moral (oft auch als Sittlichkeit bezeichnet) ist, im Gegensatz zur Sitte, wertend, auf das Gute bedacht.

Die Moral ist normativ, enthält Vorstellungen über das Sollen, damit weist sie starke Berührungen zum Recht auf. Der gemeinsame normative Charakter von Recht und Moral lässt viele Differenzierungsmerkmale, die verschiedentlich als wesentlich erachtet wurden, in den Hintergrund treten:

Moral	Recht
Innerer Wert	Äusserer Wert
Gewissen als Ansporn zum richtigen Verhalten	Zwang als Ansporn zu richtigem Verhalten
Moral als selbstgegebene Ordnung	Recht als fremdgegebene Ordnung jedes Menschen

Wichtigstes Merkmal der Moral ist die Hervorhebung der Beweggründe, die das Verhalten eines Menschen leiten. Das ist aber auch dem Recht nicht unbekannt. Das Einbringen fester Stoffe in einen See ohne Bewilligung ist strafbar (Art. 70 Abs. 1 Bst. f GSchG). Für die Beurteilung der konkreten Strafbarkeit, somit für die Zumesung der Strafe ist es wesentlich, aus welchen Gründen (inneren Motiven, Gesinnung, Bösgläubigkeit, Gutgläubigkeit) der Täter keine Bewilligung nachgesucht hat. Massgebend ist zudem, ob das Vergehen vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist.

Auch im Strafrecht spielen die Beweggründe in Form der subjektiven Vorwerfbarkeit eine wichtige Rolle.

Grundsätze der Rechtsordnung stellen umfassende Rezeptionen moralischer Regeln dar: Das Prinzip des Vertrauensschutzes, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das Prinzip der Rechtssicherheit, das Willkürverbot, das Gebot der Gleichbehandlung, das Diskriminierungsverbot sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip.

In vielen anderen Rechtsgebieten sind die Beweggründe dagegen rechtlich nicht von Belang, solange die Rechtsregeln eingehalten werden. So sind z.B. organisatorische Vorschriften, Strassenverkehrsregeln und Beschwerdefristen sittlich und moralisch neutral. Weshalb sich der Mensch ans Recht hält, ist für die Rechtsordnung belanglos. Diese Feststellung markiert indessen nur das Verhältnis von Recht und Moral.

Für die Entwicklung des Rechts mag es nämlich durchaus wichtig sein, weshalb Recht befolgt wird.

III. Rechtsnormen

Rechtsnormen haben wie erwähnt einen normativen Charakter und sind rechtsverbindlich. Sie unterscheiden sich damit z.B. von den Naturgesetzen, die deskriptiv sind. Mit anderen Worten legt Recht fest, wie etwas sein soll (Sollensnorm). Ökologische, ökonomische und soziologische Gesetzmässigkeiten hingegen beschränken sich darauf, Gegebenheiten zu beschreiben, ohne auf die normative Richtigkeit einzugehen. Normative Aussagen lassen sich nicht als wahr oder falsch einstufen, denn sie enthalten eine Wertung, die man so oder anders treffen kann; deskriptive Aussagen hingegen können wahr oder falsch sein. In den Naturwissenschaften gilt z.B. die Wahrheit von Aussagen als wesentliches Kriterium der Wissenschaftlichkeit.

Rechtsnormen zeichnen sich durch die weiteren verschiedenen Merkmale aus:

- Der normativen Natur folgend müssen Rechtsnormen im voraus bekannt sein (Rückwirkungsverbot);
- Rechtsnormen sind heteronom Verbindlich, d.h. alle Personen, die der betreffenden Rechtsordnung unterworfen sind, haben diese zu befolgen, unabhängig davon, ob sie das wollen oder nicht;
- Gesetzesrecht kann in der Regel (Ausnahme z.B. Völkerrecht) zwangsweise durchgesetzt werden;
- Formell muss Recht von einem ordnungsgemäss zuständigen Organ in einem ordnungsgemässen Verfahren erlassen worden sein (formelle Legitimität);
- Gesetze sind in den meisten Fällen generell-abstrakt; d.h. sie gelten für alle Personen gleichermaßen und gelten für alle gleichartigen Sachverhalte.

IV. Technische Normen

1. Begriff

Neben den sozialen Regelungssystemen stehen die technisch-naturwissenschaftlichen Regelwerke. Als Techniknormen gelten Regeln, die den Menschen in seinem Umgang mit Gegenständen der Technik anleiten. Es sind i.d.R. geschriebene Normen, die nicht von staatlichen Behörden, sondern von (privaten) Fachorganisationen erlassen werden. Beispiele für Fachorganisationen sind der Schweizerische Ingenieur- und Architekten-Verein SIA und der Schweizerische Elektrotechnischer Verein SEV/Electrosuisse.

Erfasst werden (als «Technik» gelten) sowohl körperliche Objekte als auch Verfahren (Prozesse, Abläufe). Technische Regeln sind zu einem Teil rein naturwissenschaftlich bedingt insofern, als sie durch keine gesellschaftlich-politischen Optionen beeinflusst werden (können). Naturwissenschaftliche Axiome bringen naturwissenschaftliche Regeln hervor, die letztlich für die technische Umsetzung bedeutsam sind. Naturgesetze werden für die Herstellung von Produkten und die Entwicklung von Verfahren ausgenützt.

2. Einsatz als rechtliches Regelsystem

Erstens: Der Umfang und die Art und Weise des Technikeinsatzes bewirken Probleme der Umweltbelastung. Herstellung, Verwendung und Beseitigung der Geräte, Anlagen und Einrichtungen verlangten nach rechtlichen Regelungen. Diese und weitere Entsorgungsvorschriften vermögen die Produktion von Gegenständen zu beeinflussen, die für sich allein ohne besondere politische Bedeutung ist. Beim folgenden Beispiel ist der Nutzen einer Sache für die Gesellschaft von ausschlaggebender rechtlicher Bedeutung.

Beispiel: Herstellung und Verwendung eines Wasserzählers erscheinen als rein technische Probleme, welche die Gesellschaft nicht betreffen. Als es darum ging, dass der Wasserpreis aufgrund verbrauchter Wassermengen bezahlt werden sollte, war darüber dann doch ein gesellschaftlicher Entscheid zu treffen. Welche Mittel dafür verwendet werden, war und ist Sache der Technik und der Techniker, deren Fachwissen eingesetzt werden muss.

Zweitens: Der Gesetzgeber wählt eine Methode, mit der er technische Normen wirksam werden lassen kann; er verweist offen oder unausgesprochen auf sie. Beispielsweise normiert er, dass bestimmte, vor allem Sicherheits-Ziele erreicht werden sollen.

Art. 5 NEV

«1 Das Bundesamt für Energiewirtschaft bezeichnet ... die technischen Normen, welche geeignet sind, die grundlegenden Anforderungen (sc. an die Niederspannungserzeugnisse einer bestimmten Nennspannung) zu konkretisieren.

2 Soweit möglich bezeichnet es international harmonisierte Normen.

3 Das Bundesamt kann unabhängige schweizerische Normenorganisationen beauftragen, technische Normen zu schaffen.

4 Die bezeichneten technischen Normen werden mit Titel sowie Fundstelle im Bundesblatt veröffentlicht.»

Art. 10 Grundsatz Schall- und Laserverordnung

«1 Wer Veranstaltungen mit Laseranlagen durchführt, muss diese so einrichten und betreiben, dass:

a. die Anforderungen der technischen Leitlinie IEC5 60825-3:1995-12 über die Sicherheit von Laseranlagen eingehalten werden;

b. sie beim Publikum keine schädlichen Immissionen erzeugen.

2 Insbesondere sind:

a. die Laseranlagen der Klassen 1M, 2M, 3R, 3B und 4 mit einem einfach zu bedienenden Not-Aus-Schalter zu versehen, der die Laserstrahlung sofort beendet;

b. Laseranlagen so zu befestigen, dass sie nicht durch Ereignisse wie Publikumsbewegungen, Erschütterungen oder Windstösse verstellt werden können;

c. während einer Veranstaltung an den Laseranlagen keine Reparaturen oder sonstigen Verrichtungen wie Neueinstellungen oder Korrekturen am Strahlverlauf vorzunehmen.

3 Als schädlich gelten Immissionen, welche die maximal zulässigen Bestrahlungswerte für direkte Einwirkung von Laserstrahlen auf die Hornhaut des Auges nach der Norm IEC 60825-1:2001-08 über die Sicherheit von Laseranlagen überschreiten.

4 Als nicht schädlich gelten Immissionen von Laseranlagen, deren Laserstrahlen weder direkt noch indirekt innerhalb des Publikumsbereichs verlaufen; als solcher gilt der Raum bis 3 m oberhalb und 2,5 m seitlich der Flächen, auf denen sich das Publikum aufhalten kann.

V. Professionelle Normen

Neben dem Recht und den technischen Normen spielen die Handlungspraxis, das Know-how, die Vorstellungen, die persönlichen Bewertungen der Akteure eine wichtige Rolle in der Bewältigung technischer Probleme. Dabei kann es um gestalterische Belange gehen (z.B.: welche Qualifikationen müssen die Personen aufweisen, die eine bestimmte Arbeit verrichten müssen? Ist eine bestimmte Technik zu verwenden, weil es dafür keine Fachkräfte gibt?), um Belange des Arbeitsvorgangs (z.B. Wahl von Arbeitsschritten so, dass Nachkontrolle / Rekonstruktion möglich ist; Organisation der Gruppe; gegenseitige Unterstützung in der Arbeit), um Belange des Berufsverständnisses (z.B. richtige Einschätzung der eigenen Fähigkeiten).

Beispiel: Betreffend der Planung und Ausführung von Massnahmen zur Vorbehandlung gewerblicher Abwässer der Malereibetriebe verweist das Amt für Umwelt und Energie in Basel auf die „Interessengemeinschaft Malerabfallentsorgung der Malermeisterverbände beider Basel“.

VI. Staatliche Regulierung

Bei der Gründung des Bundesstaates 1848 beschränkte sich die staatliche Regulierung auf ein Minimum. Das 19. Jh. war das Zeitalter des Liberalismus und erst im Verlauf des 20. Jh. wurde der Ordnungsstaat durch den sozialen Wohlfahrtsstaat verdrängt. Die staatlichen Interventionen nahmen zu, indem der Bund immer mehr Aufgaben übernahm und wirtschaftspolitisch tätig wurde.

Gegen Ende des 20. Jh. setzte, nicht zuletzt infolge der Globalisierung, ein Trend hin zu Deregulierung ein. Neben der Nennung der Normen oder dem Verweis auf bestehende Regelwerke nutzt der Staat zunehmend weitere Möglichkeiten, Einfluss zu nehmen, ohne dass er dafür detailliert ausgearbeitete Gesetze präsentiert. Er tut dies mit der Veröffentlichung von Warnungen und Empfehlungen wie z.B. der «Stop-Aids»-Kampagne, der Reisehinweise des EDA oder der Warnung des Bundesamtes vor dem Verzehr bestimmter Weichkäse wegen der Gefahr von Listeriosenverseuchung (vgl. dazu BGE 118 1b 473 Fall "Vacherin Mont d'Or). Dabei stellen sich verschiedene Probleme bezüglich der Rechtsnatur solcher staatlicher Informationshandlungen.

VII. Selbstregulierung

Unter Selbstregulierung versteht man im Allgemeinen einen Prozess, der sich selber steuert, wie z.B. das Ökosystem. Der Begriff wird seit Ende des 20. Jh. vermehrt auch in den Rechtswissenschaften benutzt. Die Selbstregulierung in rechtlicher Hinsicht zeigt sich in der Schweiz am deutlichsten bei den sog. "freien" Berufen der Ärzte, Anwälte, Architekten und Ingenieure. Die Berufs- und Branchenorganisationen legen hier seit Beginn der staatlichen Rechtssetzung durch Usancen, Empfehlungen

und Ehrenkodexe die Verhaltensrichtlinien und das Standesrecht für die betreffenden Berufe oder Branchen fest.

Der Staat greift vor allem bei technisch komplexen Regelungsgebieten vermehrt auf die Möglichkeit der staatlich gesteuerten Selbstregulierung mittels dem Instrument der Rahmengesetzgebung. Er schreibt für ein bestimmtes Gebiet nur die grundsätzlichen Verhaltensweisen oder nur die Ziele fest, während die Konkretisierung und Umsetzung an Private delegiert wird (vgl. dazu auch oben unter IV. Techniknormen).

Art. 10 Grundsatz Schall- und Laserverordnung

«1 Wer Veranstaltungen mit Laseranlagen durchführt, muss diese so einrichten und betreiben, dass:

a. die Anforderungen der technischen Leitlinie IEC5 60825-3:1995-12 über die Sicherheit von Laseranlagen eingehalten werden;

b. sie beim Publikum keine schädlichen Immissionen erzeugen.

2 Insbesondere sind:

a. die Laseranlagen der Klassen 1M, 2M, 3R, 3B und 4 mit einem einfach zu bedienenden Not-Aus-Schalter zu versehen, der die Laserstrahlung sofort beendet;

b. Laseranlagen so zu befestigen, dass sie nicht durch Ereignisse wie Publikumbewegungen, Erschütterungen oder Windstösse verstellt werden können;

c. während einer Veranstaltung an den Laseranlagen keine Reparaturen oder sonstigen Verrichtungen wie Neueinstellungen oder Korrekturen am Strahlverlauf vorzunehmen.

3 Als schädlich gelten Immissionen, welche die maximal zulässigen Bestrahlungswerte für direkte Einwirkung von Laserstrahlen auf die Hornhaut des Auges nach der Norm IEC 60825-1:2001-08 über die Sicherheit von Laseranlagen überschreiten.

4 Als nicht schädlich gelten Immissionen von Laseranlagen, deren Laserstrahlen weder direkt noch indirekt innerhalb des Publikumsbereichs verlaufen; als solcher gilt der Raum bis 3 m oberhalb und 2,5 m seitlich der Flächen, auf denen sich das Publikum aufhalten kann.

§ 12 Privatrecht - öffentliches Recht

I. Bedeutung der Unterscheidung

Die schweizerische Rechtsordnung unterscheidet traditionellerweise zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht (vgl. Art. 122 BV als Kompetenznorm für das Zivilrecht zugunsten des Bundes; Art. 6 und 59 ZGB als Vorbehalte zugunsten des öffentlichen Rechts der Kantone). Das Verwaltungsrecht ist Teil des öffentlichen Rechts.

Aus der Unterscheidung ergeben sich Besonderheiten für das Verwaltungsrecht (in seiner Abgrenzung zum Privatrecht): Legalitätsprinzip, Grundrechtsbindung der Verwaltung, Verfahren, Rechtsschutz sind im öffentlichen Recht anders konzipiert als im Privatrecht.

Fallbeispiel: Der Kanton SG vereinbart mit A, dass er eine Infrastruktur für Computerkurse einrichtet. Das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) sendet A regel-

mässig arbeitslose Personen für Computerkurse. Dafür erhält er eine Vergütung pro Tag und Kursteilnehmer. Welcher Rechtsnatur ist die Vereinbarung? (BGE 128 III 250).

Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rechtswege sind getrennt, auch wenn jeweils die gleiche Sache (z.B. Nachbarschutz) betroffen ist.

II. Kriterien der Unterscheidung

Die drei nachfolgend erwähnten Theorien stellen nur Elemente dar, jede für sich unvollständig. Notwendig ist eine Kombination, kein Kriterium hat Vorrang. Es wird im Einzelfall geprüft, welches Kriterium den konkreten Verhältnissen am besten gerecht wird (BGE 128 III 250).

1. Subordinationstheorie (Subjektionstheorie)

Öffentliches Recht liegt vor, wenn der Staat als mit Hoheitsrechten ausgestattetes Gemeinwesen dem Privaten übergeordnet ist; z.B.: Enteignungsrecht (gegenüber dem privatrechtlichen Kaufrecht).

2. Interessentheorie

Öffentliches Recht liegt vor, wenn es ganz oder überwiegend der Wahrnehmung öffentlicher Interessen dient; z.B.: Ladenschlussvorschriften (gegenüber dem privatrechtlichen Arbeitsvertragsrecht).

Gemischte Normen: z.B. Abstandsvorschriften für nachbarliche Gebäude, Immissionsschutz, Zutritt zu Wald und Weide (Art. 699 ZGB).

3. Funktionstheorie

Öffentliches Recht liegt vor, wenn es die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe regelt (Verwandtschaft zur Interessentheorie); z.B. Raumplanungs- und Umweltschutzrecht.

4. Besondere Ausprägungen

Typologische Methode: Öffentliches Recht bezweckt den Schutz der schwächeren Partei.

Modale Theorie: Zuordnung nach der Zugehörigkeit der Instrumente oder Sanktionen (ist das Instrumentarium des positiven Rechts öffentlich-rechtlicher Natur, so ist auch das materielle Recht öffentlich-rechtlich, und umgekehrt).

5. Irrelevante Kriterien

Zwingender Charakter des öffentlichen Rechts; Natur des Erlasses (öffentliches Recht kann auch im ZGB enthalten sein, z.B. Grundbuch: Verantwortlichkeit und Aufsicht, Art. 955 f. ZGB); Subjektstheorie (sind die beteiligten Subjekte öffentlicher bzw. privater Natur?).

III. Privatrechtliches Handeln des Staates

Privatrechtliches Handeln des Staates ist unzulässig, wenn eine Materie abschliessend durch das öffentliche Recht geordnet ist. Fehlt eine Regelung, ist die Wahl aber auch nicht frei: Zu prüfen ist, welcher Rechtsbereich im Vordergrund steht.

Bereiche, in denen der Staat privatrechtlich handelt:

Privatrechtliches Handeln	Beispiele
Bedarfsverwaltung	Beschaffung der für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendigen Güter und Leistungen z.B.: Abschluss von Werkverträgen, Kaufverträgen.
Verwaltung des Finanzvermögens	Verwaltung der realisierbaren Aktiven des Staates z.B.: Verwaltung von Mietobjekten des Gemeinwesens.
Fiskalische Wettbewerbswirtschaft	Teilnahme am Wirtschaftsleben in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft z.B.: Betrieb einer Gastwirtschaft, Führung der Swisscom.
Teile der Leistungsverwaltung	Transportvertrag im öffentlichen Verkehr (vgl. Art. 13 TG), Energielieferungsverträge.

Zweistufentheorie, namentlich im Submissionsrecht (BGE 103 Ib 156 ff., 106 Ia 325 ff.): Die vorausgehende Willensbildung des Staates über die Aufgabenvergabe an einen Privaten ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen, der nachfolgende Vertragsschluss dem Privatrecht. Das Bundesgericht lehnt die Zweistufentheorie bei der Submission grundsätzlich ab (sofern das positive Recht sie nicht verankert).

Eine Besonderheit ist die Bindung des Staates an Grundrechte und Verfassungsgrundsätze, auch wenn er privatrechtlich handelt.

Privatrechtliche Haftung des Gemeinwesens (Art. 679 ZGB, Art. 58 OR). In der Regel ist die Staatshaftung öffentlich-rechtlich.

IV. Übernahme von privatrechtlichen Normen und Begriffen ins Verwaltungsrecht

Art der Übernahme	Beispiel
Anknüpfung an privatrechtliche Tatbestände	Grundstückkauf im Steuerrecht. Ob der Kauf gültig zustande gekommen ist, richtet sich nach privatrechtlichen Regeln auch wenn das Steuerrecht öffentlich-rechtlich ist.
Verweisung auf Normen des Privatrechts	In der Anwendung des Begriffs im Abgaberecht (Kurtaxen, Abfallgebühren) wird auf Art. 14 ZGB (Unmündigkeit) abgestellt (BVR 1994,132).
Analoge Anwendung privatrechtlicher Normen	Willensmängel bei öffentlich-rechtlichen Verträgen.

§ 13 Verfassungsrecht - Verwaltungsrecht

Das öffentliche Recht im weiteren Sinn umfasst alles Recht, das nicht Privatrecht ist. Die folgende Aufstellung ist üblich:



I. Staatsrecht

Das Staatsrecht befasst sich mit der Organisation des Staates, den Staatsaufgaben, der Staatsorganisation in vertikaler und horizontaler Hinsicht, mit dem Verfahren staatlichen Handelns sowie den materiellen Grundwerten der Rechtsordnung, insbesondere den Grundrechten und Grundpflichten der Menschen.

1. Verfassung im formellen Sinn

Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Staates. Als solche sollte sie über folgende Funktionsbereiche Aussagen enthalten:

- Organisation der staatlichen Behörden und Verfahren der staatlichen Willensbildung;

- Prinzipien der Ordnung des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft: Aufgaben des Staates und Grundrechte;
- Zielvorstellungen für das Handeln des Staates;
- BV speziell: Kompetenzen des Bundes (zur Abgrenzung zu den Kantonsbelangen).

Die Gesamtheit der Rechtsnormen, die im speziellen Verfahren der Verfassungsgebung (obligatorische Zustimmung des Parlaments und des Volkes, das heisst auf Bundesebene von Volk und Ständen) zustande gekommen und i.d.R. in der Verfassungsurkunde verankert sind. Ausserhalb der Verfassungsurkunde sind Verfassungsrecht im formellen Sinn auch die dringlichen Bundesgesetze, die sich nicht auf die Verfassung stützen können, sog. extrakonstitutionelle BG (Art.140 Abs.1 lit. c BV).

2. Verfassung im materiellen Sinn

Die Gesamtheit der Rechtsnormen, die wegen ihrer Bedeutung (inhaltlich, materiell) für die Staatsordnung Verfassungsrang geniessen sollen. Ausserhalb der Verfassungsurkunde stehendes materielles Verfassungsrecht sind z.B. die wichtigsten gesetzlichen Regeln über die politischen Rechte (BPR), über die Organisation und Funktionsweise der Gerichte (BGG) über die Bundesversammlung und deren Beziehung zum Bundesrat (Parlamentsgesetz, ParlG); in der Verfassungsurkunde verankertes, aber nicht materiellen Verfassungsrang aufweisendes Recht, sog. «nur formelles Verfassungsrecht», sind etwa die Bestimmungen über Fuss- und Wanderwege (Art. 88 BV).

II. Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht regelt das Handeln der Verwaltung auf Bundes- oder Kantonebene. Die Aufgaben des Staates, welche in der Verfassung und in Gesetzen geregelt sind, werden im Verwaltungsrecht konkretisiert. Hierarchisch steht das Verwaltungsrecht meist auf der Stufe der Gesetze und Verordnungen.

1. Allgemeines Verwaltungsrecht

Das Allgemeine Verwaltungsrecht regelt die Organisation der Verwaltung und die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungshandelns. Dazu gehören insbesondere:

- Rechtsformen des Verwaltungshandelns;
- Organisation der Verwaltung;
- Grundsätzliche Regeln für den Umgang zwischen Verwaltung und Bürger.

2. Besonderes Verwaltungsrecht

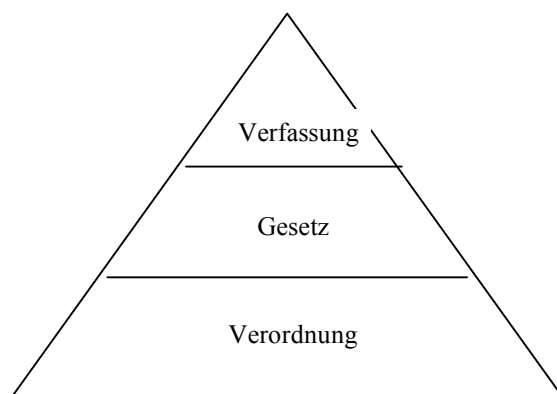
Das besondere Verwaltungsrecht regelt durch Wirtschaftslenkung, Produktionslenkung, Güterlenkung und wirtschaftspolitische Bewilligungen die einzelnen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse und stellt auf Bundesebene den grössten Teil des gesamten Rechts der Schweiz dar. Zum besonderen Verwaltungsrecht gehören u.a.:

- Planungsrecht (z.B. Raumplanungsrecht);
- Umweltschutzrecht;
- Infrastrukturrecht (Verkehrswege, Versorgungsbetriebe etc.);

- Sektorale und Regionale Strukturpolitik (Filmwesen, Förderung der Berggebiete etc.);
- Landwirtschaftsrecht;
- Wirtschaftsverwaltungsrecht.

§ 14 Rechtsquellen

Jede rechtliche Verhaltensregel ist entweder in der Verfassung, in einem Gesetz, in einer Verordnung oder einer Verfügung enthalten. Die Rechtsordnung kann als Pyramide gedacht werden, an deren Spitze sich die Verfassung befindet:



I. Verfassung

An erster Stelle der Normenhierarchie steht die Verfassung als wichtigster Teil der Rechtsordnung eines Staates.

1. Inhalt und Gliederung der Schweizerischen Bundesverfassung

Die schweizerische Bundesverfassung enthält folgende Gruppen:

Gruppe von Normen	Beispiele
Zielnormen	Art. 2 BV: Zweck des Bundes; Art. 41 BV: Sozialziele; Art. 94 Abs. 2 BV: Wohlfahrtsklausel.
Sektorielle Zielnormen	Art. 89 Abs. 1 BV: Energiepolitik; Art. 116 Abs. 1 BV: Familienschutz.
Grundrechte	Geschriebene Grundrechte, Art 7 - 34 BV (Grundrechtskatalog); Ungeschriebene Grundrechte sind solche, die durch das Bundesgericht geschaffen werden. Vor dem Inkrafttreten der neuen BV waren ungeschrieben z.B. das Recht auf Hilfe in Notlagen, die Meinungsfreiheit, die persönliche Freiheit.
Aufgaben- oder Kompetenznormen (materiale Ordnung)	z.B. Aussenpolitik (Art. 54 BV), Sicherheit (Art. 57 BV), Raumplanung (Art. 75 BV), Eisenbahnen (Art. 87 BV), Konjunkturpolitik (Art. 100 BV), Sozialversicherung (Art. 112, 114, 116, 117 BV), Post und Telekommunikation (Art. 92 BV), Steuerrecht (Art. 128 BV).

Organisations- und Verfahrensvorschriften (instrumentale Ordnung)	Bundesbehörden (Art. 143 BV); Verfahren: Wahlen (Art. 149 f. BV); Referendum (Art. 140 f. BV); Revision der Bundesverfassung (Art. 192 ff. BV).
---	---

2. Äussere Gliederung der Schweizerischen Bundesverfassung

Äusserlich gliedert sich die Bundesverfassung in folgende «Titel»:

1. Allgemeine Bestimmungen (Art. 1 -6);
2. Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele (Art. 7 -41);
3. Bund, Kantone und Gemeinden (Art. 42 -135);
4. Volk und Stände (Art. 136 -142);
5. Bundesbehörden (Art. 143 -191a);
6. Revision der Bundesverfassung und Übergangbestimmungen (Art. 192 -196).

3. Die Kantonsverfassung

Die Bundesversammlung muss die Kantonsverfassungen (und alle Änderungen) gewährleisten, d.h. daraufhin überprüfen, ob sie nicht dem Bundesrecht widersprechen und ob sie einen gewissen Standard an politischer Struktur einhalten (Art. 51 BV).

Art. 51 BV

«1 Jeder Kanton gibt sich eine demokratische Verfassung. Diese bedarf der Zustimmung des Volkes und muss revidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt.

2 Die Kantonsverfassungen bedürfen der Gewährleistung des Bundes. Der Bund gewährleistet sie, wenn sie dem Bundesrecht nicht widersprechen.»

Die Gewährleistung wird in die Form des einfachen Bundesbeschlusses gekleidet. Sie hat nur deklaratorische Wirkung, weil sie nur feststellt, dass die Kantonsverfassung nichts dem Bundesrecht Widersprechendes enthält. Die Normen der KV treten deshalb nicht erst mit der Gewährleistung in Kraft.

Beispiel: Zwischen der kantonalen Verfassungsabstimmung (Volksabstimmung) über die Senkung des Stimmrechtsalters auf 18 Jahre, die positiv ausging, und der damals bevorstehenden Gewährleistung der neuen Verfassungsvorschrift waren 18-jährige schon stimmberechtigt.

Im Rahmen der Vorschrift von Art. 51 BV haben die Kantone in der Gestaltung ihres «Staatswesens» erhebliche Freiheit.

II. Gesetz

Das Gesetz ist die Normstufe unterhalb der Verfassung. Es konkretisiert Verfassungsaufträge, enthält die wichtigsten Bestimmungen (sog. primäre Normen) zur Durchführung staatlicher Ziel und Aufgaben. Ob ein Bundesgesetz der BV widerspricht, kann aber gerichtlich nicht überprüft werden (Art. 191 BV). Was inhaltlich in ein Gesetz gehört, lässt sich nicht allgemein bestimmen; es hängt vom jeweiligen Regelungsgegenstand ab. Die BV trifft zu dieser Frage folgende Regelung:

Art. 164 Abs. 1 BV Gesetzgebung

«1 Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

- a. die Ausübung der politischen Rechte;*
- b. die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;*
- c. die Rechte und Pflichten von Personen;*

- d. den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;
- e. die Aufgaben und die Leistungen des Bundes;
- f. die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;
- g. die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.»

für eine Regelung im Gesetz sprechen ausserdem:	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Anzahl der von einer Regelung Betroffenen; ▪ Finanzielle Tragweite einer Regelung; ▪ Umstrittenheit eines Gegenstands in der Gesellschaft (z.B. Wasserzins-maximum im WRG).
gegen eine Regelung im Gesetz sprechen:	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Flexibilitätsbedürfnis (z.B. blosser Möglichkeit im Gesetz, dass auf Verordnungsstufe zu bestimmten Fragen Vorschriften erlassen werden, Art. 29, 29 g USG); ▪ Entlastung des Gesetzgebers von technischen Regeln und solchen, die starkem Wandel ausgesetzt sind (z.B. Verschiebung der Festsetzung von Immissionsgrenzwerten auf Verordnungsstufe; Art. 13 USG).

Das Gesetz ist also der Erlass des Gesetzgebers: Parlament mit Beteiligung des Volkes, die zwingend oder fakultativ sein kann (obligatorisches oder fakultatives Referendum).

Für die Gesetze des Bundes ist nur das fakultative Referendum vorgesehen (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV), ebenfalls in der Mehrzahl der Kantone.

In einzelnen Kantonen braucht es auch für Gesetze obligatorisch eine Volksabstimmung (z.B. Aargau, § 62 Abs. 1 Bst. b KV; Basel-Landschaft, § 30 Bst. b KV).

Gesetze sind zu publizieren (Bundesblatt/Amtsblatt, Gesetzessammlung).

Arten von Gesetzeserlassen im Bund:

- Bundesgesetz (BG), Art. 164 BV, Art. 22 ParlG. Beispiele: USG, RPG, NHG, GSchG, WRG;
- Dringlich erklärtes Bundesgesetz (Art. 165 BV): Bundesgesetze können «dringlich erklärt», d.h. sofort in Kraft gesetzt werden. Dazu braucht es die Mehrheit der Mitglieder im National- und im Ständerat (Art. 165 Abs. 1 BV). Wird das Referendum (nachträglich) ergriffen, so unterliegen diese Bundesgesetze der Volksabstimmung: Werden sie nicht angenommen, so treten sie ein Jahr nach ihrem Erlass ausser Kraft und können nicht erneuert werden (Art. 165 Abs. 2 und 4 BV).

Eine obligatorische Volksabstimmung braucht es für dringlich erklärte Bundesgesetze, die in der BV keine materielle Grundlage finden (Art. 165 Abs. 3 BV); sie gelten deshalb eigentlich als (formelles) Verfassungsrecht.

Gesetz im materiellen Sinn:	Sämtliche rechtsetzende Erlasse („Gesetze“, Verordnungen, Dekrete, Reglemente), die in Bezug auf den Adressatenkreis generell (der Kreis der Betroffenen ist unbestimmt oder nicht bestimmbar) und in Bezug auf den Regelungsgegenstand abstrakt sind.
-----------------------------	--

Gesetz im formellen Sinn:	Rechtsetzende Erlasse (nur „Gesetze“), die in Bezug auf den Adressatenkreis generell und in Bezug auf den Regelungsgegenstand abstrakt sind und die zudem vom Gesetzgeber (Legislative = Parlament und/oder Volk) erlassen werden.
---------------------------	--

III. Verordnung

1. Verordnungsgeber

Der Gesetzgeber kann nicht alle generellen Regelungen selbst treffen, deshalb gibt es auch unterhalb von ihm Rechtsetzungsorgane. Die Verordnung ist die Stufe der Rechtssetzung unterhalb des Gesetzes. Sie enthält wie das Gesetz Rechtssätze (generell-abstrakte Normen), ist gegenüber dem Gesetz aber formell dadurch gekennzeichnet, dass die (fakultative oder obligatorische) Volksbeteiligung (Referendum) wegfällt. Verordnungen sind zu publizieren (Bundesblatt / Amtsblatt, Gesetzesammlung).

Inhaltlich soll die Verordnung das vorangegangene Gesetz näher ausführen, präzisieren, vollzugstauglich machen usw. (sog. sekundäre Normen). Verordnungsgeber ist i.d.R. die Regierung. Ihre allgemeine verfassungsrechtliche Vollzugskompetenz (Bund: Art. 182 BV für den Bundesrat) schliesst den Erlass von Verordnungen ein, soweit diese im Rahmen des vom Gesetz geregelten Gegenstands bleiben. Der Gesetzgeber muss also die Regierung nicht speziell zum Erlass von Verordnungen ermächtigen (z.B. enthält das USG über den Erlass einer Schall- und Laserverordnung [erlassen am 24. Januar 1996, SR 814.49] keinerlei ausdrückliche Grundlage). Der Gesetzgeber kann der Regierung, wenn er in besonderen Materien eine Verordnung erwartet, den Auftrag zum Erlass von Verordnungsbestimmungen erteilen (z.B. Art. 13 USG).

Für sekundäre Rechtsnormen, die im Gesetz keine Stütze finden, braucht die Regierung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dagegen eine ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz (sog. Gesetzesdelegation, z.B. Art. 32 a USG, s. anschliessend). Dazu bestimmt die BV:

Art. 164 Abs. 2 BV: «Rechtsetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird.»

Zum Erlass von Verordnungen kann auch das Parlament zuständig erklärt werden (Parlamentsverordnungen). Dazu braucht es eine spezifische Ermächtigung in einem Gesetz. Bund: Art. 163 Abs. 1 BV.

In den Kantonen werden die Parlamentsverordnungen häufig Dekrete genannt; z.B. im Kanton Aargau, § 78 Abs. 2 KV; Basel-Landschaft, § 63 Abs. 3 BV; Bern, Art. 74 KV).

Verordnungsgeber sind ausserdem Verwaltungseinheiten unterhalb der Regierung (Departement, vgl. Art. 48 Abs. 1 RVOG, Amtsstelle); Amtsstellen brauchen dazu i.d.R. eine Ermächtigung durch den Gesetzgeber (vgl. Art. 48 Abs. 2 RVOG).

Beispiel für eine Departementsverordnung:

Verordnung des EVD über den regelmässigen Auslauf von Nutztieren im Freien (RAUS-Verordnung) vom 7. Dezember 1998 (SR 910.132.5), gestützt auf die Direktzahlungsverordnung des Bundesrates.

Beispiel für eine Ämterverordnung:

Verordnung des Bundesamts für Landwirtschaft über die Gewährung von Beiträgen in der Tierzucht vom 7. Dezember 1998 (SR 916.310.31), gestützt auf die Tierzuchtverordnung des Bundesrates.

2. Arten von Verordnungen

Damit sind zwei Abgrenzungen angesprochen, die in der Rechtslehre getroffen werden:

Selbständige Verordnungen	Die Rechtsgrundlage liegt in der Verfassung (sektoriell z.B. Art. 84 Abs. 2 BV, alpenquerender Gütertransitverkehr; generell: umfassende Vollzugsgrundlage in Art. 182 Abs. 1 BV; zum Erlass von Polizeiverordnungen Art. 185 Abs. 1 und 2 BV).
Unselbständige Verordnungen	Die Rechtsgrundlage liegt im Gesetz (z.B. Art. 32a USG: Ermächtigung des Bundesrates zur Einführung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr).

Vollziehungsverordnung (VV)	Der Inhalt der VV wird durch das Gesetz bestimmt: Die VV präzisiert das Gesetz nur, macht es vollzugstauglich (z.B. UVPV, Konkretisierung von Art. 9 USG).
Gesetzesvertretende Verordnung	Die gesetzesvertretende Verordnung hat im Gesetz keine unmittelbare Grundlage, braucht daher eine Delegationsnorm (z.B. TVA, gestützt auf Art. 29, 30b–h, 39, 45 und 46 USG; BGE 103 IV 195, "Gurtenobligatorium"; die fehlende Gesetzesgrundlage führte zum neuen Abs. 5 von Art. 57 SVG, ausgeführt in Art. 3a und 3b VRV, eingefügt durch BRB vom 25.1.1989).

Die Grenze zwischen diesen beiden Verordnungsarten lässt sich nicht eindeutig festlegen.

Eine weitere Abgrenzung:

Rechtsverordnungen	Oberbegriff für Verordnungen, die Rechtssätze (generell-abstrakte Normen) enthalten.
Verwaltungsverordnungen	Dienstanweisungen, die sich, intern, lediglich an Verwaltungsstellen richten und deshalb keine Verwaltungsrechtsquelle darstellen (z.B. die amtlichen Merkblätter über «ökologisches Bauen» des Kantons Zürich sind Dienstanweisungen an Beamtinnen und Beamte, die mit Submissionsgeschäften betraut sind, BGE 120 Ia 321 ff.).

Soweit Verwaltungsverordnungen «Aussenwirkung» entfalten, Rechte und Pflichten Privater berühren (z.B. Weisungen des Regierungsrates an eine Amtsstelle über häufigere Feuerungskontrollen, vgl. Art. 13 Abs. 3 LRV), sind sie Rechtsverordnungen gleichzusetzen und können wie diese von betroffenen Privaten angefochten werden.

Häufig werden von der Verwaltung «Wegleitungen» erlassen (z.B. die diversen Wegleitungen des BAFU). Sie sind keine Rechtserlasse, sondern erläutern gesetzliche Vorschriften, werden aber immerhin als amtliche Interpretation von gesetzlichen Vorschriften betrachtet.

Arten von Verordnungen nach Zuständigkeit:

Verordnungen der Regierung: Im Bund: Bundesrat In den Kantonen: Regierungsrat	Die Regierung ist der eigentliche Verordnungsgeber; ihre Kompetenz zum Verordnungserlass ergibt sich aus ihrer allgemeinen Kompetenz zur Vollziehung/Umsetzung der Gesetze.
Parlamentsverordnungen: Im Bund: Verordnungen der Bundesversammlung (Art. 163 Abs.1 BV, Art. 70 Abs. 1 ParlG), In den Kantonen: beispielsweise Dekrete (z.B. § 78 Abs. 2 KV-AG)	Zum Erlass einer Parlamentsverordnung muss ein höherrangiger formeller Erlass (Verfassung, Gesetz) ausdrücklich ermächtigen.
Verordnungen von Departementen und Amtsstellen	Der Bundesrat kann seine Rechtsetzungskompetenz, unter Beachtung der Tragweite der Regelungen, auf die Departemente übertragen (vgl. die zahlreichen Verordnungen des EVD im Bereich der Landwirtschaft); eine Übertragung auf Ämter und Gruppen ist nur zulässig, wenn ein Bundesgesetz dazu ermächtigt (vgl. die Verordnungen des Bundesamtes für Landwirtschaft) (Art. 48 RVOG).
Verordnungen autonomer staatlicher Organisationen	z.B. des ETH-Rates (Art. 25 ETH-Gesetz), Reglement des Verwaltungsrates der SUVA über die Organisation der SUVA.
Verordnungen privater Träger öffentlicher Aufgaben	

IV. Autonome Satzung

Autonome Satzungen sind generell-abstrakte Normen, die von Organisationen des öffentlichen Rechts erlassen werden. Voraussetzung ist, dass die Organisationen von Gesetzes wegen die Kompetenz innehaben, ihre eigenen Angelegenheiten selbständig zu ordnen (z.B. Gemeinden, ETH, Universitäten).

V. Staatsverträge

Die internationalen Staatsverträge haben völker- und landesrechtliche Verbindlichkeit (BGE 122 II 237). Es wird grundsätzlich unterschieden zwischen Verträgen, die self executing sind und für die Gültigkeit keine Transformation in das Landesrecht brauchen und Verträgen, die non self executing sind, dessen Regeln zuerst in das Landesrecht überführt werden müssen, bevor sie Gültigkeit erlangen.

VI. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind von grosser Bedeutung, denn es handelt sich dabei um einige allgemeine Prinzipien, die bei der Anwendung des positiven Rechts immer zu beachten sind. Sie dienen der Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen, der Lückenfüllung oder der Korrektur unbilliger Ergebnisse bei Anwendung einer Norm. Folgende allgemeine Rechtsgrundsätze sind zu beachten:

- Treu und Glauben;
- Verbot des Rechtsmissbrauchs;
- Willkürverbot;
- Grundsatz des öffentlichen Interesses;
- Verhältnismässigkeitsprinzip.

VII. Gewohnheitsrecht

Gewohnheitsrecht sind ungeschriebene Rechtsgebräuche. Infolge langjähriger Befolgung durch die Behörden und Anerkennung durch Behörden und betroffene Private erlangen diese als ungeschriebenes Recht dieselbe Geltung wie Rechtsnormen.

Der Grund für die Entstehung von Gewohnheitsrecht ist nicht der Inhalt der Normen, sondern das Einhalten von drei Voraussetzungen:

- Langjährige, ununterbrochene, einheitliche Praxis der Verwaltungsbehörden;
- Rechtsüberzeugung der Behörden und betroffenen Bürger (*Opinio iuris et necessitatis*);
- Das geschriebene Gesetz muss Raum für ergänzende Regelung durch Gewohnheitsrecht lassen. Gewohnheitsrecht ist ausgeschlossen, das geschriebenen Recht widerspricht.

Gewohnheitsrecht kommt in Konflikt mit dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Das Bundesgericht ist deshalb zurückhaltend in der Anerkennung von Gewohnheitsrecht. Es gibt nur wenige Fälle von bundesgerichtlich anerkanntem Gewohnheitsrecht, z.B. BGE 106 Ib 56 (durch Gewohnheitsrecht gelten alle Wälder als Schutzwaldungen).

VIII. Richterrecht

Richterrecht entsteht durch gleichartige Erledigung einer Vielzahl konkreter Fälle durch Gerichtsbehörden. Richterrecht ist nicht mit Präjudizen gleichzusetzen, die nur konkrete Entscheidungen bedeuten.

- Richterrecht ist gefestigte Gerichtspraxis;
- Die Rechtsüberzeugung der betroffenen Privaten ist nicht erforderlich.

Probleme stellen die Gewaltenteilung und die Selbstbindung des Richters. Das Richterrecht als Rechtsquelle ist anerkannt, aber es wird Zurückhaltung geübt. Der Richter greift vor allem ein, wenn im Verwaltungsrecht Rechtsregeln fehlen, die v.a. im Interesse des Bürgers vorhanden sein sollten.

Beispiele:

- Allgemeine Verfassungsgrundsätze aus Art. 4 aBV, die heute in der BV verankert sind, z.B. Art. 9, 29 BV;
- Allgemeine Rechtsgrundsätze (z.B. Verjährung von Forderungen, BGE 108 Ib 339; Bezahlung von Verzugszinsen, BGE 101 Ib 258);
- Materielle Enteignung (Voraussetzungen der staatlichen Entschädigungspflicht aufgrund von Art. 26 Abs. 2 BV);
- Öffentliches Sachenrecht (Unterscheidung Gemeingebrauch -gesteigerter Gemeingebrauch - Sondernutzung).

§ 15 Geltung der Gesetze

I. Räumliche Geltung

Das Verwaltungsrecht kennt nicht wie das Privatrecht ein besonderes Kollisionsrecht, wenn ein Sachverhalt zu mehreren Gemeinwesen Bezugspunkte aufweist. Es gilt das Territorialitätsprinzip. Öffentliches Recht gilt nur in dem Gemeinwesen, das es erlassen hat. Ausnahmsweise kann ein Staatsvertrag anderes vorsehen.

Beispiel: Der im Staat D wohnhafte X, Bürger des Staates USA, arbeitet im Staat CH: Das Einkommenssteuerrecht welches Staates ist anwendbar?

Zuständigkeit und anwendbares Recht decken sich im Verwaltungsrecht immer. Das in der Sache zuständige Gemeinwesen wendet sein Recht an.

- Recht der gelegenen Sache (im Baurecht, im Recht der Grundstücksteuer);
- Recht des Wohnsitzes (im Fürsorgerecht, bei der Einkommenssteuer für Schweizer);
- Recht des Arbeitsorts (bei der Einkommenssteuer für Ausländer);
- Bürgerrecht (Schweizer, Ausländer).

II. Zeitliche Geltung

1. Inkrafttreten von Erlassen

Das Inkrafttreten bedeutet den Beginn der rechtlichen Wirkung von Erlassen. Die Festlegung des Zeitpunkts erfolgt durch den Erlass selbst; in Gesetzen finden sich häufig Ermächtigungen der Exekutive, das Gesetz in Kraft zu setzen (das Gesetz kann auch etappenweise in Kraft gesetzt werden).

Erforderlich ist die Publikation des Erlasses vor dem Inkrafttreten durch amtliche Veröffentlichung. Hierzu bestehen Regelungen durch besondere Publikationserlasse (Bund: Publikationsgesetz vom 21. März 1986, SR 170.512, Art. 6: Inkrafttreten nicht früher als fünf Tage nach der Publikation; Art. 7: ausserordentliche Bekanntmachung: Sicherstellung der Wirkung, Dringlichkeit).

2. Ausserkrafttreten von Erlassen

Befristete Erlasse treten mit Ablauf der Frist ausser Kraft. Unbefristete Erlasse werden aufgehoben, durch Erlasse höherer oder gleicher Stufe (formell durch ausdrückliche Aufhebung durch den neuen Erlass, materiell durch Feststellung eines inhaltlichen Widerspruchs zwischen dem neuen und dem alten Erlass).

3. Intertemporales Recht

Rechtsänderung während hängiger Verfahren (BGE 107 Ib 194 f.; 112 Ib 42 f.): Soll das in Kraft getretene neue Recht auch in Fällen angewendet werden, in denen im Zeitpunkt des Inkrafttretens eine Sache noch unerledigt ist?

Es ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, das Übergangsrecht zu schaffen. Nach der nicht unbestrittenen Auffassung des Bundesgerichts kann der Gesetzgeber die Ordnung des Übergangsrechts der Exekutive delegieren (BGE 106 Ia 256 f., 104 Ib 215).

Was gilt, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt?

Bundesgericht:

- Massgebend ist der Zeitpunkt der Entscheidfällung (auch im Beschwerdeverfahren), sofern die Entscheidungsinstanz über volle Kognition verfügt (BGE 107 Ib 194 f.), oder:
- Massgebend ist der Zeitpunkt des Erlasses der ersten Verfügung, seitherige Änderungen werden nur berücksichtigt, wenn die öffentliche Ordnung dies verlangt (BGE 112 Ib 42 f., 106 Ib 326 f.).

Immer massgebend ist der Grundsatz von Treu und Glauben: Die Behörden dürfen ein Verfahren nicht verschleppen und damit die Anwendung des neuen Rechts herbeiführen (BGE 110 Ib 336 f.).

4. Rückwirkung

Echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht hat. Nur die echte Rückwirkung gilt als Rückwirkung und ist grundsätzlich unzulässig.

Ausnahmen von der Unzulässigkeit (BGE 102 Ia 72):

- Die Rückwirkung wird ausdrücklich angeordnet oder ist nach dem Sinn des neuen Gesetzes klar gewollt;
- die Rückwirkung ist zeitlich mässig;
- triftige Gründe sprechen für die Rückwirkung;
- durch die Rückwirkung dürfen keine stossenden Rechtsungleichheiten geschaffen werden;
- durch die Rückwirkung darf nicht in wohlerworbene Rechte eingegriffen werden.

Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Rückwirkung gilt gegenüber Erlassen, die den Bürger belasten.

Beispiel: Die Betreiberin einer Kraftwerkanlage (Stausee) erhält vom zuständigen Tiefbauamt eine Bewilligung für Spülungen des Ausgleichsbeckens. Verschiedene Fischer erheben dagegen Beschwerde. Fraglich ist neben Anderem, ob die alte oder neue Version der GSchV zur Anwendung kommt (BGE 125 II 591).

Unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig. Sie liegt vor, wenn neues Recht auf zeitlich offene (nicht abgeschlossene) Dauersachverhalte angewendet wird (BGE 97 I 340, Erhöhung von Kanalisationsabgaben). Unechte Rückwirkung liegt ferner vor, wenn neues Recht auf mehrgliedrige Sachverhalte angewendet wird: Der unter altem Recht realisierte Sachverhalt ist nur Massstab der Bemessung der Rechtsfolge (BGE 104 Ib 219: Neues Steuerrecht erklärt vor seinem Inkrafttreten entstandene Sachverhalte für die Steuerbemessung für massgebend). Die Folgen der unechten Rückwirkung sind immer durch Abwägung und Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu bedenken.

5. Vorwirkung

Zwei Ausprägungen:

- Neues Recht wird angewendet, obwohl es noch nicht in Kraft ist (positive Vorwirkung);
- geltendes Recht wird nicht mehr angewendet, obwohl das neue noch nicht in Kraft ist (negative Vorwirkung).

Die positive Vorwirkung ist unzulässig (BGE 100 Ia 161 ff.).

Die negative Vorwirkung ist zulässig, wenn sie ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen ist und wenn die übrigen Voraussetzungen zulässiger Rückwirkung sinngemäss erfüllt sind. Primär handelt es sich um eine Dispensation von der Anwendung geltenden Rechts, erst sekundär um eine Anwendung des neuen Rechts. Instrumente der negativen Vorwirkung sind die Planungszonen (Art. 27 RPG), Bauverbot und Bau Sperre sowie die Baureife-Vorschriften (z.B. § 233 PBG ZH).

III. Rechtssatz - Einzelakt

1. Grundlegende Unterscheidung

Rechtssatz ist die generell-abstrakte Norm.

- Generell in Bezug auf den Kreis der Adressaten: Dieser ist unbestimmt oder nicht ohne weiteres bestimmbar, offen;
- Abstrakt in Bezug auf die Zahl der geregelten Sachverhalte: Diese ist unbestimmt oder nicht ohne weiteres bestimmbar, offen.

Einzelakt ist eine Anordnung, mit der Gesetze auf einen Einzelfall angewendet werden (Einzelfallentscheid). Es ist der individuell-konkrete Akt.

- Individuell in bezug auf den Kreis der Adressaten: Dieser ist bestimmt oder bestimmbar, der einzelne Adressat ist bestimmt;
- Konkret in bezug auf den geregelten Sachverhalt oder Gegenstand: Dieser ist bestimmt.

(Zum Einzelakt im weiteren siehe die folgenden Abschnitte)

2. Rechtsanwendung

Unter Rechtsanwendung verstehen wir die Umsetzung von gesetzlichen Vorschriften (von Rechtssätzen) zur Regelung eines konkreten einzelnen Falles.

	Adressaten	Gegenstände
Rechtsnorm	generell	abstrakt
Einzelakt	individuell	konkret

§ 16 Gesetzgebungsverfahren (Die Rechtssetzung)

I. Vorgegebenheiten der Gesetzgebung

Neu zu erlassendes Recht findet keine tabula rasa vor. Es hat Bedacht zu nehmen auf Vorhandenes, auf Vorgegebenheiten.

Beispiele:

Physische Realien	Mensch als Naturwesen, Individualperson, Sozialperson; Natur: Klima, Topographie, Geologie, Landschaft, Jahreszeiten, Tag / Nacht, Technik.
Soziale Realien	Bedürfnisse, Werturteile; Kultur, Tradition; Anthropologische Grundbestimmungen; Verhaltensmuster, Gewohnheiten; Rechtsüberzeugung.
Bestehende Rechtsordnung	Das bereits geltende Recht muss berücksichtigt werden. Neues hat sich einzufügen im Interesse der Harmonisierung der Rechtsordnung (wobei geltendes Recht seinerseits an das neue angepasst werden kann).

II. Wahl der Erlassform

Worauf ist zu achten, wenn zu klären ist, in welche Erlassform (Gesetz, Verordnung) ein Gegenstand und wie weit er in welche Erlassform zu kleiden ist?

Problembereiche (Auswahl):

- Rechtssatzbegriff von Art. 164 BV;
- Tragweite;
- Schwere des Eingriffs, v.a. in Freiheitsrechte;
- Zahl bzw. Kreis der Betroffenen;
- Finanzielle Bedeutung;
- Befolgungsbereitschaft/Grad der Kontroversen;
- Flexibilitätsbedürfnisse;
- Technizität der Materie;
- Entlastung des Gesetzgebers;
- Eignung der rechtsetzenden Behörde;
- Gesetzesdelegation;
- Eigenständiges Verordnungsrecht der Regierung;
- Ermächtigte Verordnungsgebung;
- Initiativrecht im Bund;
- Gesetzesinitiative oder Einheitsinitiative.

III. Systematik von Erlassen

Wie ist ein Erlass äusserlich zu gestalten?

- Einleitung (ausnahmsweise Allgemeiner Teil);
- Ziel/Zweck;
- Geltungsbereich;
- Begriffe;
- Hauptteil, gliedert nach:
 - logischen Kriterien;

- sachlichen Kriterien;
- chronologischen Kriterien;
- normativen Kriterien.
- Organisation, Verfahren, Vollzug;
- Kosten ,Gebühren, Beiträge;
- Strafbestimmungen;
- Schlussbestimmungen;
- Inkrafttreten;
- Aufhebungen bisheriger Vorschriften;
- Änderungen geltender Regelungen;
- Übergangsrecht.

IV. **Verfahrensablauf der Gesetzgebung**

1. **Massgebende Erlasse**

Die Normen, welche für das Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene massgebend sind, lassen sich in verschiedenen Erlassen finden:

Erlass	Inhalt bezogen auf Gesetzgebungsverfahren
Bundesverfassung [SR 101]	Festlegung der grundlegenden Aufgabenteilung zwischen Bundesrat und Parlament. Kompetenzbestimmungen, die dem Bund die Ermächtigung zur Gesetzgebung geben.
Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) [SR 172.010]	Kompetenzen, Verfahren und Organisation des Bundesrats und der Bundesverwaltung.
Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (VIG) [SR 172.061]; bzw. die sich darauf stützende Verordnung (Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren (VIV) [SR 172.061.1]	Gewährleistung der Beteiligung der Kantone, der politischen Parteien und der interessierten Kreise an der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung des Bundes. Damit soll Aufschluss über die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens des Bundes gegeben werden.
Parlamentsgesetz (ParlG) [SR 171.10]	Rechte und Pflichten der Mitglieder sowie Aufgaben und Organisation der Bundesversammlung, die Beziehungen zwischen der Bundesversammlung und dem Bundesrat sowie den eidgenössischen Gerichten.
Publikationsgesetz (PublG) [SR 170.512]:	Veröffentlichung der Gesetze.

2. Darstellung Gesetzgebungsverfahren Bundesebene



Im Folgenden wird von folgenden Gesetzgebungsphasen auf Bundesebene ausgegangen. Auf kantonaler Ebene sieht das Gesetzgebungsverfahren ähnlich aus, wobei die kantonalen Parlamente nur noch eine Kammer haben (im Gegensatz zum Bund: National- und Ständerat).

a. Auslösung des Projekts/Auftrag

Ausgangslage im Gesetzgebungsverfahren ist ein bestimmter Sachverhalt, der rechtlich (noch) nicht geregelt ist (Bsp.: das Verbot von Kampfhunden). Da dieser Sachverhalt Auswirkungen auf die Gesellschaft bzw. Umwelt hat und nicht geregelt ist, wird dieser rechtsfreie Raum als mangelhaft empfunden.

Diese Rechtslage löst in der Folge einen Impuls aus, einen bestehenden Erlass zu ändern oder einen neuen Erlass zu schaffen. Dieser Impuls kann in verschiedenen Formen Ausdruck finden und verschiedenster Herkunft sein, zum Beispiel:

- parlamentarischer Vorstoss (Motion oder Postulat; Art. 118 ff. ParlG);
- Volksinitiative (Art. 68 BPR (Bundesgesetz über die politischen Rechte [SR 161.1]));
- Standesinitiative (Art. 160 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 115 ff. ParlG);
- Eingabe von Interessenorganisationen;
- Staatsvertrag oder Beschluss von internationalen Organisationen;
- Gesetzgebungsvorhaben des Bundesrates oder eines Departements;

- Vorschlag oder Empfehlung einer Koordinationsinstanz der Kantonsregierungen (Konferenz der Kantonsregierungen, Konferenz der jeweiligen kantonalen Direktionen, Dreierkonferenz mit den Agglomerationen usw.);
- Gerichtsentscheid;
- Anregung der Wissenschaft.

Angesichts einer oft komplexen Ausgangslage bedarf der Auslöser bzw. Auftrag einer sorgfältigen Prüfung (z.B. der Wirkung neuer Massnahmen auf ein bestehendes Umfeld oder der verfassungsrechtlichen Grundlage) und kann meist nicht direkt umgesetzt werden. Der Auslöser ist demnach in der Regel als verbindlicher Auftrag zur Untersuchung einer als unbefriedigend erachteten Situation und zur Unterbreitung von Lösungsmöglichkeiten zu betrachten. Der Auftraggeber (Bundesrat, Departement) erteilt den Auftrag, eine Auftragsanalyse mit Projektskizze vorzunehmen. Der Auftrag geht normalerweise an das zuständige Bundesamt (Bsp.: Gentechnik – Bundesamt für Gesundheit oder Bundesamt für Landwirtschaft).

b. Auftragsanalyse/Projektskizze

Das zuständige Bundesamt oder die bereits eingesetzte Projektleitung erstellt eine Auftragsanalyse zuhanden der möglichen Verantwortlichen für die Umsetzung sowie eine Projektskizze, die unter anderem die Ziele des auszuarbeitenden Erlasses konkretisieren und Risiken sowie Konsequenzen aufdecken soll.

Der Auftraggeber setzt die Projektleitung sowie allenfalls eine Arbeitsgruppe bzw. Studien- oder Expertenkommission ein oder beauftragt externe Expertinnen oder Experten. Denkbar ist auch, dass der Entscheid über das weitere Vorgehen nicht die Freigabe bedeutet, sondern allenfalls Wiederholung der Projektablaufphase oder sogar Abbruch des Projekts.

c. Bericht

Nachdem der Auftrag an die Projektleitung oder an eine Arbeitsgruppe bzw. Studien- oder Expertenkommission zur Ausarbeitung eines Berichts erteilt worden ist, verfasst die Arbeitsgruppe bzw. Studien- oder Expertenkommission als Grundlage für die Ausarbeitung eines Vorentwurfs einen Bericht.

Das Ziel dieses Verfahrensteils ist, dass der Auftraggeber vom Bericht Kenntnis nimmt und über das weitere Vorgehen entscheidet bzw. die damit verbundenen Anträge genehmigt.

d. Vorentwurf (vgl. Art. 112 ParlG)

Die Arbeitsgruppe bzw. Studien- oder Expertenkommission erarbeitet in der Folge auf Grund des Berichts den Vorentwurf. Dabei wird der Vorentwurf ausformuliert, ein erläuternder Bericht ausgearbeitet und Antrag zum weiteren Vorgehen gestellt. Dabei werden auch Ämter und Departemente des Bundes durch das sog. Mitberichtsverfahren in die Vernehmlassung einbezogen.

e. Vernehmlassung (Art. 5 ff. VIG)

Der Vorentwurf wird vom Bundesrat zur Kenntnis genommen. In der Folge wird darüber das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. In dieser Phase werden die Vernehmlassungsunterlagen versendet. Die Kantone, politischen Parteien und weitere

interessierte Kreise werden angehört und nehmen auf diese Weise an der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung des Bundes teil. Es kann aber auch jedermann zum Entwurf Stellung nehmen. Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens werden in einem Bericht zusammengestellt.

Der Bundesrat nimmt in der Folge Kenntnis vom Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens und entscheidet über das weitere Vorgehen auf der Grundlage eines von der Projektleitung aufgestellten Planes. In der Folge genehmigt er die damit verbundenen Anträge (vgl. Art. 7 RVOG, wonach der Bundesrat unter Vorbehalt des parlamentarischen Initiativrechts das Vorverfahren der Gesetzgebung leitet und der Bundesversammlung Entwürfe zu Verfassungsänderungen, Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen vorlegt).

f. Botschaft (Art. 141 ff. ParlG)

Der Bundesrat beauftragt - gestützt auf die Auswertung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens - das Departement, einen Gesetzesentwurf und die entsprechende Botschaft auszuarbeiten.

In dieser Phase heisst der Bundesrat - auf Antrag des Departements - den Gesetzesentwurf und Botschaft gut und übermittelt diese der Bundesversammlung.

g. Parlamentarische Behandlung und Referendum (Art. 44 ff. ParlG)

Im Rahmen der parlamentarischen Behandlung wird zunächst festgelegt, welcher der beiden Räte (d.h. National- oder Ständerat) das Geschäft als erster (sog. Erstrat) und als zweiter (sog. Zweitrat) behandeln soll. Die Präsidenten des Nationalrats und des Ständerats verständigen sich, welcher Rat das Geschäft zuerst behandeln soll (Art. 84 ParlG). Kommt diesbezüglich keine Einigung zustande, wird eine Koordinationskonferenz einberufen (Art. 37 ParlG).

Darauf wird das Geschäft der zuständigen Kommission des Erstrats übergeben, welche dem Rat über die ihr zugewiesene Vorlage und den Auftrag berichtet und über das weitere Vorgehen Antrag stellt.

In der Parlamentsdebatte ist der Bundesrat durch das zuständige Mitglied vertreten. Die Vertreterin oder der Vertreter des Bundesrates kann sich durch Mitarbeiter/innen oder Experten/innen begleiten lassen, denen ausnahmsweise auch das Wort erteilt werden kann. Die zuständige Kommission berichtet dem Erstrat schriftlich oder mündlich durch Berichtersteller über ihre Verhandlungen und Anträge.

Zu Beginn der Beratung im Plenum erfolgt die Eintretensdebatte, d.h. es wird über die Frage beraten, ob der Gesetzesvorschlag überhaupt behandelt werden soll. Nach dem Eintreten folgt die Detailberatung, d.h. die Beratung jedes einzelnen Artikels. Der Rat kann dabei auch die Rückweisung des Geschäfts an den Bundesrat beschliessen, wobei Anträge auf Rückweisung einer Vorlage den Hinweis enthalten müssen, in welchem Sinn die Überprüfung durch den Bundesrat erfolgen soll.

Die Stimmabgabe erfolgt im Nationalrat „per Knopfdruck“ mit dem elektronischen Abstimmungssystem. Im Ständerat wird durch Handzeichen oder unter Namensaufruf gestimmt.

Am Ende der Detailberatung erfolgt jeweils eine Gesamtabstimmung über das Gesetz als ganzes. Bis zur Gesamtabstimmung kann jedes Ratsmitglied beantragen, auf bestimmte Artikel oder Abschnitte zurückzukommen. Nach Abschluss der Detailbe-

ratung und der Gesamtabstimmung geht die Vorlage vom Erstrat an den Zweirat. Hier wiederholt sich das ganze Verfahren von der Eintretensdebatte über die Detailberatung der einzelnen Artikel bis zur Gesamtabstimmung.

Weicht der Beschluss des Zweirates nach der Gesamtabstimmung von demjenigen des Erstrates ab, so geht das Geschäft an den Erstrat zurück, wobei nur noch die Differenzen behandelt werden (vgl. Art. 89 ff. ParlG). Die Kommissionen der beiden Räte koordinieren die Vorberatung der Differenzen und können gemeinsame Sitzungen durchführen. Die Kommission des Erstrates hat die Angelegenheit erneut zu prüfen und dem Rat Antrag zu stellen. Sie kann dabei an der bisherigen Position des Erstrates festhalten, auf die Linie des Zweirates einlenken oder auch eine Kompromissvariante beantragen. Der neue Beschluss des Erstrates geht an die Kommission des Zweirates zur Beratung und Antragstellung. Der Zweirat hat die gleichen Möglichkeiten wie der Erstrat. Schliesst sich der Zweirat dem Beschluss des Erstrates an, ist die Differenz bereinigt.

Die Differenzen werden in den beiden Räten maximal zweimal beraten. Bestehen nach insgesamt drei Beratungen in jedem Rat immer noch Differenzen, wird das Geschäft der Einigungskonferenz unterbreitet (vgl. Art. 91 ff. ParlG). Die vorberatenden Kommissionen beider Räte entsenden je 13 Mitglieder in die Einigungskonferenz. Diese besondere Kommission hat die Aufgabe, einen Einigungsantrag auszuarbeiten. An die Sitzung der Einigungskonferenz wird das zuständige Mitglied des Bundesrates eingeladen. Findet die Konferenz keine Lösung, ist die gesamte Gesetzesvorlage gescheitert. Kommt eine Einigung zu Stande, wird dieser Antrag beiden Räten unterbreitet. Jeder Rat hat nur einmal Beschluss zu fassen (vgl. Art. 93 ParlG). Wird der Einigungsantrag von den beiden Räten angenommen, ist die Vorlage zu Stande gekommen. Lehnt ein Rat den Einigungsantrag ab, ist die Vorlage gescheitert.

Wenn eine Vorlage bereinigt ist, wird die Schlussabstimmung durchgeführt. Wird eine Vorlage im Rahmen der Schlussabstimmung durch einen Rat verworfen, ist sie endgültig gescheitert. Nach der Schlussabstimmung erfolgt eine Redaktion des Gesetzes durch eine Redaktionskommission, welche das Gesetz in systematischer und sprachlicher Hinsicht überprüft und verbessert.

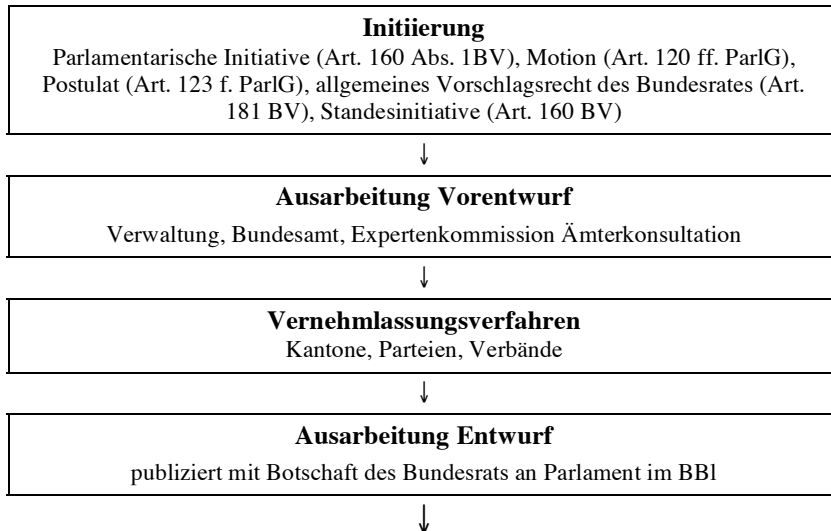
h. Inkraftsetzung und Vollzug

Nachdem die Vorlage vom Parlament verabschiedet worden ist und das Referendum nicht ergriffen wurde oder nicht zu Stande gekommen ist oder die Vorlage in der Volksabstimmung angenommen wurde, erfolgt die Inkraftsetzung durch den Bundesrat und der Vollzug des Gesetzes durch die vom Bundesrat bezeichneten Vollzugsorgane.

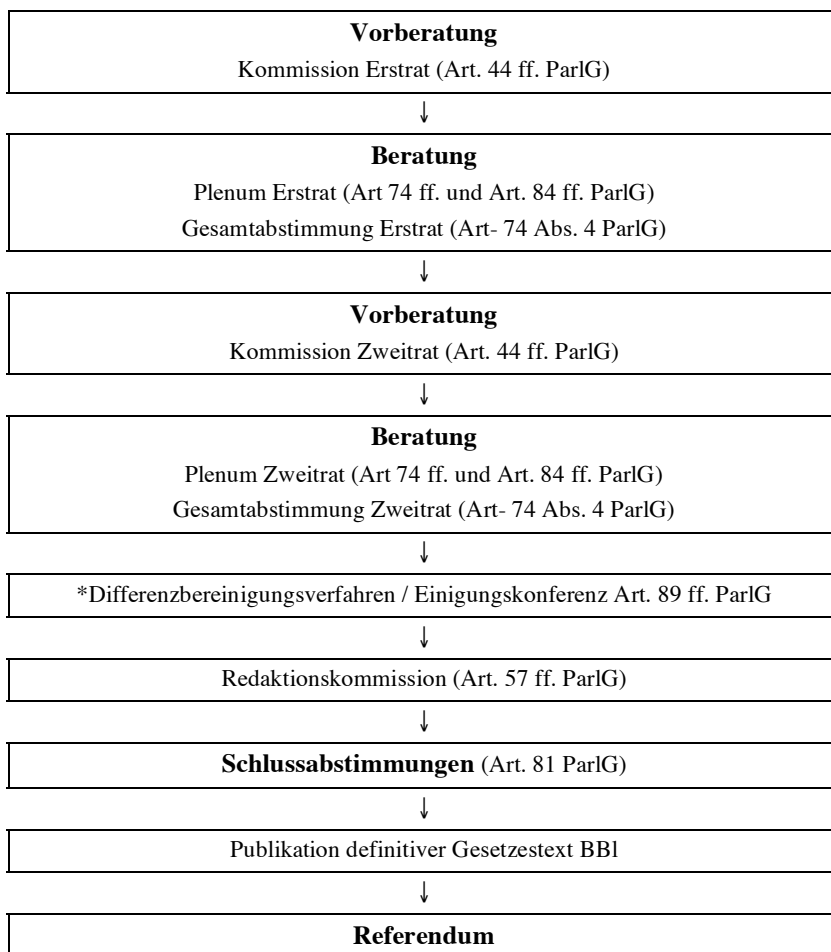
Die Referendumsfrist, innert welcher die Unterschriften gesammelt und der Bundeskanzlei übergeben werden müssen, beträgt 100 Tage ab amtlicher Veröffentlichung im Bundesblatt (vgl. Art. 59 BPR).

3. Darstellung Vorverfahren und Parlamentarisches Verfahren

Vorverfahren



Parlamentarisches Verfahren

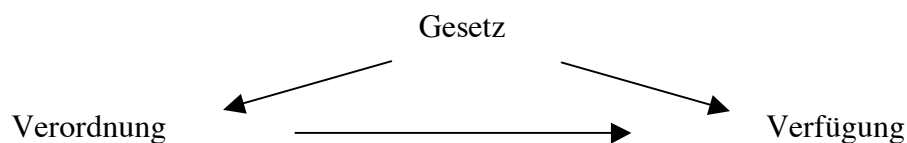


* Differenzbereinigungsverfahren ,beschränkt auf Fragen, in denen Differenzen zwischen den Räten bestehen bleiben (Art. 89 ParlG). Einigungskonferenz nur, wenn jeder Rat an seinen von denjenigen des anderen Rates abweichenden Beschlüssen festhält. Die EK besteht aus den Mitgliedern der Kommissionen beider Räte. Sie hat eine Verständigungslösung zu suchen. Kommt sie nicht zustande, so ist die ganze Vorlage gescheitert; das gleiche gilt, wenn eine Einigung in der EK zwar zustande kommt, in einem oder in beiden Räten aber nicht angenommen wird. Geht es um Eintreten/Nichteintreten auf eine Vorlage oder um die Annahme in der Schlussabstimmung, so findet keine EK statt und ein negativer Beschluss eines Rates lässt die Vorlage scheitern (Art. 91 ff. ParlG).

§ 17 Umsetzung der Gesetze

I. Stufen der Gesetzesanwendung

1. Umsetzungsformen



a. Rechtssatz - Einzelakt

Grundlegende Unterscheidung:

- Rechtssatz ist die generell-abstrakte Norm;
- Generell in Bezug auf den Kreis der Adressaten: Dieser ist unbestimmt oder nicht ohne weiteres bestimmbar, offen;
- Abstrakt in Bezug auf die Zahl der geregelten Sachverhalte: Diese ist unbestimmt oder nicht ohne weiteres bestimmbar, offen;
- Einzelakt ist eine Anordnung, mit der Gesetze auf einen Einzelfall angewendet werden (Einzelfallentscheid). Es ist der individuell-konkrete Akt. Individuell in Bezug auf den Kreis der Adressaten: Dieser ist bestimmt oder bestimmbar, der einzelne Adressat ist bestimmt. Konkret in Bezug auf den geregelten Sachverhalt oder Gegenstand: Dieser ist bestimmt;
- Rechtsanwendung Unter Rechtsanwendung verstehen wir die Umsetzung von gesetzlichen Vorschriften (von Rechtssätzen) zur Regelung eines konkreten einzelnen Falles.

b. Rechtsanwendung ohne Einzelakt

Nicht jeder Rechtssatz braucht zu seiner Anwendung einen Einzelfallentscheid. Strassenverkehrsregeln z.B. werden von den Verkehrsteilnehmern direkt angewendet. Erst die Übertretung einer Verkehrsregel löst einen Einzelakt (Verhängung einer Busse) aus, aber nur als letzte Zwangsmassnahme, nicht als ordentlichen Anwendungsakt.

c. Rechtsanwendung mit Einzelakt

Die meisten Gesetze, die Verwaltungsaufgaben regeln, suchen förmliche Einzelfallentscheide. Diese gehen von der Verwaltung aus, welche die Rechtssätze als erste Instanz, von Amtes wegen auf einen Einzelfall anwendet. Sie gehen aber auch von Gerichten aus, die im Einzelfall über die (richtige, rechtmässige) Anwendung des Gesetzes entscheiden, wenn darüber Unklarheit («Streit») besteht. Unter Rechtsanwendung im weiteren Sinn verstehen wir demnach sowohl die Rechtsanwendung im engeren Sinn ohne Streiterledigungsbedürfnis als auch die Rechtsprechung.

- Auf das Gesetz hin erlässt die Regierung als oberste vollziehende Behörde (Art. 174 BV) sekundäre Rechtsnormen zur Spezifikation, Konkretisierung, Präzisierung des Gesetzes, sog. Verordnungen;
- Die Verwaltung vollzieht das Gesetz einschliesslich Verordnungsrecht durch konkrete Vollzugsakte im Einzelfall, sog. Verfügungen.

Beispiele:

Bund vollzieht Bundesrecht: Art. 133 BV (Zölle), 92 BV (Post).

Kanton vollzieht kantonales Recht: Kantonale Steuern.

2. Föderative Stufung

Die Gesetzgebungskompetenz liegt beim Bund, der Vollzug seiner Vorschriften bei den Kantonen (so ausdrücklich z.B. Art. 74 Abs. 3 BV, Umweltschutz; Art. 128 Abs. 4 BV, Direkte Bundessteuer). Im Wasserrecht besteht eine zwischen Bund und Kantonen geteilte Gesetzgebungszuständigkeit, während der Vollzug ganz bei den Kantonen liegt (Art. 76 BV; Ausnahmen: Abs. 5). Wenn die BV den Vollzug nicht zuweist, ist dies Aufgabe des Bundesgesetzgebers. Ausnahmsweise vollzieht der Bund kantonales Recht (z.B. Aussenpolitik der Kantone). Problem: Der Bund schreibt den Kantonen die Rechtsetzungsform (Gesetz, Verordnung) vor.

3. Körperschaftliche Umsetzung

Die Gesetzgebung eines Gemeinwesens wird durch eigene Vollzugsorgane umgesetzt.

II. Auslegung der Gesetze

Verwaltungsgesetze müssen ausgelegt werden, sowohl in ihrer Anwendung auf den Einzelfall als auch für ihre Konkretisierung durch die Verordnung.

1. Allgemeine Auslegungsmethoden

In erster Linie massgebend ist der Wortlaut der Gesetze (BGE 119 Ib 85). In der Schweiz hat keine der drei Amtssprachen deutsch, französisch, italienisch Vorrang. Keine der aufgezählten Methoden ist für sich allein massgebend. Es gilt der Grundsatz des Methodenpluralismus: Unter Heranziehung aller Methoden ist nach dem am besten vertretbaren Ergebnis zu suchen (BGE 110 Ib 8).

Grammatikalische Auslegung	Gefragt wird nach der grammatikalischen Bedeutung einer gesetzlichen Wendung.
Teleologische Auslegung	Gefragt wird nach dem Zweck (telos) eines Gesetzes (BGE 114 Ib 162; 112 Ib 324; 110 Ib 8; 107 Ib 231).
Zeitgerechte (geltungszeitliche) Auslegung	Gefragt wird danach, welcher Sinn einer Rechtsnorm in der heutigen Zeit gegeben werden soll.
Systematische Auslegung	Gefragt wird danach, welche Bedeutung der Stellung einer Vorschrift innerhalb des Gesetzes zukommt.
Historische Auslegung	Gefragt wird nach dem Sinn, den der damalige Gesetzgeber einer Vorschrift gegeben hat.

2. Formale Auslegungsregeln

Formale Auslegungsregeln dienen nicht der Wertung, sondern enthalten rein formale Elemente, sind aber gerade daher nur beschränkt verwendbar.

a. Spezielles Gesetz vor allgemeinem Gesetz

Aus dem gesamten Zusammenhang muss sich ergeben, dass beide kollidierenden Bestimmungen zueinander im Verhältnis des Besonderen zum Allgemeinen stehen. Schematisch darf die Regel «lex specialis derogat legi generali» nicht angewendet werden.

b. Späteres Gesetz vor früherem Gesetz

Es gelten die ähnlichen Grundsätze wie unter a. Die Regel «lex posterior derogat legi priori» ist als Kollisionsregel nur dann brauchbar, wenn die Gegenstände der kollidierenden Regelungen miteinander übereinstimmen und wenn die Kollisionsregel im konkreten Fall vom Gesetzgeber dem Sinn und Zweck seiner Regelung nach gewollt sein musste.

c. Umkehrschluss

Das «argumentum e contrario» wird auch als qualifiziertes Schweigen bezeichnet. Tatbestände, die der Wortlaut des Gesetzes nicht ausdrücklich enthält, werden von der Regelung nicht erfasst.

Beispiel: Der Gesetzgeber schreibt vor, dass die Wertvermehrung von Liegenschaften als Grundstückgewinnsteuer bei der Veräusserung von Grundstücken fiskalisch belastet wird. Daraus wird geschlossen, dass die Mehrwertabschöpfung in Form der Grundstückgewinnsteuer anlässlich des Erlasses von Massnahmen der Raumplanung unzulässig ist, weil keine Veräusserung vorliegt.

d. Analogieschluss

Das «argumentum per analogiam» bildet den Gegensatz zum Umkehrschluss; es handelt sich um das Kriterium der extensiven Auslegung: Der Sachverhalt wird vom Wortlaut zwar nicht erfasst, wohl aber vom Sinn und Zweck des Gesetzes (vgl. BGE 119 Ib 86, 120 Ib 57).

Beispiel: Regeln über Dachaufbauten gelten auch für Dacheinschnitte.

Ein spezielles Kriterium des Analogieschlusses ist das «argumentum e maiore ad minus»: Wenn der Wortlaut einen bestimmten Sachverhalt regelt, so auch einen andern, nicht ausdrücklich erwähnten, der weniger weit ist. Auch freiheitsbeschränkende Normen und Ausnahmebestimmungen sind extensiver Auslegung zugänglich.

3. Verfassungskonforme Auslegung

Wenn allgemeine und spezielle Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, sind die Normen und Grundentscheidungen der Verfassung beizuziehen.

4. Lückenfüllung

Eine Rechtsnorm gibt auf eine bestimmte Frage keine Antwort. Zunächst ist durch Auslegung zu klären, ob qualifiziertes Schweigen (oben 2. c.) vorliegt. Ist dies nicht der Fall, so ist durch Auslegung eine vertretbare Lösung zu suchen. Ergibt sich daraus nichts, so ist eine Lücke anzunehmen. Lückenfüllung ist also Ergänzung des Gesetzes. Eine echte Lücke liegt vor, wenn das Gesetz keine Antwort gibt, obwohl die Gesetzesanwendung eine Antwort verlangt. Eine unechte Lücke liegt vor, wenn das Gesetz eine Antwort gibt, die sachlich unbefriedigend ist. In der Rechtsanwendung sind nur echte Lücken zu schliessen. Unechte Lücken müssen vom Gesetzgeber bereinigt werden. Die neuere Lehre trifft die Unterscheidung echte – unechte Lücke nicht mehr. Jede Unvollständigkeit des Gesetzes ist in der Rechtsanwendung, nach dem Ziel und Sinn des Gesetzes, zu beseitigen.

III. Struktur der Gesetze

Der klassische Rechtssatz besteht aus Tatbestand und Rechtsfolge (Konditionalnorm).

Beispiel: „Können sich die Eigentümer über die Ordnung der Rechtsverhältnisse innert Frist nicht einigen, so sind baurechtliche Bewilligungen zu verweigern (...) (§ 224 PBG Zürich).“

Die gesetzliche Regelung des Tatbestands erscheint im Konditionalsatz:	wenn sich die Eigentümer nicht einigen können,
Die Regelung der Rechtsfolge erfolgt im Hauptsatz:	«...dann wird die Bewilligung verweigert.»

Die Anwendung des Rechtssatzes bedeutet erstens die Prüfung, ob ein Sachverhalt die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands erfüllt (=Subsumtion), und zweitens die Anordnung der Rechtsfolge. Logisch gesehen liegen zwei Prämissen vor: Die Rechtsnorm als Obersatz und der Sachverhalt als Untersatz.

1. Frage	Was ist real vorgefallen?
2. Frage	Lässt sich der Sachverhalt lückenlos unter dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Text ein- bzw. unterordnen?

Zunächst wird der Obersatz ermittelt, sodann wird ihm der Untersatz gegenübergestellt. Ergibt der Vergleich Übereinstimmung, so kommt es zur Konklusion, d.h. die Rechtsfolge tritt ein. Diese Form des Schliessens nennen wir Syllogismus.

Obersatz	Norm, Tatbestand	Art. 22 Abs. 1 RPG: Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.
Untersatz	Sachverhalt	A. möchte hinter seinem Einfamilienhaus im Garten ein Biotop von 20m ² erstellen.
Konklusion	Rechtsfolge, Rechtswirkung	Falls ein Biotop als Baute oder Anlage im Sinne des Gesetzes gilt, braucht A. eine Bewilligung.

In Wirklichkeit bieten Rechtsnorm und Sachverhalt häufig erhebliche Probleme. Die Rechtsnorm ist auslegungsbedürftig, der Sachverhalt nicht einfach als Geschichte hinzunehmen, sondern es sind aus ihm die für die Beantwortung der Rechtsfragen wesentlichen Elemente herauszufiltern.

Moderne Gesetze verzichten aus verschiedenen Gründen häufig und zunehmend auf die Form der Konditionalnorm: sie verwenden die Finalnorm, die lediglich Ziele, die erreicht werden sollen, angibt, die Wahl der Mittel aber offenlässt, z.B.:

Art. 1 Abs.1 Satz 1 RPG: «Bund, Kantone und Gemeinden sorgen dafür, dass der Boden haushälterisch genutzt wird.»

Art. 11 Abs. 2 USG: «Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen ... so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist.»

aus ihm die für die Beantwortung der Rechtsfragen wesentlichen Elemente herauszufiltern.

IV. Unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen

Der Gesetzgeber muss mit Hilfe der Regelungstechnik Lösungen ermöglichen, die dem Einzelfall gerecht werden. Sogenannte offene Normen dienen dieser Einzelfallgerechtigkeit.

1. Unbestimmte Gesetzesbegriffe

Die Gesetzesvorschrift umschreibt die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise («Eignung», «schwerer Fall», «öffentliches Interesse»). Es handelt sich um offene Formulierungen. Die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen gilt als Rechtsfrage, ist daher von den Verwaltungsgerichten überprüfbar. Der Richter übt aber Zurückhaltung (gegenüber örtlichen Verhältnissen, technischen Fragen, tatsächlichen Verhältnissen).

2. Ermessen

Ermessen bedeutet Entscheidungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Es ist grundsätzlich Rechtsfolgeermessen:

- Entschliessungsermessen (Freiheit über das Ob: Soll eine Rechtsfolge eintreten?);
- Auswahlermessen (Freiheit über das Wie: Welche Rechtsfolge soll eintreten, welche Massnahme soll ergriffen werden?).

Die Bedeutung des Ermessens liegt in der Ausrichtung des Entscheids auf den Einzelfall und in der fehlenden Überprüfbarkeit des im Rahmen des Ermessens getroffene-

nen Entscheids durch die Verwaltungsgerichte (es sei denn, das positive Recht sähe die Prüfung der Angemessenheit vor, Art. 104 c. Ziffer 3 OG). Ob Ermessen vorliegt, ist Rechtsfrage, durch Auslegung zu ermitteln. Der Wortlaut (z.B. eine Kann-Vorschrift) lässt nicht ohne weiteres von vornherein erkennen, ob Ermessen oder die Ermächtigung zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung vorliegt.

«Wird eine verschiedenen Bauzonen zugeteilte Parzelle einheitlich überbaut, so kann die Bewilligungsbehörde die Vorschriften der höheren Zone auf die ganze Bebauung anwenden»: Ermessen. «Die Bewilligungsbehörde kann ausserhalb der Randzone Gebäude bis zur zonenmässigen Gebäudehöhe zulassen, namentlich um eine bessere Überbauung mit vermehrten Freiräumen zu schaffen»: Ausnahmegewilligung.

Ermessen heisst nicht völlige Freiheit der Behörden, sondern pflichtgemässes Ausfüllen des Beurteilungs- oder Entscheidungsspielraums. Die Behörden sind an die Verfassungsgrundsätze und an den Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung gebunden.

3. Unangemessenheit

Der Entscheid liegt im Rahmen des Ermessens, ist aber unzweckmässig (eine andere Lösung ist zweckmässiger). Es liegt keine Rechtsverletzung vor.

4. Ermessensfehler

a. Ermessensmissbrauch

Der Entscheidungsspielraum ist formell eingehalten, der Entscheid ist aber sachlich nicht haltbar, willkürlich: Es liegt eine Rechtsverletzung vor.

Beispiel: Einer Partei wird in einem Verfahren eine zu niedrige Parteientschädigung zugesprochen.

b. Ermessensüberschreitung

Das Gesetz gibt keinen Ermessensspielraum. Trotzdem wird Ermessen betätigt.

Beispiel: Eine Behörde erteilt eine Ausnahmegewilligung, obwohl das einschlägige Gesetz keine Ausnahmen vorsieht.

c. Ermessensunterschreitung

Das Gesetz gibt einen Ermessensspielraum. Die Behörde betätigt jedoch kein Ermessen.

Beispiel: Eine Behörde behandelt ein Gesuch um eine Bewilligung nicht durch Entscheid, sondern durch Los und übt damit das ihr zustehende Ermessen nicht aus.

§ 18 Völkerrecht

I. Begriff

Das Völkerrecht ist die Rechtsquelle für die Beziehungen der Staaten untereinander, regelt aber auch das staatliche Handeln nach innen. Der klassische Bereich des Völkerrechts ist das Recht des zwischenstaatlichen Verhaltens. Das moderne Völkerrecht regelt zudem die hoheitsfreien Räume (Weltraum, Weltmeere) und die internationalen Organisationen.

Wichtigste Rechtsquelle des Völkerrechts ist der Staatsvertrag als Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Staaten, die durch übereinstimmende Willensäusserung zustandekommt und zwischen den beteiligten Staaten Rechte und Pflichten begründet. Auch einseitige Rechtsgeschäfte wie z.B. Anerkennungen, Verzichtserklärungen, Versprechen, Proteste usw. gehören zum Staatsvertragsrecht.

Gewohnheitsrecht (Völkergewohnheitsrecht) oder allgemeine Rechtsgrundsätze können völkerrechtliche Bedeutung erlangen.

II. Allgemeines Völkerrecht

Als Allgemeines Völkerrecht wird das ungeschriebene Recht bezeichnet, das für die Staaten verbindliche Normen ausbildet. Die Staatengemeinschaft braucht gewisse Regeln, damit ein friedliches Zusammenleben möglich ist. Das Allgemeine Völkerrecht stellt die Grundsätze dafür auf und dient der Lückenfüllung von Staatsvertragsrecht.

1. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Auf allgemeine Rechtsgrundsätze wird zurückgegriffen, wenn weder das Vertragsrecht noch das Gewohnheitsrecht Regelungen für einen Sachverhalt enthalten. Beispiele für allgemeine Rechtsgrundsätze sind z.B.: Verjährung und Verzinsung von Forderungen eines Staates gegen einen anderen; Treu und Glauben; Acquiescence (qualifiziertes Stillschweigen) und Estoppel (Verbot widersprüchlichen Verhaltens).

Fallbeispiel: Die Kantone Wallis und Tessin erbauten in den Jahren 1965-1969 eine Strasse über den Nufenen-Pass. Bei der Planung und dem Bau der Strasse stellten beide Kantone auf die Landeskarte 1:25000 ab. Nach Eröffnung der Strasse gab es einen Konflikt zwischen den Kantonen, in dessen Verlauf der Kanton Wallis die Richtigkeit der Grenzziehung bestritt. Das Bundesgericht prüfte die Angelegenheit unter Berücksichtigung der völkerrechtlich anerkannten Rechtsgrundsätze "acquiescence" (passive Hinnahme eines Zustandes wirkt bindend) und "estoppel" (Verbot widersprüchlichen Verhaltens) (BGE 106 Ib 154ff.).

2. Gewohnheitsrecht

a. Gewalt- und Interventionsverbot

Das gewohnheitsrechtliche Gewalt- und Interventionsverbot untersagt den Staaten, in ihren internationalen Beziehungen Interessen und Ansprüche mit Waffengewalt durchzusetzen.

Fallbeispiel: 1979 wurde der Präsident von Nicaragua gestürzt und die politische Bewegung der Sandinisten übernahm die Macht. Die Anhänger des früheren Präsidenten schlossen sich zu einer bewaffneten Opposition zusammen, die in zwei Gruppen arbeitete: Eine Gruppe (FDN) operierte entlang den Grenzen zu Honduras, die andere (ARDE) von Costa Rica aus.

Die USA unterstützte zuerst die neue Regierung mit einem Wirtschaftsförderungsprogramm. 1981 änderten die USA ihre Haltung: Die Finanzhilfe wurde gestrichen, dafür erhielt die Opposition - sogenannte "contras" - Unterstützung durch die USA.

Nicaragua gelangte an den IGH und beschuldigten die von den USA unterstützten "contras", beträchtlichen Schaden angerichtet und für die Entführung, Folterung und Tötung von zahlreichen Menschen verantwortlich zu sein. Verschiedene militärische und paramilitärische Operationen gegen Nicaragua seien nicht unter der Führung von "contras" durchgeführt worden, sondern amerikanische Kräfte hätten diese geleitet und daran teilgenommen. Nicaragua rügte die Verletzung vertraglicher und gewohnheitsrechtlicher Grundsätze. Aus prozessrechtlichen Gründen konnte der Fall nur im Lichte des Gewohnheitsrechts geprüft werden.

Der IGH prüfte den gewohnheitsrechtlichen Gehalt der Grundsätze des Gewalt- und Interventionsverbots. Dazu wurde die Praxis der Staaten und deren "opinio iuris" untersucht und festgestellt, dass das Gewaltverbot gewohnheitsrechtlich bindend ist. Die gewohnheitsrechtliche Norm ist das Ergebnis einer praktischen Übung. Gemäss dem IGH kann Gewohnheitsrecht nicht nur durch die faktische Übung, sondern auch durch die Zustimmung zur Resolution 2625 (XXV) der UNO-Generalversammlung betreffend "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in accordance with the Charter of the United Nations" begründet werden. [Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986 14].

b. Recht der guten Nachbarschaft

Das Recht der guten Nachbarschaft (gegenseitige Rücksichtnahme) ist von Bedeutung im Bereich von Wasservorkommen (beteiligt Staaten als Ober- und Unterlieger von Flüssen oder als Anrainer von Seen als mehrnationalen Binnengewässern), im Bereich der Luftbelastung (grenznahe Industrieanlagen), des Lärmschutzes (grenznahe Schiessplätze).

Das Recht der guten Nachbarschaft formt auch Grundsätze darüber aus, wie Staaten verfahrensrechtlich miteinander umgehen.

Fallbeispiel – Recht der guten Nachbarschaft: In der Ortschaft Trail in der kanadischen Provinz British Columbia lag eine Zink- und Bleischmelze. Die Entfernung zur amerikanisch-kanadischen Grenze betrug weniger als 20 km. Nach einer Vergrößerung der Anlage im Jahre 1925 verursachte diese Schäden durch austretende Schwefeldioxydgase im benachbarten amerikanischen Staat Washington. Die Gase gefährdeten Menschen, Tiere und Pflanzen. Um den Konflikt beizulegen wurde ein Schiedsgericht eingesetzt, dessen Überlegungen im völkerrechtlichen Nachbarrecht bis heute von Bedeutung sind. (Trail Smelter Case, UNRIAA 3 1905)

III. Staatsvertragsrecht

1. Begriff

Internationale Staatsverträge sind Verträge zwischen Staaten im internationalen Rechtsbereich. Die internationalen Staatsverträge haben völker- und landesrechtliche Verbindlichkeit (BGE 122 II 237).

2. Vertragstypen

Staatsverträge, also Verträge zwischen Staaten (im internationalen oder interkantonalen Rechtsbereich), sind danach zu unterscheiden, ob ihre Normen direkt anwendbare Rechtssätze sind (self executing) oder ob es für ihre Anwendung erst noch ein nationales bzw. kantonales Gesetz braucht (non self executing). Rechtsquelle eigener Art ist nur die erste Kategorie der rechtsetzenden Staatsverträge (BGE 112 Ib 184 f.).

a. Self executing

Das Recht von Verträgen, die self executing sind, muss nicht in das schweizerische Landesrecht transformiert werden (Ausschluss des sog. Transformationsprinzips). Self executing ist z.B. die Europäische Menschenrechtskonvention EMRK.

b. Non self executing

Non self executing Verträge müssen zuerst ins Landesrecht transformiert werden, bevor sie innerstaatliche Gültigkeit erlangen, wie z.B. das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen GATT, dessen Regeln durch Bundesgesetze umgesetzt werden müssen.

c. Unterscheidung nach Anzahl beteiligter Staaten

aa. *Bilaterale Verträge*

Bilaterale Verträge sind Verträge zwischen zwei Staaten.

Beispiele:

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie [SR 0.732.441.36]

Abgeschlossen am 22. Oktober 1986

Von der Bundesversammlung genehmigt am 19. Juni 1987

Ratifikationsurkunden ausgetauscht am 20. September 1988

In Kraft getreten am 21. September 1988

Die Schweizerische Eidgenossenschaft und die Bundesrepublik Deutschland,

in der Erwägung, dass der Schutz der Bevölkerung beider Vertragsparteien vor Schäden aus der friedlichen Verwendung der Kernenergie ein vordringliches Ziel nachbarlicher Zusammenarbeit ist (...),

eingedenk der Tatsache, dass beide Vertragsparteien vergleichbare innerstaatliche Haftungsregeln erlassen haben und die jeweiligen Regelungen von einer Gleichbehandlung der Geschädigten beider Vertragsparteien bei Schäden ausgehen, die auf das jeweilige Hoheitsgebiet begrenzt sind,

in dem Wunsche, auch bei grenzüberschreitenden Schäden eine möglichst einheitliche Schadensregelung beidseits der Grenzen der Vertragsparteien sicherzustellen,

sind wie folgt übereingekommen: ...

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über die Koordinierung der Einsätze zur Suche und Rettung von Luftfahrzeugen [SR 0.748.125.194.54]

Abgeschlossen am 27. Oktober 1986

Ratifikationsurkunden ausgetauscht am 1. Juli 1994

In Kraft getreten am 1. Juli 1994

Der Schweizerische Bundesrat und die Regierung der Italienischen Republik,

vom Wunsche geleitet, bei der Suche und Rettung von Luftfahrzeugen zwischen den beiden Vertragsparteien enger zusammenzuarbeiten im Rahmen des Anhangs 12 des am 7. Dezember 1944 in Chicago abgeschlossenen Übereinkommens über die internationale Zivilluftfahrt,

haben folgendes vereinbart: ...

bb. Multilaterale Verträge

Multilaterale Verträge sind Verträge zwischen einer Vielzahl von Staaten. Es gibt Verträge, die für praktisch alle Staaten der Welt gelten, andere wiederum gelten nur für wenige. Wenn wichtige multilaterale Verträge von einer grossen Zahl von Staaten ratifiziert wurden, können sie als Ausdruck einer völkerrechtlichen Rechtsüberzeugung gelten und zu Gewohnheitsrecht werden, das dann auch für die übrigen Staaten gilt.

Übereinkommen zum Schutz des Rheins [SR 0.814.284]

Abgeschlossen in Bern am 12. April 1999

Von der Bundesversammlung genehmigt am 21. Juni 2000

Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 21. Juni 2000

In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 2003

Die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, der Französischen Republik, des Grossherzogtums Luxemburg, des Königreichs der Niederlande, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und die Europäische Gemeinschaft,

von dem Wunsch geleitet, aus einer ganzheitlichen Betrachtungsweise heraus auf eine nachhaltige Entwicklung des Ökosystems Rhein hinzuwirken, die dem wertvollen Charakter des Stroms, seiner Ufer und seiner Auen Rechnung trägt,

in der Absicht, ihre Zusammenarbeit zur Erhaltung und Verbesserung des Ökosystems Rhein zu verstärken, (...)

sind wie folgt übereingekommen: ...

Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung [SR 0.814.32]

Abgeschlossen in Genf am 13. November 1979

Von der Bundesversammlung genehmigt am 17. März 1983

Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 6. Mai 1983

In Kraft getreten für die Schweiz am 4. August 1983

Die Vertragsparteien dieses Übereinkommens,

gewillt, die Beziehungen und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Umweltschutzes zu fördern; (...)

IV. Abschluss internationaler Staatsverträge im Bund

Die Kompetenz zum Abschluss von internationalen Staatsverträgen liegt beim Bund (Art. 54 BV). Der Beitritt der Schweiz zu internationalen Verträgen kommt in folgendem Verfahren zustande:

Ausarbeiten des Vertragstextes	durch Beamte (Diplomaten, „Unterhändler“) der beteiligten Staaten. Beratung und inhaltliche Festlegung der Staatsverträge durch die Vertreter des Bundesrats.
Unterzeichnung des Vertrags	durch die Vertreter des Bundesrats. Die Unterzeichnung stellt die Absichtserklärung der Regierung dar, den Vertrag zu ratifizieren, hat aber noch keine Rechtswirkung.
Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung und Antrag zur Genehmigung des Staatsvertrags.	
Beschluss der Bundesversammlung über die Genehmigung	Obligatorisches Referendum: Verträge über den Beitritt der Schweiz zu Organisationen für kollektive Sicherheit (z.B. UNO) oder zu supranationalen Gemeinschaften (z.B. EU) (Art. 140 Abs. 1 lit. b, Art. 141a Abs. 1 BV).
	Fakultatives Referendum: Völkerrechtliche Verträge, die unbefristet und unkündbar sind, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (z.B. GATT/WTO), eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung (Art. 141 Abs. 1 lit. d, Art. 141 Abs. 2 BV) herbeiführen.
	Genehmigung nur durch den Bundesrat bei Verträgen mit Vollzugscharakter.
Ratifikation	Der Bundesrat ratifiziert den Vertrag, d.h. gibt die völkerrechtlich verbindliche Erklärung ab, dass der Vertrag für die Schweiz gilt.

Die Genehmigung ist der rein innerstaatliche Akt, mit dem der Staatsvertrag für in der Schweiz verbindlich erklärt wird.

Das internationale Staatsvertragsrecht wirft die Frage nach seinem Verhältnis zum Landesrecht auf, denn die internationalen Staatsverträge haben völker- und landesrechtliche Verbindlichkeit (BGE 122 II 237).

- Im Konfliktfall geht das Völkerrecht dem Bundesgesetz vor, insbesondere, wenn die völkerrechtliche Norm dem Schutz der Menschenrechte dient. Bei Konflikten von Normen anderer Qualität ist eine völkerrechtskonforme Anwendung des schweizerischen Verfassungsrechts anzustreben. (BGE 125 II 417)
- Der jüngere Staatsvertrag geht dem älteren Bundesgesetz vor.
- Der ältere Staatsvertrag geht dem jüngeren Bundesgesetz vor (BGE 122 II 485; 122 II 234). Nach der älteren Praxis des Bundesgerichts (sog. Schubert-Praxis) konnte der Bundesgesetzgeber selbst davon absehen und bewusst völkerrechtswidriges Bundesrecht erlassen (BGE 112 II 1; 99 Ib 39).

- Der Staatsvertrag geht dem Verordnungsrecht des Bundes und sämtlichem kantonalen Recht vor.

V. Kompetenzen der Kantone und Gemeinden

1. Kantone

Die Kantone haben zum Abschluss von Staatsverträgen mit dem Ausland eine Kompetenz in Sachbereichen, für deren Regelung sie innerstaatlich abschliessend zuständig sind (v.a. Raumplanung):

Art. 56 BV Beziehungen der Kantone mit dem Ausland

«1 Die Kantone können in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland Verträge schliessen.

2 Diese Verträge dürfen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Die Kantone haben den Bund vor Abschluss der Verträge zu informieren.

3 Mit untergeordneten ausländischen Behörden können die Kantone direkt verkehren; in den übrigen Fällen erfolgt der Verkehr der Kantone mit dem Ausland durch Vermittlung des Bundes (Art. 56 BV).»

Nach Art. 56 Abs. 2 BV benötigen die Staatsverträge der Kantone mit dem Ausland keine Genehmigung des Bundes. Sie dürfen aber v.a. Bundesrecht nicht widersprechen. Bestehen Zweifel, so kann der Bundesrat sich mittels Einsprache gegen einen Vertrag aussprechen (Art. 186 Abs. 3 BV). In diesem Fall hat die Bundesversammlung den Vertrag zu genehmigen (Art. 172 Abs. 3 BV).

Beispiel: Vertrag zwischen Kanton und Ausland:

Vertrag zwischen dem Kanton Basel-Stadt, vertreten durch den Regierungsrat, einerseits, und der Stadt Weil am Rhein, vertreten durch den Bürgermeister, andererseits, betreffend die Verwertung und Vernichtung von Abfallstoffen vom 14. Juli / 10. Juni 1970 (SG-BS 786.360).

2. Gemeinden

Grenzüberschreitende Verträge zwischen Gemeinden sind bis anhin eher selten:

Beispiel: Rahmenabkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften und Behörden. Abgeschlossen am 24. Februar 1993. In Kraft getreten durch Notenaustausch am 26. April 1993.

Dieser Staatsvertrag legalisiert grenzüberschreitende Verträge von schweizerischen und italienischen Gemeinden.

VI. Internationale Organisationen

1. Begriffe

a. Zwischenstaatliche Internationale Organisationen

Eine zwischenstaatliche Internationale Organisation ist ein auf Vertrag beruhender und auf Dauer angelegter Zusammenschluss von Staaten zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben. Sie besitzen Rechtspersönlichkeit und verfügen über mindestens ein handlungsfähiges Organ wie z.B. ein Sekretariat mit einem Generalsekretär, der die Organisation nach aussen vertritt und oder die Versammlung der Mitgliedstaaten

(Generalversammlung, Ratsversammlung), die über Mitgliedschaft und Tätigkeit Beschlüsse fasst, Wahlen vornimmt und Empfehlungen abgibt.

b. Nichtstaatliche Internationale Organisationen

Nichtstaatliche Internationale Organisationen (NGOs) sind in der Regel keine Völkerrechtssubjekte und setzen sich nicht aus Staaten, sondern aus natürlichen und juristischen Personen verschiedener Staaten zusammen. Das IKRK ist Völkerrechtssubjekt, was eine Ausnahme ist, nicht jedoch der WWF, greenpeace etc. NGOs haben teilweise einen Beraterstatus in Treffen der zwischenstaatlichen Internationalen Organisationen

2. Auswahl zwischenstaatlicher Organisationen

a. UNO

Gründung in San Francisco am 26. Juni 1945, Charta der Vereinten Nationen. Die Schweiz ist erst seit Kurzem Mitglied (Volksabstimmung vom 3.3.2002). 192 Mitgliedsstaaten.

Zwecke der UNO: Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit; Entwicklung der Beziehungen unter den Nationen bei Wahrung der Grundsätze der Gleichheit und der Selbstbestimmung; Förderung der internationalen Zusammenarbeit und der Achtung der Menschenrechte.

Organe: Generalversammlung, Sicherheitsrat, Wirtschafts- und Sozialrat, Sekretariat, Internationaler Gerichtshof in den Haag (Statut vom 26. Juni 1945, SR 0.193.501; Beitritt der Schweiz mit BB vom 12.3.1948).

Es bestehen verschiedene Nebenorgane und Sonderprogramme wie z.B. UNICEF (Kinderhilfswerk), UNCTAD (Konferenz für Handel und Entwicklung), UNHCR (Hochkommissariat für das Flüchtlingswesen), UNEP (Umweltprogramm), UNDP (Entwicklungsprogramm), ECE-UNO (Wirtschaftskommission für Europa mit Umweltschutzregelungen) usw.

Von den Spezialorganisationen sind zu erwähnen: OMPI (Weltorganisation für geistiges Eigentum), OMM (Meteorologische Weltorganisation), UPU (Weltpostverein), UIT (Internationale Fernmeldeunion), ILO/OIT (Internationale Arbeitsorganisation), FAO (Organisation für Ernährung und Landwirtschaft), FIDA (Fonds für landwirtschaftliche Entwicklung),

UNESCO (Organisation für Erziehung, Wissenschaft und Kultur), UNIDO (Organisation für industrielle Entwicklung), WHO (Weltgesundheitsorganisation), IAEA (Internationale Atomenergie-Agentur) usw.

Nähere Informationen: <http://www.un.org/>

b. GATT/WTO

GATT: Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, abgeschlossen am 30. Oktober 1947 in Genf (SR 0.632.21), Beitritt der Schweiz 1960/1966.

WTO: Welthandelsorganisation, abgeschlossen am 15. April 1994 in Marrakesch. Sie bildet seit 1995 das rechtliche und institutionelle Fundament des multilateralen GATT und regelt die grenzüberschreitenden Handelsbeziehungen der Staaten auf globaler Ebene. 151 Mitgliedstaaten.

Zwecke: Öffnung des Zugangs zu den Märkten, Schaffung einer globalen Handelsordnung.

Nähere Informationen: <http://www.wto.org/>

c. OECD

Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, abgeschlossen am 14. Dezember 1960 (SR 0.970.4), Beitritt der Schweiz durch BB vom 14.6.1961. 30 Mitgliedstaaten.

Die OECD bietet die Möglichkeit, Wirtschafts-, Finanz-, Bildungs-, Wissenschafts-, Sozial-, Umwelt- und Entwicklungspolitik zu diskutieren, zu überarbeiten und zu verbessern. Grosses Gewicht wird dabei der besseren Koordination und Kohärenz von nationaler und internationaler Wirtschaftspolitik beigemessen.

Nähere Informationen: <http://www.oecd.org/>

d. OSZE

Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa; Nachfolgeorganisation der KSZE (Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa). Mitgliedsstaaten: 56

Schwerpunkte der Tätigkeit der OSZE sind die Präventivdiplomatie, Konfliktverhütung und Krisenbewältigung sowie der Wiederaufbau und die Festigung demokratischer Gesellschaftsstrukturen nach Konflikten.

Nähere Informationen: <http://www.osce.org/>

e. Europarat

Gegründet am 5. Mai 1949 in London, Sitz in Stassburg, Beitritt der Schweiz durch BB vom 19.3.1963. Mitgliedstaaten: 47

Organe: Parlamentarische Versammlung, Ministerkomitee. - Europäische Kommission für Menschenrechte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg; (beide beruhen auf der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten EMRK vom 4.11.1950 mit Zusatzprotokollen).

Der Europarat fördert Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Von den insgesamt 202 Übereinkommen des Europarats hat die Schweiz bisher 104 ratifiziert. Eines der wichtigsten Übereinkommen ist die Europäische Menschenrechtskonvention.

Nähere Informationen: <http://www.coe.int/defaultDE.asp>

f. EU

Gründungsvertrag der EG vom 23. Juli 1952. 27 Mitgliedstaaten (Stand Januar 2008). Europäische Union, Vertrag von Maastricht vom 2. Februar 1992, revidiert durch die Verträge von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 und Nizza vom 26. Februar 2001.

1952 schlossen sich Belgien, die Niederlande, Luxemburg, Deutschland, Italien und Frankreich zur Montanunion bzw. Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS, ab 2002 in EG integriert) zusammen.

1957 wurden mit den **Römer Verträgen** die Europäische Atomgemeinschaft (Euratom) sowie die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG, ab 1993 EG) gegründet.

Mit dem **Maastrichter Vertrag** (EUV), in Kraft seit 1. November 1993, wurde die Europäische Union (EU) als Dachorganisation der Europäischen Gemeinschaften gegründet. Das Konzept beruht auf dem Prinzip von drei Säulen: Europäische Gemeinschaften (EGKS, EG, Euratom), die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und die Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS).

Darauf folgte als Ergänzung zum Vertrag von Maastricht die Unterzeichnung des **Vertrages von Amsterdam** (unterzeichnet am 2. Oktober 1997, in Kraft getreten 1. Mai 1999). Er sollte ursprünglich dazu dienen, die Europäische Union auch nach der Osterweiterung handlungsfähig zu halten. Eine durchgreifende Reform der EU scheiterte jedoch und machte weitere Reformen nötig.

Am 1. Februar 2003 trat der **Vertrag von Nizza** (beschlossen am 11. Dezember 2000 von den Staats- und Regierungschefs) in Kraft, der weitere Änderungen zum Vertrag von Maastricht, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften und einiger damit zusammenhängender Rechtsakte enthält. Als wichtigste Änderung gilt, dass in vielen Bereichen Beschlüsse mit qualifizierter Mehrheit statt mit Einstimmigkeit zur Regel werden.

Am 29. Oktober 2004 wurde in Rom der Entwurf für den Vertrag über eine **Verfassung für Europa** (VVE) unterzeichnet. Der Vertrag hätte ursprünglich am 1. November 2006 in Kraft treten sollen, scheiterte jedoch, als im Mai bzw. Juni 2005 Frankreich und die Niederlande die EU-Verfassung bei einer Volksabstimmung ablehnten.

Der **Vertrag von Lissabon** (ursprünglich auch EU-Grundlagenvertrag bzw. Reformvertrag genannt) wurde am 13. Dezember 2007 in Lissabon unterzeichnet. Er soll der Europäischen Union eine einheitliche Struktur und Rechtspersönlichkeit geben und den abgelehnten Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) ersetzen. Bis Mitte 2009 sollte dieser Vertrag durch alle Mitgliedstaaten ratifiziert werden, ansonsten er nicht in Kraft treten kann. Am 18. Juni 2008 hat das Parlament Grossbritanniens als 19. EU-Mitgliedland den Vertrag gebilligt. Nur wenige Tage zuvor, am 12. Juni 2008, hatte Irland in einem Referendum als bis dahin einziger Mitgliedstaat das Reformwerk abgelehnt. Stand Juli 2008 stehen verschiedene Varianten zur Diskussion, Irland zu einer Zustimmung zu überzeugen.

Schweiz: Freihandelsabkommen mit EWG und den Mitgliedstaaten der EGKS (Volksabstimmung vom 3.12.1972).

aa. Übersicht Hauptorgane

Die klare Zuordnung im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre der einzelnen Institutionen zu Legislative, Exekutive und Judikative ist in der EU nur bedingt verwirklicht. Hinsichtlich Legislative und Exekutive sind bei den beteiligten Organen Rat und Kommission vermischte Kompetenzen unverkennbar.

Europäische Kommission	Rat der Europäischen Union / Ministerrat	Europäisches Parlament	Europäischer Gerichtshof
Brüssel	Brüssel	Strassburg / Brüssel	Luxemburg
1 Kommissar pro Mitgliedsland, Vertretung der EU, nicht der Herkunftsländer (supranational)	1 Rat (Regierungsmitglied) pro Mitgliedsland, Vertretung der Mitgliedstaaten	Anzahl Parlamentarier nach Bevölkerungszahl, Vertretung der Bevölkerung	1 Richter pro Mitgliedsland
schlägt Gesetze vor (Initiativrecht), führt den Haushaltsplan aus, überwacht die Umsetzung der europäischen Gesetze und des Haushaltes, handelt internationale Verträge aus	entscheidet über Gesetze und den Haushalt, schließt internationale Verträge	entscheidet über Gesetze und den Haushalt, kontrolliert die Kommission	sichert die Einheitlichkeit der Auslegung europäischen Rechts

bb. Weitere Einrichtungen

Europäischer Rechnungshof

Der Europäische Rechnungshof (EuRH) ist zuständig für die Rechnungsprüfung sämtlicher Einnahmen und Ausgaben der Union und für die Kontrolle der Haushaltsführung im Hinblick auf deren Rechtmäßigkeit. Der Europäische Rechnungshof hat zur Zeit 27 Mitglieder, eins aus jedem EU-Mitgliedstaat, die vom Rat der Europäischen Union für sechs Jahre ernannt werden.

Europäische Zentralbank

Die Geldpolitik in den Euro-Ländern wird seit dem 1. Januar 1999 von der Europäischen Zentralbank (Sitz in Frankfurt am Main) bestimmt. Die Bank ist von der nationalen Politik unabhängig. Ihre wichtigste Aufgabe ist die Wahrung der Preisstabilität. Im Rahmen des Europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB/Zentralbankrat) legt sie die Leitzinsen fest.

Europäischer Rat (ohne Organstellung)

Der Europäische Rat ist nicht zu verwechseln mit dem Rat der Europäischen Union (Ministerrat). Der Europäische Rat ist bislang formal kein Organ der EU. Er setzt sich aus den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedsländer, deren Außenministern sowie dem Präsidenten der Europäischen Kommission zusammen, wobei die Außenminister und der Kommissionspräsident nur beratende Funktion haben. Der Europäische Rat hat die Richtlinienkompetenz, er legt Leitlinien und Ziele der EU-Politik fest. Am Gesetzgebungsverfahren der EU ist er jedoch nicht direkt beteiligt.

Der Vorsitz im Europäischen Rat wechselt derzeit halbjährlich zwischen den EU-Mitgliedsländern.

Nähere Informationen: http://europa.eu/index_de.htm

g. EFTA

Europäische Freihandelsassoziation vom 4. Januar 1960, Schweiz Mitglied: BB vom 23.3.1960. 4 Mitgliedstaaten: Island, Norwegen, Liechtenstein und die Schweiz (ein Grossteil der ursprünglichen Mitgliedsländer ist mittlerweile in die EU eingetreten).

Die Beziehungen von Island, Norwegen und Liechtenstein mit der EU sind durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) geregelt.

Nähere Informationen: <http://www.efta.int/>

h. EWR

Europäischer Wirtschaftsraum, Vertrag vom 2. Mai 1992. Mitgliedstaaten: EU-Staaten und 3 EFTA Staaten. Aufgrund von Art. 128 EWR-Abkommen muss jedes Land, welches der EU beitreten will, gleichzeitig Mitglied des EWR werden. Schweiz: Ablehnung des Beitritts durch Volksabstimmung vom 6.12.1992. Die Schweiz ist demnach nicht Mitglied des EWR, hat aber Beobachterstatus.

Nähere Informationen zur Schweiz. Aussenwirtschaft:

<http://www.seco.admin.ch/themen/>

i. Weitere europäische Organisationen (Auswahl)

CERN (Europäische Organisation für kernphysikalische Forschung), ESA (Europäische Weltraumorganisation), EUTELSAT (Europäische Fernmeldesatellitenorganisation).

j. Weitere weltweite Organisationen (Auswahl)

BIZ (Bank für Internationalen Zahlungsausgleich), IEA (Internationale Energieagentur), INTELSAT (Internationale Fernmeldesatelliten-Organisation).

VII. Das Recht internationaler Organisationen

1. Europäische Union

Primäres Gemeinschaftsrecht sind in erster Linie die Gemeinschaftsverträge und ihre Änderungen (vgl. dazu oben § VI. 2. f.). Sodann gibt es auch ungeschriebenes primäres Gemeinschaftsrecht (allgemeine Rechtsgrundsätze, Gewohnheitsrecht).

Als weiteres primäres Gemeinschaftsrecht war die EU-Verfassung vorgesehen. Der Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) hätte den EG-Vertrag und den EU-Vertrag ablösen und der Europäischen Union eine einheitliche Struktur und Rechtspersönlichkeit geben sollen. Der Vertrag scheiterte jedoch und das Projekt wurde neu angegangen. Der Vertrag von Lissabon (ursprünglich auch EU-Grundlagenvertrag bzw. Reformvertrag genannt) soll nun der Europäischen Union die erwünschte einheitliche Struktur und Rechtspersönlichkeit geben und den abgelehnten Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) ersetzen. Am 23. Juni 2007 einigten sich die Staats- und Regierungschefs der EU auf ein ausführliches Mandat für eine neue Regierungskonferenz. Deren Aufgabe war es, den Reformvertrag bis

Ende 2007 auszuarbeiten. Am 19. Oktober 2007 wurde der endgültige Wortlaut des Vertrags, wie von der Regierungskonferenz formuliert, durch den informellen europäischen Rat in Lissabon angenommen, und am 13. Dezember 2007 unterzeichneten die Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union den Vertrag von Lissabon. Bis Mitte 2009 soll der Vertrag durch alle Mitgliedstaaten ratifiziert sein. Stand Mitte Juni 2008 lehnte jedoch Irland in einem Referendum den Vertrag ab.

Nähere Informationen zur Entwicklung sind zu finden unter:

http://europa.eu/lisbon_treaty/index_de.htm

Sekundäres Gemeinschaftsrecht («EU-Gesetz») sind Verordnungen mit allgemeiner und unmittelbarer Geltung für die Mitgliedstaaten, Richtlinien mit nur verbindlicher Zielsetzung, Entscheidungen als verbindliche Einzelfallregelungen, Empfehlungen und Stellungnahmen als unverbindliche Äusserungen.

2. Rechtsschutz

a. Internationaler Gerichtshof IGH in den Haag

Richterliches Hauptorgan der UNO. 15 vollamtliche Richter. Erledigung von Rechtsstreitigkeiten wie z.B. Streit über die Auslegung eines Staatsvertrags. Nur Staaten sind parteifähig, nicht aber Einzelpersonen und internationale Organisationen.

Beispiel: Greenpeace konnte Frankreich im Jahre 1986 im Fall der Versenkung des Schiffs „Rainbow Warrior“ nicht vor den IGH bringen. Die Frage nach einer Entschädigung musste von einer Kommission geklärt werden, die von Neuseeland, unter dessen Flagge die Rainbow Warrior fuhr, und Frankreich gebildet wurde.

Die Gerichtsbarkeit beruht auf dem Prinzip der freiwilligen Unterwerfung, der IGH kann nur dann über Streitigkeiten entscheiden, wenn die beteiligten Staaten seine Gerichtsbarkeit ausdrücklich anerkannt haben.

Beispiel: Der IGH hatte 1949 über einen Fall zu entscheiden, bei dem britische Schiffe durch Seeminen zerstört und Besatzungsmitglieder getötet wurden. Der IGH stellte eine Verletzung des Völkerrechts durch Albanien fest und Großbritannien wurde entschädigt.

Durch die Uno-Sicherheitsratsresolution S/Res 808 und 827 (1993) und S/Res 955 (1994) sind zwei ad hoc Kriegsverbrechertribunale errichtet worden, die Taten in den Konflikten im ehemaligen Jugoslawien und Ruanda aburteilen sollen. Die Resolutionen beruhen auf Art. 41 Kapitel VII UN-Charta und sind nichtmilitärische Zwangsmaßnahmen.

b. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EuGHMR in Strassburg. 41 vollamtliche Richter (jeder Mitgliedstaat des Europarates hat Anspruch auf einen Sitz). Rechtsschutz EMRK.

- Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK).
- Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK).

Bis 1998 gab es noch ein vorgeschaltetes Verfahren vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte. Heute kann jeder Mitgliedstaat (Staatenbeschwerde) oder jede Einzelperson, die behauptet, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein (Individualbeschwerde), direkt eine Beschwerde beim Gerichtshof in Straßburg einlegen

mit der Behauptung, eines seiner durch die Konvention garantierten Rechte sei durch einen Mitgliedsstaat verletzt worden.

Nähere Informationen: <http://www.coe.int/T/D/Menschenrechtsgerichtshof/>

c. **Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften**

EuGH in Luxemburg. Zuständigkeitskatalog (also nicht umfassender Rechtsschutz).

- Entscheidung über Konflikte zwischen den Organen der Gemeinschaft bzw. zwischen der Gemeinschaft und Mitgliedstaaten.
- Entscheidung über Klagen von Gemeinschaftsbürgern.

Beispiel: Klage der EU gegen Frankreich gegen dessen Weigerung, die Lockerung des Importverbots für britisches Rindfleisch («BSE-Verdacht») umzusetzen.

Teil 3: Aufgaben des Staates

§ 19 Kompetenzordnung

I. Staatsziele und Staatsaufgaben

Die Bundesverfassung enthält verschiedene Typen von Rechtsnormen:

- Zielnormen;
- Aufgaben- und Kompetenznormen;
- Grundrechtsnormen;
- Organisatorische Vorschriften.

II. Zielnormen

Zielnormen sind inhaltliche Angaben über Werte und Zustände, die der Staat mit seinen Tätigkeiten anstrebt. Verfassungsziele können gesamtstaatlich oder sektoriell sein. Die Verfassung lässt es bei diesen Angaben bewenden. Zielnormen geben keine Mittel oder Verfahren an und bezeichnen keine Behörde als zuständig für die Realisierung der Ziele. Zielnormen der BV begründen keine Kompetenzen, v.a. keine neuen Bundeskompetenzen. Sie verändern somit die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (Art. 3 BV) nicht. Sie sind im allgemeinen kompetenzübergreifend, reichern bestehende Zuständigkeiten und Aufgaben mit neuen Programmen und Inhalten an. Zielnormen richten sich an alle Behörden des Gemeinwesens, in erster Linie an den Gesetzgeber, auch den Verfassungsgesetzgeber im Hinblick auf die zielkonforme Ausgestaltung der Verfassung und der Gesetze. Sie richten sich aber auch an die Verwaltungsbehörden und Gerichte, die in ihrer Praxis der Rechtsanwendung die Ziele zu beachten haben (insbesondere als Orientierungshilfen bei der Gesetzesauslegung).

1. Gesamtstaatliche Ziele

Beispiele für die gesamtstaatlichen Ziele sind Art. 2 Abs. 2 und 3 sowie Art. 94 Abs. 2 BV (vgl. dazu vorne Teil 1 § 7.)

Auch Art. 41 BV ist gesamtstaatlich, wobei in Abs. 4 ausdrücklich erwähnt wird, dass sich aus der Norm keine unmittelbaren Ansprüche gegenüber dem Staat ableiten lassen, da es sich um eine Zielnorm handelt:

3. Kapitel der BV: Sozialziele Art. 41 BV

«1 Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:

- a. Jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat; jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält;*
- c. Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern beschützt und gefördert werden;*
- d. Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können;*
- e. Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können;*
- f. Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren*

*Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können;
 g. Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden
 2 Bund und Kantone setzen sich dafür ein, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung gesichert ist.
 3 Sie streben die Sozialziele im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel an.
 4 Aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden.»*

2. Sektorielle Zielnormen

Art. 89 Abs. 1 BV: «1 Bund und Kantone setzen sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch.»

Mit dieser Zielnorm wird die Richtung der Energiepolitik angegeben. Sie steuert die Wahrnehmung der Aufgaben, die im Bereich der Energieversorgung und des Energieverbrauchs liegen.

Ziele der Verfassung sind einander grundsätzlich gleichwertig. Sie können miteinander in Konflikt treten, für welchen Fall die Verfassung selbst keine Harmonisierungsmassstäbe bereithält. Alle Ziele sind zu optimieren, d.h. es darf kein Ziel a priori oder vollständig unterliegen bzw. überwiegen. Zielkonflikte im Bereich des Energieartikels der BV können z.B. zwischen «wirtschaftlich» und «umweltverträglich» bestehen.

III. Aufgabennormen

Staatsaufgaben kommen auch in den Zielnormen zum Ausdruck: die Erreichung der Ziele ist Staatsaufgabe. In einem engeren Sinn umfasst der Begriff der Staatsaufgabe die Zuständigkeiten (Kompetenzen) des Staates, also die eigentlichen Sachaufgaben. Für das schweizerische Verfassungsrecht ist der Begriff der Kompetenz wesentlich für die Aufteilung der Aufgabenerfüllung zwischen Bund und Kantonen. Die Bundesverfassung muss die Staatsaufgaben des Bundes inhaltlich festlegen (Art. 3 und 42 Abs. 1 BV).

Aufgabennormen sind objektives Recht, nicht eine subjektive Berechtigung einer Behörde: Die Behörde kann nicht frei entscheiden, ob sie von der Kompetenz Gebrauch machen will oder nicht.

1. Unmittelbare und mittelbare

In der BV finden sich detaillierte Aufgabenregelungen (z.B. Art. 76 BV, Wasserwirtschaft) und offene ohne weitere Inhaltsangaben (z.B. Art. 87 BV, Schifffahrt etc.). Aufgaben des Bundes können sich auf zweierlei Weise der BV entnehmen lassen:

Unmittelbar:	Die BV umschreibt die Aufgabe präzise, z.B. Art. 63 Abs. 2 BV: Betrieb der ETH;
Mittelbar:	Erst die Gesetzgebung macht deutlich, welches Inhalt und Umfang einer Aufgabe sind, z.B. Art. 87 BV: Eisenbahnverkehr.

2. Ausdrückliche und stillschweigende

Bundeskompetenzen können wie folgt auf die BV gestützt werden:

auf eine ausdrückliche Norm	z.B. Umweltschutz (Art. 74 BV)
stillschweigend (heute nur historisch)	kraft Sachzusammenhang (implied powers): z.B. wurde unter dem Post-, Telefon- und Telegraphenmonopol der alten BV auch die Kompetenz zur Regelung sämtlicher modernen Telekommunikationsmedien mit verstanden (heute Art. 92 und 93 BV); kraft Gesamtzusammenhang (resulting powers): z.B. bestand die Kompetenz des Bundes zur Kulturförderung bereits vor dem Erlass von Art. 69 BV.

Stillschweigende Kompetenzen des Bundes dürfen nicht ohne weiteres angenommen werden.

3. Nach Art der Umschreibung

Nach der Art der Umschreibung lassen sich die Bundesaufgaben wie folgt einteilen:

Sachgebiete	z.B. Umweltschutz (Art. 74 BV), oder die Fischerei (Art. 79 BV).
Rechtsbereiche	z.B. Zivilrecht (Art. 122 BV).
Staatsfunktionen	Gesetzgebung z.B. Art. 87 BV (Eisenbahnen), 75 BV (Raumplanung); Verwaltung z.B. Art. 81 BV (öffentliche Werke), Art. 82 Abs. 2 BV (Oberaufsicht über Strassen, an deren Erhaltung und Betrieb die Eidgenossenschaft ein Interesse hat); Rechtsprechung z.B. Art. 188 ff. BV (Bundesgericht).
Querschnittsaufgaben	Art. 75 BV (Raumplanung), Art. 74 BV (Umweltschutz), 126/183 BV (Finanzverwaltung).
Programme	Art. 84 BV (Schutz des Alpengebiets).

IV. Grundsätze der Kompetenzausscheidung

Art. 3 BV ist die verfassungsrechtliche Grundnorm des Föderalismus und bundesstaatsprägend. Die Rechtsregel Art. 3 BV wirkt als «Zuweisungsnorm» und verteilt die staatlichen Zuständigkeiten lückenlos auf Bund und Kantone. Die Kantone besitzen die subsidiäre Zuständigkeit und sind zuständig, wo immer der Bund von der Bundesverfassung nicht zuständig erklärt wird. Es gibt keine staatliche Aufgabe, für die kein Gemeinwesen zuständig wäre. Der Bund, will er zuständig sein, muss seine Zuständigkeit in der Bundesverfassung durch Verfassungsergänzung begründen.

Die Bundesverfassung muss also den Kantonen keine Zuständigkeiten zuweisen. Dennoch erwähnt sie nicht selten kantonale Kompetenzen, z.B. in Art. 75 Abs. 1; 76 Abs. 4; 78 Abs. 1; 89 Abs. 1; 69 Abs. 1 BV. Die Bedeutung dieser Erwähnungen kantonaler Kompetenzen ist eine Verstärkung der Kantonskompetenz - Betonung der Gleichrangigkeit mit der Bundeskompetenz (Bundesverfassungsrang der kantonalen Kompetenz) - ein Hinweis auf die Kantonskompetenz und schliesslich Auftrag an die Kantone.

Art. 3 BV ist nicht Kollisionsnorm wie Art. 49 Abs. 1 BV (Vorrang des Bundesrechts vor kantonalem Recht). Es folgt daraus nicht eine Überordnung des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht. Aber Art. 3 BV sagt, dass weder der Bund noch ein Kanton Regelungen erlassen darf, wenn das andere Gemeinwesen zuständig ist.

V. Arten von Bundeskompetenzen

1. Ausschliessliche Bundeskompetenz

Eine ausschliessliche Bundeskompetenz liegt in Ausnahmefällen vor, es bedeutet, dass der Bund von der Kompetenzübertragung durch die BV an die alleinige Zuständigkeit hat. Dies auch dann, wenn der Bundesgesetzgeber (noch) nicht legiferiert hat («ursprünglich derogatorische Bundeskompetenz»). Die Kantone sind von Anfang an ausgeschlossen; vorbestandenes kantonales Recht wird vernichtet.

Beispiel: Kernenergie (Art. 90 BV).

2. Konkurrierende Bundeskompetenz

Die konkurrierende Bundeskompetenz ist der Regelfall und bedeutet, dass der Bund die kantonale Zuständigkeit nicht schon mit der Kompetenzübertragung durch die BV auf ihn, sondern erst dann verdrängt, wenn der Bundesgesetzgeber die Kompetenz durch ein Bundesgesetz konkretisiert hat. Allerdings und auch dann nur in dem Umfang, als der Bund den Kantonen nicht noch Raum lässt («nachträglich derogatorische Bundeskompetenz»).

- Die Bundeskompetenz zur Gesetzgebung ist grundsätzlich umfassend; der Bund kann sie voll ausschöpfen und muss den Kantonen keinen Raum zu eigener Gesetzgebung belassen. Die konkurrierenden Bundeskompetenzen sind also in der Sache umfassend, d.h. sie sparen keinen Teilbereich der Sachaufgabe aus;
- Der Bund muss indessen jeweils durch Auslegung sorgfältig abklären, wie weit er den Kantonen Raum lassen soll und wie weit er die Kompetenz selbst wahrzunehmen hat.

Das kantonale Recht bleibt bis zum Erlass von Bundesrecht voll gültig. Sobald der Bund seine Kompetenz ausschöpft, tritt das kantonale Recht ausser Kraft und die Kantone haben keine Kompetenzen mehr in den durch die Bundesgesetzgebung bestimmten Gebieten.

Konkurrierende Bundeskompetenzen sind die häufigste Art:

- Gewässerschutz (Art. 76 Abs. 3 BV);
- Schifffahrt (Art. 87 BV);
- Transport und Lieferung elektrischer Energie (Art. 91 Abs. 1 BV);
- Umweltschutz (Art. 74 BV);
- Energieverbrauch von Anlagen, Fahrzeugen und Geräten (Art. 89 Abs. 3 BV);
- Rohrleitungen (Art. 91 Abs. 2 BV).

3. Parallelkompetenzen

Bund und Kantone besitzen gleichartige Zuständigkeiten, z.B. Einrichtung und Führung von Hochschulen (Art. 63 Abs 2 BV), Besteuerung der Einkommen (Art. 128 BV).

4. Grundsatzkompetenz des Bundes

Der Bund besitzt die Zuständigkeit zur Rahmen- oder Grundsatzgesetzgebung. Er hat keine umfassende Gesetzgebungskompetenz.

Kriterien zur Festlegung einer Grundsatzkompetenz:

Föderative Gesetzgebung	Die Bundes- und die Kantonsgesetzgebungen sollen sich ergänzen. Der Bund nimmt vor allem die Koordination wahr.
Subsidiaritätsprinzip	Den Kantonen soll eine substantielle Rechtssetzungskompetenz verbleiben, damit sie den eigenen Gegebenheiten Rechnung tragen können. Eine Bundesregelung ist nur geboten, soweit sie im gesamtschweizerischen Interesse liegt.
Mindest- oder Höchstvorschriften des Bundes	Der Bund kann den Kantonen Rechtssetzungsaufträge erteilen; besonders Wichtiges ist jedenfalls durch den Bund zu regeln. (Bundesrat, Botschaft zum Energieartikel vom 7.12.1987, BB1 1988 I 377).

Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes sind z.B.:

- Art. 75 BV: Raumplanung;
- Art. 76 Abs. 2 BV: Erhaltung und Erschliessung der Wasservorkommen; Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung; Wasserhaushalt;
- Art. 79 BV: Fischerei und Jagd;
- Art. 89 Abs. 2 BV: Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien; sparsamer und rationeller Energieverbrauch.

5. Zusammenfassung

Bund	Kantone
Ausschliessliche Kompetenz – Wirkung: ursprünglich derogatorisch	Keine Kompetenzen – Kantonale Kompetenz geht zum Zeitpunkt der Aufnahme der Bundeskompetenz in die BV unter.
Konkurrierende Kompetenz – Wirkung: nachträglich derogatorisch	Kantonale Kompetenz bleibt bestehen, solange der Bund seine Kompetenz nicht ausübt und noch keine Regelung erlassen hat.
Kompetenzen zur Rahmengesetzgebung	Kompetenzen zur Regelung von Details.
Parallele Bundeskompetenzen	Kantone verfügen neben dem Bund über die Gesetzeshoheit – Wirkung: kantonales Recht wird durch Bundesrecht nicht berührt.
Keine Bundeskompetenz	Ausschliessliche originäre Kompetenz der Kantone (Art. 3 BV)

VI. Kompetenzkonflikte

Fallbeispiele: Die Energie de l'Ouest-Suisse AG ersuchte um die bundesrechtliche Bewilligung für die Erstellung eines Kernkraftwerks. Das zuständige Departement erteilte die atomrechtliche Bewilligung. Es stellte sich die Frage, ob der Kanton nach Erteilung der Bewilligung durch den Bund weiterhin die Kompetenz hat, im nachfolgenden kantonalen Planungs- und Baubewilligungsverfahren die erforderlichen kantonalen Bewilligungen zu verweigern. Das BGer stellte klar, der Kanton sei unabhängig vom atomrechtlichen Verfahren auf Bundesebene weiterhin zuständig „pour entreprendre la procédure de classement en zone industrielle du site de Verbois destiné à l'implantation d'une centrale nucléaire“ (BGE 103 Ia 329, S. 350).

Art. 161 ZGB in der Fassung, die bis Ende 1987 gültig war, sah vor, dass die Frau das (Orts-) Bürgerrecht des Ehemannes annimmt und zugleich ihr bisheriges Bürgerrecht verliert. Der Kanton Basel erliess Vorschriften, wonach eine Basler Bürgerin ihr angestammtes Bürgerrecht beibehalten konnte, auch wenn sie einen Schweizer aus einem anderen Kanton ehelichte. Das BGer entschied, dass der Bund auf dem Gebiet des Zivilrechts aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz alleine zuständig sei (BGE 108 Ib 392).

Die Bundesverfassung enthält zwei Regeln darüber, was gilt, wenn Bundesrecht und kantonales Recht miteinander kollidieren.

- Art. 3 BV: Wenn der Bund für die Wahrnehmung einer Aufgabe zuständig ist, können es die Kantone nicht auch sein: Das kantonale Recht weicht zurück. Dabei handelt es sich eher um eine Kompetenzverteilungs- als um eine Kollisionsnorm;
- Art. 49 Abs. 1 BV: «Bundesrecht bricht kantonales Recht». Dem Bundesrecht widersprechendes kantonales Recht ist ungültig, kann gar keine Rechtskraft erlangen (das ist stärker als bloss «nicht anwendbar sein»). Art. 49 Abs. 1 BV ist die eigentliche Kollisionsnorm:
 - Der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts ist ein verfassungsmässiges Recht des Einzelnen (Art. 189 Abs. 1 lit. a BV), dessen Verletzung vor Bundesgericht mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gerügt werden (Art. 82 und 95 lit. a BGG). Auf Art. 49 Abs. 1 BV kann sich ein Betroffener auch gegenüber Verfügungen letzter kantonalen Instanzen berufen.

Wesentlich ist, dass der Bund sein Recht kompetenzgemäss erlassen und anwenden muss. Nur unter dieser Voraussetzung geht sein Recht demjenigen der Kantone vor.

Zu prüfen ist demnach auch stets,

- ob und wieweit die Kantone im gleichen Sachbereich Kompetenzen haben (namentlich bei konkurrierenden Kompetenzen des Bundes);
- wie verschiedene Sachbereiche, die gleichzeitig berührt sind und unterschiedliche Kompetenzverteilungen zwischen Bund und Kantonen aufweisen, miteinander in Einklang gebracht werden können (z.B. Eisenbahnrecht des Bundes und Raumordnungsrecht der Kantone).

1. Fragestellung bei Rechtsetzungskompetenz

1. Weist die BV dem Bund die Rechtsetzungskompetenz zu?

2. Falls ja, handelt es sich dabei um eine umfassende, fragmentarische oder um eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz (Rahmengesetzgebung) ?
3. Wie wirkt sich die Bundeskompetenz auf die Zuständigkeit der Kantone aus? Liegt eine ursprünglich derogatorische, nachträglich derogatorische oder eine parallele Bundeskompetenz vor?

2. Rechtschutz

Streitigkeiten zwischen Kantonen oder zwischen Kantonen und dem Bund sollen gemäss Art. 44 Abs. 3 BV nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt werden.

Scheitern diese Mittel, können Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden einerseits und kantonalen Behörden andererseits auf dem Weg der Klage beim Bundesgericht (Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG) erledigt werden. Die Rüge lautet auf Verletzung der Zuständigkeitsordnung. Dabei ist zu beachten, dass der Gegenstand der Klage für die Kantone durch Art. 190 BV – Unüberprüfbarkeit von Bundesgesetzen und vom Bund abgeschlossene Staatsverträge – eingeschränkt ist. Kantone können demnach Bundesgesetze und die erwähnten Staatsverträge nicht anfechten, auch wenn diese kompetenzwidrig erlassen bzw. abgeschlossen wurden. Anfechtbar sind nur Bundesbeschlüsse, Verordnungen und sämtliche Gerichts- und Verwaltungsakte des Bundes.

Die Klagemöglichkeit an das Bundesgericht ist auch gegeben bei staatsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kantonen wie z.B. Streitigkeiten aus interkantonalen Verträgen oder über die Abgrenzung der Steuerhoheit (Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG).

§ 20 Grundsätze der Aufgabenwahrnehmung

Fallbeispiel: Die Verordnung über die Förderung von Turnen und Sport des Bundesrates vom 21. Oktober 1987 (SR 415.01) sieht vor, dass an den Volks- und Mittelschulen in der Woche mindestens drei Stunden Turn- und Sportunterricht zu erteilen ist. Zudem sollen Sportlager durchgeführt werden.

L. wurde gestützt auf diese Bestimmung zu einer Busse von Fr. 60.-- verurteilt, weil sein Sohn dem obligatorisch erklärten Skilager ferngeblieben war.

Die bundesrätliche Verordnung stützt sich auf das BG über die Förderung von Turnen und Sport vom 17. März 1972. Nach Art. 2 BG Turnen und Sport sorgen die Kantone für ausreichenden Turn- und Sportunterricht (Abs. 1), wobei dieser an allen Volks-, Mittel- und Berufsschulen einschliesslich Seminaren und Lehramtsschulen obligatorisch ist. Der Bund hat in Sachen Turnen und Sport keine abschliessende Regelung erlassen. Eine Verpflichtung zur Teilnahme an Sportlagern, zusätzlich zu den in der Verordnung festgesetzten wöchentlichen Turnstunden geht über die gesetzliche Zielgebung hinaus. Die Kantone können Turnen und Sport weitergehend fördern und Sportlager als obligatorisch erklären, müssen dies jedoch in einem kantonalen Gesetz festlegen. Ein entsprechendes kantonales Gesetz existierte im vorliegenden Fall nicht, weshalb die Busse ungerechtfertigt ausgesprochen wurde (BGE 114 Ia 111).

I. Gesetzliche Grundlage

Bei schweren Eingriffen seitens des Staates in die Freiheitsrechte des Einzelnen braucht es eine klare Grundlage im Gesetz. Ist ein Eingriff nicht schwer, genügt auch eine offene Gesetzesvorschrift und eine sich darauf abstützende Verordnung (BGE 115 Ia 378).

Eingriffe	Beispiele
Als schwer beurteilt	Enteignung, Bauverbot, Einweisung von Land in die Zone für öffentliche Bauten
Als keine schweren beurteilt	Beschränkung des Nutzungsmasses (Ausnutzungsziffer), Änderung oder Beschränkung der Nutzungsart eines Grundstücks, Festlegung einer Baulinie.

Generell lässt sich festhalten, dass die Vorschrift im formellen Gesetz umso klarer und eindeutiger sein muss, je schwerer ein Eingriff wirkt. Die sog. polizeiliche Generalklausel, die als allgemeiner Grundsatz auch ungeschrieben gilt, genügt als Grundlage, wenn eine besondere Gesetzesvorschrift fehlt. Dies jedoch nur für Eingriffe bei unmittelbarer, direkter und schwerwiegender Gefährdung von fundamentalen Rechtsgütern. Vorausgesetzt sind Dringlichkeit und Unvorhersehbarkeit (vgl. BGE 100 Ia 144 ff.: keine zeitliche Dringlichkeit des Verbots, eine bestehende Tankstelle weiterzubetreiben).

Auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wurde nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts verzichtet bei Grundrechtsausübungen auf öffentlichem Grund, d.h. auf öffentlichen Strassen und Gewässern (BGE 105 Ia 91: Die Verfügungsgewalt des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen impliziert die Befugnis, die Nutzung auch ohne Ermächtigung in einem Gesetz bewilligungspflichtig zu erklären). Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV gilt das Legalitätsprinzip nach neuerer Auffassung jedoch für alle Bereiche des Verwaltungsrechts, demnach muss die Bewilligungspflicht zur Nutzung des öffentlichen Grundes in einer generell-abstrakten Norm umschrieben werden, wobei diese auch in relativ unbestimmter Weise erlassen werden kann, denn die Zweckbestimmung der öffentlichen Sache determiniert die Nutzungsordnung bereits weitgehend.

II. Öffentliches Interesse

Fallbeispiel: Das Polizeigesetz des Kantons Basel-Stadt wird durch eine Vorschrift ergänzt, dass alle Polizeibediensteten, die Uniform tragen, für jedermann sichtbar ein Namensschild tragen müssen. An die Stelle der anonymen Polizeigewalt soll im Verkehr mit dem Publikum ein Beamter treten, dessen Name dem Bürger bekannt gemacht wird. Im Sinne der Bürgernähe soll mit der Namenskundgabe eine offene Kommunikation zwischen dem Bürger und dem Polizeibeamten ermöglicht werden (öffentliches Interesse). Ein Polizeibeamter gelangt an das Bundesgericht, da er sich durch die Vorschrift in seiner persönlichen Freiheit verletzt sieht. Er befürchtet durch das Namensschild zunehmende Repressalien (BGE 124 I 85).

1. Allgemein

Der Staat darf in der Gesetzgebung und in der Gesetzesanwendung nur Massnahmen ergreifen, die im öffentlichen Interesse liegen. Gefragt wird dabei nach Ziel und Zweck einer staatlichen Massnahme (z.B. der Einführung einer Bewilligungspflicht, der Erlass von Geboten und Verboten etc.).

Vor allem in den Bereichen der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit ergeben sich Konflikte mit neuartigen Staatsaufgaben, z.B. Raumplanung, Umweltschutz. Die Frage, ob eine Massnahme im öffentlichen Interesse liegt, beantwortet sich in erster Linie aufgrund der Kompetenznormen der Verfassung:

- Art. 75 BV: Zweckmässige und haushälterische Nutzung des Bodens;
- Art. 76 BV: Haushälterische Nutzung und Schutz der Wasservorkommen;
- Art. 78 BV: Natur- und Heimatschutz (als «Sache der Kantone»);
- Art. 89 BV: «Ausreichende, breitgefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung», «sparsamer und rationeller Energieverbrauch».

2. Arten des öffentlichen Interesses:

- Polizeilich (Gefahrenabwehr, z.B. Umweltschutz);
- Sozialpolitisch (Förderung, Gestaltung, z.B. Raumplanung, Energiepolitik);
- Wirtschaftspolitisch (Beeinträchtigung der Wettbewerbswirtschaft, z.B. Förderung bestimmter Berufszweige oder Regionen; wirtschaftspolitische Massnahmen sind den Kantonen verwehrt).

Unter den verschiedenen öffentlichen Interessen können Zielkonflikte auftreten. Die Förderung der Nutzung der Wasserkräfte konfligiert mit dem Schutz von Natur und Landschaft; der raumplanungsrechtliche Grundsatz der haushälterischen Bodennutzung (Art. 75 BV) steht im Widerstreit mit dem Ausbau von Verkehr (Art. 81 ff. BV). Die Verfassungsziele sind unter sich gleichwertig, bei Konflikten muss ein Ausgleich vorgenommen werden.

III. Verhältnismässigkeit

Fallbeispiel: Eine Stadt erlässt ein neues Polizeireglement. Art. 3 beinhaltet, dass örtlich begrenzt öffentliche Plätze und Strassen mit Videokameras überwacht werden können. Das Aufzeichnungsmaterial der Überwachungseinrichtungen wird nach 100 Tagen vernichtet. Gegen die Aufbewahrungsdauer wird Beschwerde wegen Verletzung des Schutzes der Privatsphäre (13 Abs. 2 BV) erhoben. Das Bundesgericht prüfte die Verhältnismässigkeit:

Der Zweck bzw. das Ziel der Überwachung und der umstrittenen Aufbewahrung ist die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Diese wird durch die Überwachung nicht direkt gewährleistet, doch dienen die Aufzeichnungen als präventive Massnahme zur Verhütung von Straftaten (Beweissicherung) und haben einen Abschreckungseffekt, welcher der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dient. Die Massnahme ist demnach als solche geeignet, das Ziel zu erreichen.

Um die Beweissicherung zu ermöglichen, ist es notwendig, dass die Aufnahmen nicht nach wenigen Tagen wieder gelöscht werden, ansonsten kann im Falle einer erst späteren Entdeckung einer Straftat oder später eingereichten Anzeige nicht mehr auf Aufzeichnungen zurückgegriffen werden. Eine gewisse Aufbewahrungsdauer ist damit erforderlich.

Aufzeichnungen von Videoüberwachungen gelten nicht als schwere Eingriffe. Eine längere Aufbewahrungsdauer der Daten stellt jedoch einen schwerer wiegenden Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV dar (Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung). Umgekehrt soll eine effektive Strafverfolgung den persönlichen Verhältnissen der von Straftaten betroffenen Personen dienen. Sollen die Aufzeichnungen eine effektive Strafverfolgung tatsächlich ermöglichen, müssen sie länger aufbewahrt werden, weshalb die sich Aufbewahrungsdauer von 100 Tagen im Rahmen der Zumutbarkeit grundsätzlich rechtfertigt. (BGE 133 I 77)

Gefragt wird nach den Mitteln, die zur Verfolgung eines bestimmten Ziels benötigt werden bzw. eingesetzt werden sollen. Die Mittel müssen folgenden Anforderungen genügen (Reihenfolge ist Abfolge der Prüfungsschritte):

1. Eignung - Zwecktauglichkeit

Eine Massnahme muss geeignet, tauglich sein, den angestrebten Erfolg zu erzielen, das anvisierte Ziel zu erreichen.

Beispiel: Bloss tageweise Sofortmassnahmen sind nicht geeignet, den Sommersmog zu bekämpfen (Entscheid des Bundesrates vom 16.9.1992, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB 1993 Nr. 44, S. 360).

2. Notwendigkeit - Erforderlichkeit

Der Eingriff darf in sachlicher, personeller, räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht weiter gehen als notwendig. Es darf kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, um das Ziel zu erreichen. In diesem Zusammenhang wird auch der Ausdruck der Zweckangemessenheit verwendet.

- Eine Tätigkeit soll wenn möglich mit Auflagen bewilligt statt verboten werden; Ausdruck des Notwendigkeitsprinzipes ist z.B. die in Art. 3 Abs. 1 und 2 des BG vom 21. Juni 1991 über den Wasserbau (WBG) enthaltende Abstufung der Massnahmen;
- Polizeimassnahmen haben sich nur gegen den Störer zu richten;
- Landschaftsschutzmassnahmen sollen nur die schützenswerten Objekte erfassen;
- Ein Bauverbot ist aufzuheben, wenn sein Zweck nicht erreicht werden kann.

3. Zumutbarkeit

Der Eingriff muss zur Bedeutung des angestrebten Ziels angemessen sein (Ziel-Mittel-Relation). Bei der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne wird das Gewicht des verfolgten Zwecks mit der Schwere des Eingriffs verglichen. Das Interesse an der Zweckverfolgung muss umso grösser sein, je schwerer der Eingriff ist.

IV. Rechtsgleichheit

Fallbeispiel: Die Gemeindeversammlung von Grindelwald beschloss 2001 ein neues Gemeinwerkreglement, wonach alle Grundeigentümer zu einer gleich hohen Zahlung an den Strassenunterhalt der Gemeinde beizutragen hatten. Das Bundesgericht entschied, dass die angefochtene Regelung gegen das Gebot rechtsgleicher Behandlung versties, da sie innerhalb des erfassten Kreises der Grundeigentümer für das Mass der Belastung keinerlei Differenzierungen vorsah. Es geht gemäss BGer nicht an, den Eigentümer einer kleinen unüberbauten (bzw. unerschlossenen oder unüberbaubaren) Parzelle gleich stark zu belasten wie etwa den Eigentümer eines viele Wohnungen umfassenden Mietshauses oder eines verkehrsinintensiven Gewerbebetriebes, weswegen das Reglement mit dem Rechtsgleichheitsgebot nicht vereinbar sei. (BGE 131 I 1 vgl. auch BGE 127 I 192 E. 5).

1. Allgemein

Art. 8 BV ist die verfassungsmässige Grundlage des Prinzips rechtsgleicher Behandlung. Die Bestimmung gewährt ein verfassungsmässiges Recht, das umfassende Geltung in Rechtssetzung und Rechtsanwendung auf allen Stufen und in allen Funktionen beansprucht.

Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (BGE 120 Ia 329 ff., 119 Ia 147 f., 119 Ia

123 ff., 110 Ia 13: nur bedingt unzulässige unterschiedliche Behandlung von Ehepaaren und anderen Paaren im Steuerrecht).

Für die Gleichbehandlung der Frauen im Arbeitsverhältnissen (Art. 8 Abs. 3 BV) wurde das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.3.1995 (Gleichstellungsgesetz) erlassen. Für die Gleichbehandlung massgebend sind nur die aus der Norm relevanten Tatsachen, nicht sämtliche tatsächlichen Elemente (BGE 114 Ia 393: unterschiedliche Ausnützungsziffern, 112 Ia 196 ff.).

2. Rechtssetzung

In der Rechtssetzung sind rechtliche Unterscheidungen unzulässig, «für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn (der Gesetzgeber) Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen» (BGE 114 Ia 223). Kein Verstoss gegen Art. 8 BV liegt in der Ungleichbehandlung von Kantonsewohnern und Auswärtigen in der Benützung von öffentlichen Einrichtungen (BGE 119 Ia 123 ff.; höhere Preise der Jagdpatente für ausserkantonale Jäger), unzulässig ist aber die Ungleichbehandlung von Kantonsewohnern verschiedener Staatsangehörigkeit (BGE 114 Ia 8 ff.; Jagdpatente).

Art. 8 BV schreibt aber auch vor, dass differenziert wird, wo ungleiche Sachverhalte vorliegen und die Ungleichheit rechtlich bedeutsam ist (BGE 118 Ib 247: Unterschiedliche Behandlung von Legehennen und Masthennen in der landwirtschaftlichen Produktionslenkung).

3. Rechtsanwendung

In der Rechtsanwendung ist - wenn der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum zusteht - eine unterschiedliche Beurteilung von gleichen tatsächlichen Verhältnissen ohne sachlichen Grund unzulässig. Eine Gleichbehandlung im Unrecht verstösst aber gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip (BGE 108 Ia 214 f., Gesetzwidrige Baubewilligung).

Konflikte können auftreten zwischen dem Gleichbehandlungsgebot und der Änderung einer bisherigen Praxis.

Voraussetzungen zulässiger Praxisänderung:

- ernsthafte und sachliche Gründe müssen zugunsten der neuen Praxis sprechen (BGE 108 Ia 125, Steuerrecht),
- das Interesse an der Rechtssicherheit muss weniger stark wiegen als das Interesse an der Praxisänderung,
- die Änderung muss von grundsätzlicher Bedeutung sein,
- die Änderung darf nicht gegen Treu und Glauben verstossen, berechtigtes Vertrauen in die bisherige Praxis, vor allem im Verfahrensrecht, darf durch die Praxisänderung nicht getäuscht werden (BGE 106 Ia 88 ff., Novenpraxis).

4. Willkürverbot

Fallbeispiel: Als X. aus der Gemeinde O. wegzog, begab er sich für seine Abmeldebestätigung zur Einwohnerkontrolle. Die Ausstellung der Abmeldebestätigung wurde jedoch verweigert mit dem Hinweis darauf, dass X. noch Steuerschulden habe. Das BGer erachtete dieses Vorgehen der Einwohnergemeinde als willkürlich, denn Steuerschulden sind auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Weg einzutreiben, auch wenn dies mit Schwierigkeiten verbunden sein sollte (BGE 127 I 97 ff.).

5. Allgemein

Art. 9 BV verbietet willkürliches Handeln. Willkür ist nicht eine besondere Art der Ungleichbehandlung. Denkbar ist die gleich willkürliche Behandlung Aller.

6. Rechtssetzung

Der Erlass lässt sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen oder ist sinn- und zwecklos.

Fallbeispiel: Die Gemeinde H. erlässt ein Friedhofsreglement. Darin enthalten ist eine Bestimmung, dass nur Grabmäler aus Eisen, Guss und Kupfer, aber nicht aus Stein zugelassen werden. Das BGer beurteilt die Norm als willkürlich (BGE 101 Ia 392; 82 I 220).

7. Rechtsanwendung

Willkür ist qualifizierte Unrichtigkeit eines Entscheids, offensichtliche Unhaltbarkeit; Massstab ist der anzuwendende Rechtssatz. Der Entscheid ist nicht nur unrichtig, sondern schlechthin unhaltbar. Es muss sich um einen klaren Widerspruch zur tatsächlichen Situation, um eine krasse Verletzung einer Rechtsnorm (klarer Widerspruch zu Wortlaut und Sinn) oder eines unumstrittenen Rechtsgrundsatzes oder um einen krassen Widerspruch gegen den Gerechtigkeitsgedanken handeln (so z.B., wenn das Ergebnis stossend ist).

Fallbeispiel: Die Auslegung eines kantonalkirchlichen Verfahrens- und Organisationsrechts ist willkürlich, wenn ohne Grundlage in den entsprechenden Normen angenommen wird, eine Rekurskommission könne auch mit sechs anstelle von sieben Mitgliedern entscheiden (BGE 127 I 128).

V. Treu und Glauben

Fallbeispiel: Ein norwegischer Journalist verfasste einen Bericht über umstrittene Jagdmethoden bei der Robbenjagd. Er nannte dabei den Namen des betroffenen Schiffs. Er wurde von den norwegischen Gerichten wegen Ehrverletzung verurteilt. Daraufhin gelangte er an den EGMR mit der Begründung, er habe sich bei seinem Bericht auf Unterlagen der Regierung gestützt und habe nach Treu und Glauben angenommen, dass er sich auf deren Inhalt verlassen durfte, ohne dass er selber Nachforschungen betrieb. Das EGMR schützte das Vorgehen des Journalisten (Bladet Tromsø c. Norwegen, Rep. 1999-III 289 Ziff. 68).

1. Allgemein

Der in Art. 9 BV enthaltene Verfassungsgrundsatz begründet ein verfassungsmässiges Recht des Bürgers. Er beinhaltet die gegenseitige Rücksichtnahme von Behörden und Privaten, das vertrauenswürdige Verhalten. Der Vertrauensschutz gibt dem Einzelnen einen Anspruch, in seinem berechtigten Vertrauen in Zusicherungen oder

sonstige Verhaltensweisen des Staates, die Erwartungen hervorrufen, geschützt zu werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben enthält zwei Elemente:

- den Vertrauensschutz (Schutz von berechtigtem Vertrauen des Bürgers in das Verhalten der Behörden),
- das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und des Rechtsmissbrauchs (Bindung von Behörden und Bürger).

Fallbeispiel Rechtsmissbrauchsverbot: Der Regierungsrat des Kantons Zürich erliess 1970 die Verordnung zum Schutze des Orts- und Landschaftsbildes von Ellikon am Rhein. Die Verordnung trat am 7. August 1970 in Kraft, wodurch landwirtschaftlich genutzte Grundstücke ganz oder teilweise dem Landschaftsschutzgebiet zugewiesen wurden. Diese Parzellen lagen nach dem ersten, damals geltenden Zonenplan vom 4. Februar/4. März 1965 in der Wohnzone für Einfamilienhäuser. Die Grundeigentümer forderten mit Eingabe vom 19. Februar 1971 bei der zuständigen Schätzungskommission eine Entschädigung für materielle Enteignung. Der Schätzungsentscheid erfolgte erst am 9. Januar 1981, 10 Jahre nach der Eingabe und erst nach Inkrafttreten des für die Betroffenen ungünstigeren RPGs. Das BGE entschied, dass eine Behörde, die einen Entscheid so lange hinauszögert, bis sich die Rechtslage für den Betroffenen durch Inkrafttreten neuer Gesetze erheblich verschlechtert, rechtsmissbräuchlich handelt (BGE 110 Ib 332 ff.).

Fallbeispiel Rechtsmissbrauchsverbot seitens Privater: Ein Anwalt reichte für seine Klienten gegen einen Entscheid des Bezirksrats U. beim Regierungsrat Rekurs ein, ohne diesen zu begründen. Er stellte den Antrag, es sei eine Nachfrist von zehn Tagen zur Begründung des Rekurses anzusetzen. Der Regierungsrat wies das Begehren ab und trat auf den Rekurs nicht ein. Da der Anwalt nach Treu und Glauben im vornherein gewusst haben musste, dass seine Rechtsschrift einen Mangel aufweist und dies nicht dem Sinn und Zweck einer Nachfrist zur Verbesserung entspricht, wurde sein Begehren abgelehnt. Das Bundesgericht stützte diesen Entscheid der Vorinstanz (BGE 111 Ia 161).

2. Voraussetzungen des Vertrauensschutzes

Fallbeispiel Vertrauensschutz: Ein Mitarbeiter des Konsulats in Lyon gab einem Gesuchsteller, der von Schweizern abstammte, Auskunft über die Frist zur Einreichung des Gesuchs um Wiedereinbürgerung. Der Gesuchsteller hielt sich im Vertrauen auf Richtigkeit an die Angabe, es erwies sich indes, dass er die Frist, wie das Gesetz sie regelt, verpasst hatte (BGE 105 Ib 154).

a. Vertrauensgrundlage

Vorliegen muss ein Verhalten einer Behörde, das bestimmte Erwartungen des Bürgers auslöst. Es kann sich um Verfügungen, Auskünfte, Zusagen der Rechtsanwendungsbehörden handeln, aber auch um Präjudizien richterlicher Behörden.

b. Vertrauen in das Verhalten der Behörde

Ist eine genügende Vertrauensgrundlage wie z.B. eine Verfügung objektiv gegeben, so muss sie des weiteren Anlass gewesen sein, dass der Bürger in sie Vertrauen bildete. Er darf ihre Fehlerhaftigkeit nicht kennen, wobei individuelle Kenntnisse und Fähigkeiten des Betroffenen massgebend sind. Nach Fehlern der Zusicherung muss nicht geforscht werden, aber u.U. muss vom Bürger eine Rückfrage erwartet werden, wenn die Fehlerhaftigkeit leicht erkennbar ist.

c. Vertrauensbetätigung

Aufgrund seines Vertrauens muss der Betroffene unwiderrufliche, irreversible oder zu Schaden führende Dispositionen getroffen haben, die nicht mehr oder nicht leicht rückgängig zu machen sind.

d. Zusammenfassung

Zusicherungen sind nur geeignet, eine Vertrauensgrundlage zu bilden, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Gegeben sein muss eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit, individuell konkret auf den Fall bezogen;
- die zusichernde Behörde muss zuständig zur Abgabe der Zusicherung sein;
- die Zusicherung muss vorbehaltlos erfolgt sein;
- die Unrichtigkeit der Zusicherung darf nicht oder nicht leicht erkennbar sein;
- der Empfänger der Zusicherung hat unwiderrufliche Dispositionen getroffen.

Sachverhalt und Rechtslage dürfen sich nicht nachträglich geändert haben und müssen denjenigen im Zeitpunkt der Zusicherung entsprechen. Rechtssetzungsakte bilden in der Regel keine Vertrauensgrundlage (Möglichkeit von Übergangsregelungen); Planänderungen unterstehen dem Gebot der Rechtssicherheit (BGE 109 Ia 115).

3. Interessenabwägung im Einzelfall

Auch wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes zugunsten des Bürgers vorhanden sind, ist immer noch eine Interessenabwägung vorzunehmen. Führt sie zur Ablehnung des Vertrauensschutzes, so ist u.U. ein finanzieller Ausgleich notwendig.

4. Rechtswirkungen des Vertrauensschutzes

Die Behörden sind an die Vertrauensgrundlage gebunden; sie haben sich an einen allenfalls gesetzwidrigen Entscheid zu halten.

5. Entschädigung von Vertrauensschaden

Wenn die Bindung der Behörde an die Vertrauensgrundlage infolge überwiegenden öffentlichen Interesses nicht in Betracht fällt, ist dem Betroffenen Entschädigung zu leisten. Es handelt sich bei dieser Entschädigung um die einzige vom Bundesgericht bisher anerkannte Haftung des Staates für rechtmässig zugefügten Schaden ohne gesetzliche Regelung. Auch möglich ist, eine bereits abgelaufene Frist wiederherzustellen.

§ 21 Kontrolle der Verwaltung**I. Bundesaufsicht über die Kantone****1. Allgemeine Aufsicht**

Dem Bund obliegt die Aufgabe, die Aufsicht über Rechtsetzung und Verwaltung auszuüben. Die Aufsicht betrifft die Rechtssetzung und die Verwaltung, sie ist von

Amtes wegen durchzuführen und richtet sich i.d.R. auf Rechtmässigkeit, u.U. auch auf Ermessensbetätigung. Die Rechtsprechung hat ihre eigenen Verfahren der Kontrolle.

Aufsichtsbehörde ist grundsätzlich der Bundesrat (Art. 186 Abs. 4 BV), möglich sind Ermächtigungen zur Aufsicht an Departemente. Vereinzelt übt die Bundesversammlung Kontrolle aus.

2. Mittel der Bundesaufsicht

a. Aufhebung von kantonalen Akten

Art. 49 Abs. 2 BV bestimmt, dass der Bund über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone wacht, seien dies Aufgaben, die den Kantonen übertragen wurden oder eigenständige kantonale Aufgaben, bei deren Durchführung Bundesrecht berührt wird. Der Bundesrat wird durch Art. 186 Abs. 4 BV verpflichtet, für die Einhaltung des Bundesrechts sowie der Kantonsverfassungen und der Verträge der Kantone zu sorgen und die erforderlichen Massnahmen (Bundesexekution) zu treffen.

Das Recht zur Aufhebung von bundesrechtswidrigen Verfügungen, die in Vollziehung von Bundesrecht erlassen worden sind, hat der Bund auch ausserhalb konkreter Beschwerdeverfahren.

b. Genehmigungen

Der Bundesrat hat gemäss Art. 186 Abs. 2 BV die Erlasse der Kantone zu genehmigen, sofern es die Durchführung des Bundesrechts verlangt.

Beispiel: Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983: *Art. 37 Ausführungsvorschriften der Kantone «Ausführungsvorschriften der Kantone über die Umweltverträglichkeitsprüfung (Art. 9), den Katastrophenschutz (Art. 10), die Sanierung (Art. 16 - 18), den Schallschutz bei Gebäuden (Art. 20 und 21) sowie die Abfälle (Art. 30 - 32) bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes.»*

c. Weisungen

Weisungen sind ein weiteres Mittel des Bundes, die der Aufsicht dienen. Sie werden vor allem in Form von Kreisschreiben erlassen. Weisungen sind Verwaltungsverordnungen, keine Rechtssätze, da sie keine Rechte und Pflichten der Bürger schaffen, für die unterstellten Behörden jedoch bindende Wirkung haben.

d. Beanstandungen, Berichterstattungen, Inspektionen

Wenn die Aufsichtsbehörde in einem konkreten Fall eine Verletzung von Bundesrecht feststellt, kann sie dies beanstanden und eine Berichtigung verlangen.

Die Kantone werden durch einzelne Bundesgesetze zu einer periodischen Berichterstattung über die Amtstätigkeit in einem bestimmten Verwaltungsgebiet verpflichtet.

Die Inspektion betrifft nur den Vollzug von Bundesgesetzen. Dies geschieht durch die Sendung von Bundesbeamten in die kantonale Verwaltung.

e. Bundesexekution

Der Bund kann die Pflichterfüllung der Kantone durchsetzen (Art. 173 Abs. 1 lit. e, 186 Abs. 4 BV).

f. Eidgenössische Intervention

Aufrechterhaltung der verfassungsmässigen Ordnung im Kanton und Schutz der verfassungsmässigen kantonalen Behörden (Art. 52 Abs. 2 BV).

II. Parlamentarische Kontrolle der Verwaltung (Bund)**1. Grundlagen**

Grundlage der Kontrolle - Aufsicht, Oberaufsicht - des Parlaments gegenüber der Verwaltung ist der Grundsatz der Gewaltenteilung. Die Exekutivgewalt wird durch die verfassungsrechtlich höhergestellte Volksvertretung gehemmt. Art. 148 BV ist Ausdruck dieser Parlamentssuprematie. Die Aufsichtsfunktion als solche ergibt sich aus spezifischen Bestimmungen der Verfassung. Im Bund regelt Art. 169 BV die Oberaufsicht der Bundesversammlung über die eidgenössische Verwaltung und Rechtspflege.

Die Kantonsverfassungen enthalten ähnliche Vorschriften. Einige Kantone verzichteten auf die Normierung der allgemeinen Kontrollbefugnis, sie regeln - wie die andern Kantonsverfassungen auch - nur Zuständigkeiten des Parlaments zur Genehmigung von Berichten der Verwaltung: z.B. Art. 51 KV VD; Art. 39 KV NE; Art. 82 KV GE).

2. Kontrollbegriff

Nicht im Kontrollbegriff des schweizerischen Verfassungsrecht enthalten sind:

- Gesetzgebung;
- Rechtspflege.
- Finanzbewilligung und –
beratung (Budget);

3. Befugnisse

Die parlamentarische Verwaltungskontrolle enthält keine Befugnis des Parlaments, Akte der kontrollierten Verwaltung aufzuheben, anstelle der Verwaltung zu entscheiden oder der Verwaltung bindende Weisungen für die Erledigung von Verwaltungsangelegenheiten zu erteilen.

Die Wirkung der Kontrolle kann eine präventive sein, indem der Verwaltung Empfehlungen für die Zukunft gegeben werden; Anlass dazu können Vorkommnisse sein oder lediglich politische Einschätzungen des Parlaments. Die Kontrolle kann in Ausnahmefällen auch eine repressive sein, indem das Parlament der Verwaltung empfiehlt, in einer bestimmten abgeschlossenen Angelegenheit auf den Entscheid zurückzukommen. Die parlamentarische Verwaltungskontrolle kann eine positive oder eine negative sein. Das Parlament hat die Verwaltung nicht nur zu kritisieren, sondern sie in ihrer Tätigkeit auch zu unterstützen. Wichtig ist, dass die parlamentarische Verwaltungskontrolle nicht nur auf dem Gedanken der Gewaltenteilung, sondern auch auf dem Gedanken des Zusammenwirkens zwischen Parlament und Verwaltung aufbaut.

4. Kontrollmittel

Kontrollmittel sind:

- Prüfung von Geschäftsberichten und Spezialberichten;

- Parlamentarische Vorstösse (Art. 118 ParlG - 129 ParlG):
 - Motionen und Postulate, Interpellationen, Einfache Anfragen;
 - Auftrag (Art. 171 BV): Einwirkung auf den Zuständigkeitsbereich des Bundesrates).
- Beratung über Richtlinien der Regierungspolitik (Art. 146 Abs. 3 ParlG);
- Genehmigung von Verordnungen (Vereinzelt sehen Gesetze vor, dass Verordnungen, die die Regierung gestützt auf das Gesetz erlässt, vom Parlament genehmigt werden müssen, bevor sie in Kraft treten).

III. Kontrolle durch Kommissionen (Bund)

1. Die Geschäftsprüfungskommissionen

Die Regelung der Geschäftsprüfungskommissionen und ihrer Tätigkeit ist in Art. 52 – 53 ParlG festgehalten. Aufgabe der Geschäftsprüfungskommission ist die Oberaufsicht über die Geschäftsführung des Bundesrates, der Bundesverwaltung und der Bundesgerichte (Art. 52 ParlG).

Die Geschäftsprüfungsdelegation überwacht die Tätigkeit im Bereich des Staatsschutzes und der Nachrichtendienste (Art. 53 Abs. 2 ParlG)

2. Die Finanzkommissionen

Die Finanzkommissionen (Art. 50 – 51 ParlG) befassen sich mit der Haushaltsführung des Bundes; sie beraten die finanzielle Planung, den Voranschlag und dessen Nachträge und die Staatsrechnung vor. Sie üben die Oberaufsicht über den Finanzhaushalt aus (vgl. Art. 50 Abs. 1 ParlG). Die Finanzkommissionen wählen aus ihrer Mitte je drei Mitglieder in die gemeinsame Finanzdelegation.

Die Finanzdelegation besorgt die nähere Überprüfung und Überwachung des Finanzhaushalts; sie erstattet den Finanzkommissionen Bericht und stellt ihnen Antrag (Art. 51 ParlG).

3. Parlamentarische Untersuchungskommissionen

Die parlamentarischen Untersuchungskommissionen (PUK) sind in Art. 163 - 171 ParlG geregelt. Die Bestellung der PUK erfolgt durch vorgängigen Beschluss der Bundesversammlung. Jeder Rat wählt seine PUK.

Aufgabe der PUK ist die Klärung von Vorkommnissen von grosser Tragweite in der Bundesverwaltung. Hierzu hat sie die Sachverhalte zu ermitteln und weitere Beurteilungsgrundlagen zuhanden der Bundesversammlung zu beschaffen. Die Untersuchungskommissionen erstatten Bericht und stellen Antrag an ihre Räte. Mit der Durchführung einzelner Untersuchungsaufgaben können Subkommissionen betraut werden.

IV. Aufsicht der Regierung über die Verwaltung (Bund)

In der Leitungsfunktion der Regierung ist die Pflicht zur Beaufsichtigung der Verwaltung eingeschlossen. Art. 187 Abs. 1 lit. a BV enthält eine ausdrückliche Vor-

schrift über die Aufsicht des Bundesrates über die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes.

Das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) regelt in Art. 8 die Führung der Bundesverwaltung durch den Bundesrat und schreibt in Abs. 3 vor, dass er die ständige und systematische Aufsicht über die Bundesverwaltung ausübt. Die Aufsichtsbefugnis nach Art. 8 RVOG beinhaltet ein umfassendes Weisungsrecht der Regierung gegenüber der Verwaltung.

Gemäss Art. 38 RVOG erlassen die Departementsvorsteher oder -vorsteherinnen Weisungen für die Tätigkeiten in der Bundesverwaltung. Aber auch aufgrund der allgemeinen Leitungsfunktionen, die sich an einer rechtmässigen, zweckmässigen und leistungsfähigen Verwaltung ausrichten, kann der Erlass von Weisungen geboten sein (Art. 8 RVOG).

Die Pflicht zur Vorgabe von Zielen und Prioritäten (Art. 36 Abs. 1 RVOG) beinhaltet die Überprüfung der Zielerreichung (Art. 36 Abs. 3 RVOG).

In dieser Umschreibung der verwaltungsinternen Aufsicht ist die Kontrollmöglichkeit durch die Rechtspflege nicht enthalten (Art. 9 RVOG).

V. Verwaltungsinterne Kontrolle (Bund)

Das Weisungsrecht der Regierung überträgt sich auf jede Verwaltungseinheit, der weitere Verwaltungseinheiten, namentlich mit Entscheidungsbefugnissen, unterstellt sind (vgl. Art. 48 RVOG). Auch unterhalb der Regierung finden deshalb Kontrollabläufe statt. Weisungs- und Auftragsrechte werden ergänzt durch Informationspflichten sowohl «nach unten» als auch der unterstellten Einheiten «nach oben» (Berichtserstattungspflicht).

VI. Aufsicht über die Gemeinden (Kantone)

Die Aufgabenerfüllung durch die Gemeinden hat im Rahmen des übergeordneten Rechts zu erfolgen. Der Kanton hat deshalb die Gemeindetätigkeit auf ihre Übereinstimmung mit den Rechten des Bundes, des Kantons, aber auch der Gemeinde zu überprüfen. Die Befugnis des Kantons umfasst das Recht und die Pflicht der Überprüfung. Sie umfasst nicht nur die Überprüfung der Tätigkeiten der einzelnen Gemeinde, sondern auch der Aufgabenerfüllung durch alle Gemeinden. Darin liegt auch die Pflicht des Kantons, zwischen den einzelnen Gemeinden zu koordinieren.

1. Umfang

Die Überprüfung ist in erster Linie Rechtskontrolle. Gerade auch die Berücksichtigung der überkommunalen Anliegen, insbesondere in der Raumplanung, verlangt darüber hinaus auch eine Zweckmässigkeitskontrolle. Der Umfang der Überprüfungsbefugnis ergibt sich aus dem kantonalen Recht.

2. Kontrollinstanz

Die Aufsicht des Kantons liegt beim kantonalen Regierungsrat. Dieser kann seine oder gewisse Befugnisse an kantonale Departemente delegieren. Im Kanton Zürich ist die Direktion des Innern allgemeine Kontrollbehörde.

3. Kontrollmittel

Wichtigstes Aufsichtsmittel ist die Genehmigung von kommunalen Geschäften. Die Genehmigungspflicht kann vom kantonalen Recht umfassend oder auch nur für einzelne bestimmte Erlasse der Gemeinden angeordnet sein. Die Genehmigung hat in der Regel konstitutiven Charakter: Die kommunalen Akte werden erst mit der Genehmigung rechtswirksam (vgl. Art. 25 Abs. 2 RPG für Ausnahmegewilligungen nach Art. 24 RPG; Art. 26 Abs. 3 RPG für kommunale Nutzungspläne). Weitere Aufsichtsmittel sind Richtlinien des Kantons (Verwaltungsverordnungen), die vor allem im nicht-autonomen Bereich der Gemeinden vorkommen; Berichterstattungspflichten der kommunalen an die kantonalen Behörden; Inspektionen; Ersatzvornahme (z.B. Festsetzung von Budget und Steuerfuss 1972 der Stadt Luzern durch den Regierungsrat nach zweimaliger Ablehnung einer Vorlage durch die Stimmbürger); kommissarische Verwaltung (vorübergehende Aufhebung des Selbstverwaltungsrechts einer Gemeinde).

VII. Weitere Kontrollbereiche (Bund)

1. Kontrolle der Gerichte

Die Oberaufsicht des Parlaments über die Gerichte (vgl. Art. 169 Abs. 1 BV) erfasst nur die Gerichtsverwaltung indem sie jährlich über die Genehmigung des Voranschlags, der Rechnung und des Geschäftsberichts des Bundesgerichts entscheidet (Art. 3 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht seinerseits übt die Aufsicht über die Geschäftsführung des Bundesstrafgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts aus (Art. 2 Abs. 2 BGG).

Kontrolle im weiteren Sinn ist auch die Rechtspflege, in deren Lauf durch Anfechtung Urteile von Gerichten (z.B. kantonales Verwaltungsgericht, Enteignungsgericht) von nächstinstanzlichen Gerichten überprüft werden können.

2. Kontrolle der Medien

Das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG) [SR 784.40] nennt das Bundesamt für Kommunikation als Aufsichtsbehörde. Es wacht darüber, dass das Gesetz und die Ausführungsbestimmungen, die Konzession sowie die einschlägigen internationalen Übereinkommen eingehalten werden (Art. 86 RTVG).

Für die Behandlung von Beschwerden über den Inhalt redaktioneller Sendungen (Art. 83 Abs. 1 Bst. a RTVG) ist die Beschwerdeinstanz UBI zuständig, wobei dieser Ombudsstellen vorgeordnet sind (Art. 91 RTVG).

3. Ombudsman

Der Ombudsman (wörtliche Übersetzung aus dem Schwedischen: Beauftragter) ist eine staatliche Behörde ausserhalb der Verwaltung, die Rechtmässigkeit und Anstand des Handelns der Verwaltung - meist auf Intervention eines Privaten hin - überprüft und sich durch Vermittlung und Abgabe von Empfehlungen einschalten kann. Sie hat keine Korrektur- oder Weisungsbefugnis.

Allgemeine Ombudsstellen gibt es in den Kantonen Zürich, Basel-Stadt und Basel-Landschaft und in den Städten Zürich, Winterthur und Bern.

4. Kontrolle des Gesetzgebers

Die Umsetzung der Gesetze im Hinblick auf ihre Anwendung ist keine Operation der Schablonierung, sondern trägt wertende Züge. Das Ergebnis der Gesetzesanwendung muss jedoch auf rechtsstaatliche Begründungen zurückgeführt werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Gesetz Mängel in sich trägt, wenn z.B. die Ergebnisse nicht befriedigen. Die rechtsanwendenden Behörden (Verwaltung, Gerichte) üben in diesem Sinn eine Kontrollfunktion gegenüber dem Gesetzgeber aus. Impliziert ist eine Handlungspflicht, die von der Verwaltung wegen des Gesetzesantragsrechts der Regierung leicht erfüllt werden kann, während Gerichte nur indirekt Einfluss nehmen können durch die Urteilsredaktion, worauf die Regierung handlungspflichtig wird.

5. Kontrolle der Einzelnen

In der Umsetzung der Gesetze sind die Privaten nicht frei. Sie haben in ihren Bereichen das Recht und die Pflicht, die geeigneten Vorkehren zur Erfüllung einer Aufgabe zu treffen. Sie tragen selbst Verantwortung in der Rechtsverwirklichung (Eigenverantwortung, Selbstverantwortung); diese wird ihnen von Behörden nicht abgenommen. Das Wissen der Privaten wird in der Gesamtrechtsordnung aktiviert und nicht durch das Wissen der Behörden dupliziert oder ersetzt.

Beispiele normierter Selbstverantwortung:

- Art. 10 USG (Störfallvorsorge);
- Art. 26 ff. USG (umweltgefährdende Stoffe: Selbstkontrolle des Herstellers, Importeurs und des Konsumenten).

Begleitend werden Information, Beratung etc. der Privaten durch die Behörden eingesetzt (vgl. Art. 6 USG). Die Selbstverantwortung benötigt Kontrollen, die in folgenden Formen auftreten können:

- Präventive Kontrolle: z.B. durch Einführung von Bewilligungspflichten;
- Repressive Kontrolle: z.B. durch Stichproben (Art. 45 USG i.V.m. Art. 13 Abs. 3 LRV: Feuerungsanlagen) oder Entzug von Finanzhilfen (vgl. Art. 28 ff. SuG).

Als «Private» gelten auch Gemeinwesen, wenn sie wie Private Aufgaben zu erfüllen haben (Bauten und Anlagen des Bundes, des Kantons, der Gemeinden unterliegen grundsätzlich den gleichen Anforderungen wie solche Privater; für Ausnahmen bedarf es einer klaren Grundlage im Gesetz). Kontrolle der Verwaltung

§ 22 Verantwortlichkeit

I. Haftungsarten

Das Gesetz unterscheidet generell drei verschiedene Arten der Haftung.

1. Verschuldenshaftung

Durch eigenes schuldhaftes Verhalten wird einer anderen Person Schaden zugefügt. Diese Haftungsart ist in Art. 41 OR geregelt. Damit eine Schadenersatzpflicht entsteht, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- widerrechtliche Handlung, die gegen das Gesetz verstösst;
- Eintritt eines Schadens (Sach- oder Personenschaden, geldwerte Differenz);
- Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem entstandenen Schaden;
- Verschulden, welches unterteilt ist in: Vorsatz und leichte oder grobe Fahrlässigkeit.

Beispiel: Ein Fussgänger wird durch einen unvorsichtigen und zu schnell fahrenden Rollerblader gerammt. Die widerrechtliche Handlung besteht in der Beeinträchtigung der physischen Integrität des Fussgängers (Art. 41 OR i.V.m. Art. 11 ZGB). Der Fussgänger wird verletzt, damit ist ein Personenschaden gegeben. Das unvorsichtige und zu schnelle Fahren des Rollerbladers war notwendige Bedingung für den entstandenen Schaden. Damit ist der natürliche Kausalzusammenhang erfüllt. Zuletzt ist auch die Fahrlässigkeit durch das unvorsichtige und zu schnelle Fahren gegeben.

2. Kausalhaftung

In bestimmten Fällen sieht das Gesetz eine Schadenersatzpflicht vor, ohne dass ein Verschulden vorliegen muss. Der Schaden wird dabei durch Personen, Tiere oder Sachen verursacht, für die jemand gemäss Gesetz verantwortlich ist. Die Schadenersatzpflicht gilt demnach für fremdes Verschulden, welches nicht in der eigenen Person liegt oder einen Zufall (vgl. auch unten III Haftung nach Privatrecht).

Beispiele: Geschäftsherrenhaftung (ein angestellter Schreiner richtet einen Schaden an), Tierhalterhaftung (der Hund beisst den Briefträger), Werkeigentümerhaftung (das Treppenhaus ist nicht beleuchtet, so dass jemand die Treppe hinunterfällt), Haftung des Familienoberhauptes (ein Kleinkind zerkratzt das Auto des Nachbarn).

3. Gefährdungshaftung

In Spezialgesetzen hat der Gesetzgeber die Kausalhaftung verschärft mit der Begründung, dass im Zusammenhang mit bestimmten Vorrichtungen und Tätigkeiten die Gefährdung von Drittpersonen besonders gross ist.

Beispiele: Haftpflicht der Elektrizitätswerke und Kernkraftwerke, Haftung des Motorfahrzeughalters, Haftpflicht der eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmen sowie Fluggesellschaften etc.

II. Politische Verantwortlichkeit

Die politische Verantwortlichkeit wird den verschiedenen rechtlichen Verantwortlichkeiten gegenübergestellt. Sie hat keinen rechtlichen Charakter, sondern ist auf Beurteilung von Amtsträgern unter politischen Gesichtspunkten ausgerichtet. Anlässe, die politische Verantwortlichkeit zu aktualisieren, sind die Wahlen von Parlaments-, Regierungs- und Gerichtsmitgliedern. In Parlaments- und Volkswahlen sind auch weitere Amtsträger der politischen Verantwortlichkeit ausgesetzt, wie Mitglieder der Staatsanwaltschaften, der Lehrerschaften usw.

III. Rechtliche Verantwortlichkeit

1. Staats- und Beamtenhaftung

a. Grundlagen

Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit.

Bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch Behörden und Beamte können Dritte oder auch der Staat selbst geschädigt werden. Dabei stellen sich folgende Fragen:

- Kann der Geschädigte sich überhaupt am Verursacher schadlos halten? Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung braucht es eine gesetzliche Grundlage.
- Wenn Schadenersatz grundsätzlich möglich ist: Muss sich der Geschädigte an den Staat oder an den schädigenden Beamten halten?

Die gesetzlichen Grundlagen für die Staats- oder Beamtenhaftung müssen im Recht des Gemeinwesens gesucht werden, von dem der Schaden ausgeht. Die Regelung von Schäden, die in der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben des Bundes verursacht worden sind, richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32). Verfassungsrechtliche Basis ist Art. 146 BV. Für Haftungsfälle in den Kantonen sind die kantonalen Haftungsgesetze massgebend.

Im Bund gibt es zahlreiche Spezialgesetze, die Haftungsbestimmungen enthalten; diese gehen der allgemeinen Ordnung des VG vor (Art. 3 Abs. 2 VG).

Beispiele: BG betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post vom 28.3.1905 (SR 221.112.742); BG über den Transport im öffentlichen Verkehr vom 4.10.1985 (Transportgesetz, TG, Art. 40 ff., SR 742.40); Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 30. April 1997 (TUG, Art. 18, SR 784.11); Militärgesetz vom 3. Februar 1995 (MG, Art 135 ff., SR 510.10); BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24.6.1902 (Elektrizitätsgesetz, EleG, Art. 27 ff., SR 734.0); Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SVG, Art. 58 ff., SR 741.01).

b. Formen der Haftung

aa. Ausschliessliche Staatshaftung

Dritten gegenüber haftet ausschliesslich der Staat. Schadenersatzforderungen sind an den Staat, nicht an den Beamten zu richten. Dieses System ist in der Schweiz das verbreitetste. Das System der Staatshaftung lässt die Kausalhaftung zu, d.h. Haftung des Staates besteht auch ohne Verschulden des handelnden Beamten. Diese für den Geschädigten günstige Haftungsart ist in den Haftungsgesetzen des Bundes und zahlreicher Kantone enthalten. In einigen Kantonen besteht zwar Staatshaftung, aber nur bei Verschulden des Beamten. Bei diesem System stellt sich die Frage, ob in einem zweiten Schritt der Staat Rückgriff auf den fehlbaren Beamten nehmen kann (interne Haftungsregel).

bb. Ausschliessliche Beamtenhaftung

Der Geschädigte kann sich nur an den Beamten halten, der den Schaden verursacht hat. Bei diesem System kommt nur die Verschuldenshaftung in Betracht, d.h. der Beamte haftet nur, wenn ihn ein Verschulden trifft, wobei der Geschädigte beweispflichtig ist.

cc. Primäre Beamtenhaftung

Primäre Beamtenhaftung, subsidiäre Staatshaftung: Der Geschädigte hat sich zunächst an den Beamten zu halten, bei Zahlungsunfähigkeit des Beamten kann er den Staat haftbar machen. Dieses System gilt auf Bundesebene für Handelsregisterführer und -beamte (Art. 928 Abs. 1 und 3 OR). Der Beamte haftet jeweils nur, soweit ihn ein Verschulden trifft.

Die Staats- und Beamtenhaftung beruht auf dem Grundsatz, dass die schädigende Handlung oder Unterlassung rechtswidrig war (vgl. Art. 146 BV: «widerrechtlich»). Ausnahmsweise haftet der Staat auch für rechtmässig zugefügten Schaden, wenn dem Geschädigten nicht zugemutet werden kann, ihn selbst zu tragen.

c. Staatshaftung

Subjekte der Haftung, gegen die sich die Schadenersatzansprüche richten, sind der Bund, die Kantone oder die Gemeinden oder weitere juristische Personen des öffentlichen Rechts, wie Körperschaften, selbständige Anstalten oder Stiftungen. Nach der Regelung des Bundes (Art. 19 VG) können auch Organisationen Haftungssubjekte sein, die ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehen und mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (z.B. SRG, Schweiz. Elektrotechnischer Verein).

Voraussetzungen der allgemeinen Staatshaftung:

aa. Hoheitlicher Tätigkeitsbereich

Die schädigende Handlung oder Unterlassung muss im Bereich der hoheitlichen Staatstätigkeit erfolgt sein (Art. 3 Abs. 1 VG: «in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit»). Soweit der Staat als Subjekt des Zivilrechts auftritt, haftet er nach dessen Bestimmungen (Art. 11 Abs. 1 VG), also namentlich im Bereich der Verwaltung des Finanzvermögens, der administrativen Hilfstätigkeiten und der fiskalischen Wettbewerbswirtschaft. Auch in diesen Fällen steht dem Geschädigten nur ein Anspruch gegen den Bund zu (Art. 11 Abs. 2 VG).

bb. Funktioneller Zusammenhang Verhalten - Amtstätigkeit

Zwischen dem schädigenden Verhalten und der Amtstätigkeit wird ein funktioneller Zusammenhang vorausgesetzt. Die Schädigung muss in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit erfolgt sein. Zwischen der Schädigung und einer amtlichen Tätigkeit muss ein funktioneller Zusammenhang bestehen. Von der Schädigung muss auf die amtliche Stellung des Dienstpflichtigen geschlossen werden können.

Der Forstangestellte verursacht auf dem Heimweg einen Verkehrsunfall (Staatshaftung); auf dem Heimweg kehrt er ein und zertrümmert versehentlich die Eingangstür des Wirtshauses (keine Staatshaftung).

Als amtliche Tätigkeiten kommen Verfügungen sowie Tathandlungen in Betracht; grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist auch eine Schädigung durch den Erlass von Rechtssätzen.

cc. Widerrechtlichkeit

Die schädigende Handlung muss rechtswidrig sein (Art. 3 Abs. 1 VG). Als Rechtswidrigkeit oder Widerrechtlichkeit gilt jeder Verstoss gegen ein Gebot oder ein Verbot der Rechtsordnung. Zudem muss die verletzte Rechtsnorm dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.

Fallbeispiele: Die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VG setzt die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten Gutes, eines Rechtsgutes, voraus. Das Vermögen als solches ist kein Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein somit nicht widerrechtlich. (BGE 116 Ib 193 E. 2 S 195 f.).

Verantwortlichkeit des Bundesrates bei Information der Bevölkerung nach Epidemienengesetz vom 18. Dezember 1970, SR 818.101 (BGE 118 Ib 473 ff. Vacherin Mont d'Or)

Keine besondere Rechtsnorm muss als verletzt nachgewiesen werden, wenn absolute Rechtsgüter (z. B. Leib und Leben) betroffen sind.

Die Verzögerung der Erteilung einer Baubewilligung durch eine Gemeinde ist dann widerrechtlich, wenn sie nicht durch triftige Gründe gerechtfertigt werden kann.

Wenn in einem Beschwerdeverfahren ein Entscheid einer Vorinstanz geändert oder aufgehoben wird, so war er definitionsgemäss rechtswidrig. Das allein führt aber noch nicht zur Staatshaftung. Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids und Rechtswidrigkeit des Verhaltens von Behörden oder Beamten sind auseinanderzuhalten. Die Rechtswidrigkeit im Verhalten ist enger. Sie liegt erst vor, wenn der betreffende Dienstpflichtige eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Pflicht (Amtspflicht) verletzt hat (BGE 118 Ib 164, nicht unbestritten).

dd. Schaden

Staatshaftung setzt einen Schaden voraus. Schaden ist die Differenz des Vermögens vor und nach Eintritt der schädigenden Handlung. Über diesen Schaden hinaus sieht Art. 6 VG vor, dass auch immaterieller Schaden durch Leistung einer angemessenen Geldsumme als Genugtuung ersetzt werden kann (bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung, wenn den Beamten ein Verschulden trifft und die Würdigung der besonderen Umstände Genugtuung nahe legen; Zusprechung einer Genugtuungssumme ist auch möglich, wenn ein Bürger in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt worden ist und den Beamten ein Verschulden trifft, so wie die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und die Verletzung nicht anders wiedergutmacht worden ist).

Unter den vom Gesetz genannten Voraussetzungen kann - analog Art. 41 ff. OR - eine Reduktion der Entschädigung vorgenommen werden (Art. 4 VG: Einwilligung des Geschädigten in die schädigende Handlung oder Schadensgründe beim Geschädigten).

ee. Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen schädigender Handlung und Schaden muss ein (adäquater) Kausalzusammenhang bestehen. Die Schadenursache muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach den Erfahrungen des Lebens geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder zu begünstigen.

ff. Verschulden

Ein Verschulden des Dienstpflichtigen ist nicht vorausgesetzt: die allgemeine Staatshaftung ist in der Regel Kausalhaftung (Art. 3 Abs. 1 VG). In einigen Kantonen wird indessen das Verschulden des Dienstpflichtigen vorausgesetzt.

gg. Personenkreis, für deren Verhalten der Staat einstehen muss

Als schädigende Person kommt jede Person in Betracht, die unmittelbar mit der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben des Gemeinwesens betraut ist (Art. 1 Abs. 1, nament-

lich Buchstabe f VG). Gehört die schädigende Person einer Organisation an, die ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung steht, so haftet primär die Organisation, der Bund nur (subsidiär), soweit die Organisation die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag (Art. 19 Abs. 1 a VG).

Beispiele: Die Schweizerische Bankenkommision steht nicht ausserhalb der Bundesverwaltung; Ansprüche sind deshalb gegen den Bund zu richten (BGE 116 Ib 195).

Der Schweizerische Elektrotechnischer Verein SEV steht ausserhalb der Bundesverwaltung; Ansprüche sind primär gegen ihn zu richten (BGE 94 I 628 ff.).

IV. Haftung des Staates nach Privatrecht

1. Allgemeine Haftung nach Privatrecht

Für Schäden, die durch privatrechtliche Tätigkeiten des Staates eintreten, haftet er nach den Regeln des Privatrechts (Art. 11 Abs. 1 VG). Auch in diesen Fällen steht aber dem Geschädigten kein Anspruch gegenüber dem fehlbaren Beamten zu, sondern er hat sich an den Staat zu halten. Die «Regeln des Privatrechts» bedeuten im wesentlichen, dass die Haftung nur bei Verschulden des Beamten eintritt (Art. 41 ff. OR).

Abgesehen von der Sonderregelung des Bundes in Art. 11 Abs. 2 VG gilt Art. 61 Abs. 2 OR, wonach der schädigende Beamte bei Verrichtungen, die nicht hoheitlicher, sondern privatrechtlicher bzw. gewerblicher Natur sind, direkt persönlich belangt werden kann. Diese Regelung ist vor allem für die Kantone massgebend. Die Auffassung gewinnt aber an Boden, dass die Kantone ebenfalls eine direkte Staatshaftung für privatrechtliche Verrichtungen vorsehen können, solange sie nicht zum Nachteil des Geschädigten von den Regeln des OR abweichen.

2. Grundeigentümerhaftung (Art. 679 ZGB)

Als Grundeigentümer haftet der Staat nach den privatrechtlichen Vorschriften des Art. 679 ZGB (Kausalhaftung). Das gilt für sämtliches Grundeigentum des Staates, also auch für öffentliche Strassen und Gewässer. Massgebend ist nicht Grundeigentum im Sinne des Privatrechts, sondern das Hoheitsrecht des Staates, das dem Gemeinwesen eine eigentumsähnliche Sachherrschaft gewährt.

Die Abwehransprüche des Geschädigten nach Art. 679 ZGB sind dann fehl am Platz, wenn der Staat eine öffentliche Aufgabe erfüllt und die Schädigung unvermeidbar ist. Sofern darüber hinaus die Einwirkung mit dem bestimmungsgemässen Betrieb des Werkes untrennbar verbunden ist, werden die Abwehransprüche dem Nachbarn durch das Enteignungsrecht des Staates entzogen. Dem Nachbarn wird die Duldungspflicht enteignungsrechtlich aufgezwungen, wofür er nach den Regeln des Enteignungsrechts entschädigt wird. Es handelt sich letztlich um die zwangsweise Errichtung einer Dienstbarkeit auf dem Grundstück des Nachbarn (Enteigneten) zugunsten des Staates als Werkeigentümer, deren Inhalt in der Pflicht zur Duldung von Immissionen besteht (BGE 116 Ib 16). Zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Enteignungsrecht müssen zudem drei Voraussetzungen vorliegen: Die unvermeidbare Einwirkung darf im Zeitpunkt des Antritts der Liegenschaft oder der Errichtung eines Gebäudes nicht voraussehbar gewesen sein, die Einwirkung muss den Nachbarn in spezieller Weise treffen und einen schweren Schaden verursachen (BGE 116 Ib 20, 111 Ib 234, 110 Ib 48).

Fallbeispiele: Enteignungsrecht: Schiessplatz, sofern die von seinem Zweck her noch zulässigen Massnahmen zur Immissionsbeschränkung getroffen worden sind (BGE 112 Ib 177, aufgrund der Verfahrensrechte (Art. 6 EMRK) muss der Enteigner das Enteignungsverfahren auch dann eröffnen, wenn er den Eingriff bestreitet; 107 Ib 387 ff., die Vermeidbarkeit der Immissionen kann nicht darin bestehen, dass die Anlage an sich verlegt werden könnte); Vorbereitungsarbeiten im Hinblick auf den Bau einer Nationalstrasse (BGE 119 Ib 340, Sondierstollen Rawil). Zivilrecht: Schädigung durch Kanalisations- oder Strassenbauarbeiten.

Fallbeispiel: Die Voraussetzungen Voraussehbarkeit, Spezialität und schwerer Schaden müssen dann nicht erfüllt sein, wenn es um die Entschädigung für das Überfliegen eines Grundstückes in geringer Höhe geht. Hierbei handelt es sich um einen direkten Eingriff in den Luftraum und damit in das schützenswerte Interesse des Eigentümers. Es geht dabei nicht um eine indirekte Einwirkung aus dem Betrieb einer Anlage, also nicht um Lärmimmissionen (BGE 129 II 72)

3. Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR)

Kausalhaftung des Staates als Werkeigentümer für Schädigungen, die infolge eines mangelhaften öffentlichen Werkes eingetreten sind. Werkeigentümerhaftung des Gemeinwesens wird namentlich bei Strassen aktuell. Sie müssen zwar gefahrlos benutzt werden können, an ihren Zustand dürfen aber nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Die Anforderungen müssen sich im Einzelfall aus der einzelnen Anlage ergeben. Für den Unterhalt von Strassen ergeben sie sich aus dem kantonalen öffentlichen Recht; sind sie eingehalten, so liegt ein Mangel im Sinne von Art. 58 OR nur vor, wenn elementare Massnahmen unterlassen wurden (BGE 102 II 344).

Bäume sind grundsätzlich keine Werke. Ein Werkmangel der Strasse kann aber vorliegen, wenn die Bäume an einem unzumutbaren Ort gepflanzt wurden.

4. Umwelthaftung

Ausser den erwähnten Haftungsfällen hat der Gesetzgeber Haftungstatbestände wie z.B. die Gewässerverschmutzung in den einzelnen Rechtsgebieten des Umweltrechts normiert.

V. Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden

In aller Regel geht es um Fälle, in denen Unbeteiligte durch eine hoheitliche Tätigkeit des Staates geschädigt werden. Wenn das Gesetz eine Haftung des Staates für rechtmässige Handlungen oder Unterlassungen vorsieht, ergeben sich keine Probleme. Art. 80 Abs. 3 MG: Entschädigung bei militärischen Requisitionen. Auch Art. 26 Abs. 2 BV enthält eine Regelung der Haftung des Staates für rechtmässig zugefügten Schaden durch öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen. Dagegen enthält das VG keine Bestimmungen.

Fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, so haftet der Staat grundsätzlich nicht. Aus Art. 8 BV kann sich aber ergeben, dass ein Geschädigter einen Haftungsanspruch geltend machen kann, wenn er als Einzelner oder als einer von wenigen betroffen worden ist, und es sich um einen schweren Schaden handelt (Sonderopfer). Das Bundesgericht hat bisher die Haftung des Staates für rechtmässig zugefügten Schaden ohne gesetzliche Regelung abgelehnt, mit Ausnahme der Haftung für rechtmässig zugefügte Vertrauensschäden (siehe Teil 3: § 20V.2.).

VI. Rechtsschutz

Im Bund muss der Geschädigte seinen Anspruch bei der Behörde geltend machen, die vom Bundesrat als zuständig bezeichnet wird. Diese erlässt eine Verfügung; welche der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht unterliegt und hierauf der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 10 Abs. 1 und 19 Abs. 3 VG i.V.m. Art. 31ff. VGG bzw. Art. 82ff. BGG). Dabei gilt eine Streitwertgrenze von 30'000 Franken, um an das Bundesgericht zu gelangen. Liegt eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vor, braucht die Streitwertgrenze nicht erreicht zu werden.

Die Klage ans Bundesgericht gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. c BGG ist gegeben, wenn sich der Anspruch aus der Amtstätigkeit von Mitgliedern der Bundesversammlung, des Bundesrates und des Bundesgerichts sowie des Bundeskanzlers ableitet; das Entschädigungsbegehren ist zunächst dem Eidg. Finanzdepartement einzureichen; Klage ist zu erheben, wenn der Anspruch bestritten wird oder wenn der Geschädigte binnen dreier Monate keine Stellungnahme erhält.

In den Kantonen ist für Ansprüche Dritter gegen den Staat häufig der Klageweg an die Zivilgerichte vorgesehen. Die andere Möglichkeit ist ein Rechtsmittel an das kantonale Verwaltungsgericht.

Letztinstanzliche kantonale Entscheide sind mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weiterzuziehen, sofern die Streitwertgrenze erfüllt ist oder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu beurteilen ist.

VII. Die Beamtenhaftung

1. Die externe Beamtenhaftung

Die direkte und persönliche Haftbarkeit des schädigenden Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten ist heute selten; sie ist in der Regel durch die ausschliessliche Staatshaftung ersetzt worden. Die externe Beamtenhaftung setzt ein Verschulden voraus, das vom Geschädigten nachgewiesen werden muss. Es ist deshalb ein unbefriedigendes Haftungssystem.

2. Die interne Beamtenhaftung

Der schädigende Beamte ist dem Staat, der den Schaden getragen hat, ersatzpflichtig. Die interne Beamtenhaftung tritt ein, wenn der Staat, der einem Dritten Ersatz leisten musste, Rückgriff auf den schädigenden Beamten nimmt. Im Bund ist vorausgesetzt, dass der Beamte vorsätzlich oder grobfahrlässig den Schaden verursacht hat. Die so begründete Ersatzpflicht besteht auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses weiter (Art. 7 VG).

Interne Beamtenhaftung tritt auch ein, wenn der Beamte dem Staat direkt einen Schaden zugefügt hat. Im Bund ist auch hier vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung der Dienstpflichten vorausgesetzt (Art. 8 VG).

Beispiel: Ein Bediensteter beschädigt das Fahrzeug, das ihm vom Gemeinwesen zur Erfüllung seiner Amtspflichten zur Verfügung gestellt worden ist (BGE 104 Ib 1 ff.: Kollision zwischen zwei Armeefahrzeugen in einem Armeefahrzeugpark, Haftpflicht der Fahrzeuglenker vom Bundesgericht verneint. Negative Feststellungsklage des Beamten auf Nichtbestehen der Haftung für zulässig erklärt.

Die Klägerrolle liegt an sich beim Bund, doch kann er durch Verrechnung seines Anspruchs mit Lohn Guthaben des Beamten diesen in die Klägerrolle drängen: fragwürdiges Vorgehen, BGE 102 Ib 107).

Haben mehrere Beamte den Schaden gemeinsam verschuldet, so haften sie dem Bund in Abweichung von Art. 50 OR lediglich anteilmässig nach der Grösse des Verschuldens (Art. 9 Abs. 2 VG).

3. Rechtsschutz

Der Rechtsschutz des Beamten ist gleich geregelt wie derjenige des Dritten gegen den Staat. Ist das Arbeitsverhältnis privatrechtlich geregelt, so beurteilt sich die Haftung nach den Vorschriften des Privatrechts (Zivilgericht).

4. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Für Verbrechen und Vergehen, die Bedienstete des Staates in ihrer amtlichen Stellung verübt haben, unterliegen sie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 13 VG). In Betracht fallen v.a. strafbare Handlungen gegen die Amtspflicht (Art. 312 ff. StGB: Amtsmissbrauch, Gebührenüberforderung, ungetreue Amtsführung, passive Bestechung, Annahme von Geschenken, Urkundenfälschung, Verletzung des Amtsgeheimnisses).

5. Disziplinarische Verantwortlichkeit

Unabhängig von vermögens- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit (vgl. Art. 18 VG) unterliegen die Staatsbediensteten der disziplinarischen Verantwortlichkeit (vgl. Art. 30 ff. BtG). Voraussetzung im Bund ist eine absichtliche oder fahrlässige Verletzung der Dienstpflicht. Disziplinar massnahmen reichen vom Verweis bis zur disziplinarischen Entlassung (Art. 31 VG zählt neun Kategorien von Massnahmen auf).

6. Die Immunität

Immunität bedeutet Absenz von Verantwortlichkeit. Sie gilt für politische Behördenmitglieder. Mitglieder des Parlaments und der Regierung können für Äusserungen, die sie im Parlamentsplenum und in Kommissionen gemacht haben, weder vermögens- noch strafrechtlich belangt werden (parlamentarische Immunität).

Die Strafverfolgung von Mitgliedern des National- und Ständerats und von durch die Bundesversammlung gewählten Behördenmitgliedern und Magistratspersonen wegen strafbarer Handlungen, die sich auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung beziehen, bedarf einer Ermächtigung der eidgenössischen Räte (Art. 14 VG) (vgl. BGE 116 IV 56, Fall Bundesrätin E. Kopp).

Während der Dauer der Session ist für die Strafverfolgung von Delikten, die sich nicht auf die amtliche Stellung beziehen, die Zustimmung des Betroffenen oder des Rates, dem er angehört, bzw. des Bundesrates erforderlich (Art. 20 Abs. 1 ParlG).

Teil 4: Die Grundrechte

§ 23 Bedeutung und Funktionen von Grundrechten

I. Begriffliches

Das Bedürfnis des Menschen nach einer Ordnung, die friedliches Zusammenleben nach rechtlichen Massstäben gewährleistet, leitete die Schaffung einer Staatsgewalt. Ihrem Einfluss auf die Sphäre des Einzelnen und auf Interessen von Minderheiten wird das Bedürfnis nach (individuellen) Freiheiten entgegengesetzt. Der Begrenzung der Staatsmacht dienen beispielsweise die generellen Prinzipien des Rechtsstaates und der Demokratie.

Die Kollision von staatlichem Machtanspruch und individuellem Freiheitsbedürfnis ist auf einer institutionellen Ebene zu bewältigen. Die Interessen des Einzelnen sind als Rechte (Ansprüche, Güter) auszugestalten, die der Staatsmacht entgegengesetzt werden. Diese Rechte müssen aber so verstärkt werden, dass ihre Wirksamkeit nicht allein darauf ausgerichtet ist, dass ein Einzelner sie aktiv gegen den Staat durchsetzen will. Sie müssen vielmehr Rechtspositionen der Menschen gegen den Staat schlechthin begründen, der sie dann fortwährend zu beachten hat. Diese dem Individuum zustehenden Rechte – Grundrechte - nehmen bei besonderen Verstärkungen sogar dem Einzelnen (dem Grundrechtsträger) die rechtliche Möglichkeit, auf den Schutz des Rechtes zu verzichten; sie sind unverzichtbare und unverjährende Rechte.

Die Grundrechte sind keine homogene Sammlung von Rechtspositionen des Einzelnen in seinem Verhältnis zum Staat. Wenn als Grundrechte alle Rechte aufgefasst werden, die die Verfassung mit direkten Durchsetzungsansprüchen versieht, zieht man den Kreis besonders weit; man spricht dann von verfassungsmässigen Rechten, wie es die Bundesverfassung tut (Art. 189 Abs. 1 lit. a BV).

Zu den Grundrechten in diesem weiten Sinn gehören: (Gliederung nach J. P. Müller)

- Freiheitsrechte, die dem Menschen um seiner Würde willen zustehen:
 - Fundamentale Güter, in die nicht eingegriffen werden soll, z.B. persönliche Freiheit, Ehefreiheit;
 - Fundamentale Verhaltensfreiheiten, in denen der Mensch nicht gehemmt werden soll, z.B. Glaubens-, Gewissens-, Kultusfreiheit, Meinungsäusserungsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungs- und Vereinsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit.
- Freiheiten, die erst das Recht als Institute begründet und gewährleistet, z.B. die Eigentumsgarantie;
- Gleichheit:
 - Demokratische Gleichheit als egalitäres Stimmrecht;
 - Materiale Gleichbehandlung;
 - Willkürverbot;

- Treu und Glauben.
- Verfahrensgrundrechte, z.B. Anspruch auf rechtliches Gehör, Verbote formeller Rechtsverweigerung.

II. Funktionen

Grundrechte sind (vom Einzelnen aus) gegen den Staat gerichtet. Es sind in erster Linie **Abwehrrechte** des Einzelnen gegen staatliche Entscheidungen und Handlungen, einerlei ob diese vom Gesetzgeber, von der Verwaltung oder von Gerichten ausgehen.

Grundrechte werden aber auch als **Ordnungsprinzipien** aufgefasst, als Elemente objektiver Ordnung: Programmatische Anweisungen an den Gesetzgeber zur Ausgestaltung der Rechtsordnung. Auch Verwaltung und Gerichte haben diese Funktion der Grundrechte aufzunehmen. Art. 35 Abs. 1 BV schreibt (neu) vor, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen.

Die Eigentumsgarantie lenkt den Gesetzgeber in der inhaltlichen Gestaltung der Gesetze, die das Eigentum berühren; die Wirtschaftsfreiheit verpflichtet den Gesetzgeber auf eine marktwirtschaftliche, zugleich aber sozial verpflichtende Ausgestaltung der Gesetze, die die Wirtschaftsordnung berühren.

Der Grundsatz der Menschenwürde kann Leitidee für die Auslegung und Fortbildung anderer Grundrechte sein, kann aber auch den Gesetzgeber in der Konkretisierung von Verfassungsaufträgen anleiten (vgl. Art. 119 Abs. 2 BV über die Fortpflanzungs- und Gentechnologie). Aufgrund der Grundrechtsgewährleistungen als solchen hat der Einzelne keinen Anspruch auf Leistungen des Staates; z.B. gewährt die Eigentumsgarantie kein Recht auf Erschliessung eines Grundstücks durch das Gemeinwesen. Es obliegt dem Gesetzgeber, Ansprüche zu begründen.

Grundrechte lösen **Schutzpflichten** des Staates aus. Wenn grundrechtlich geschützte Positionen von Privaten durch andere Private bedroht sind, hat der Staat für den Schutz der betroffenen Grundrechte einzuschreiten. Als Bedroher tritt ein Privater, nicht der Staat auf. Wenn der Staat eine Demonstration auf öffentlichem Grund bewilligt. Verpflichten ihn die Meinungs- und die Versammlungsfreiheit, dafür zu sorgen, dass die Demonstration nicht durch gegnerische Kreise verhindert oder gestört wird. Die Eigentumsgarantie verpflichtet den Staat zu verhindern, dass eine Baute oder Anlage, die er bewilligt hat, Schaden an Nachbargrundstücken und der Umgebung überhaupt verursacht. Die Schutzpflicht ist dabei nicht absolut zu verstehen; Abwägungen zwischen den beteiligten Interessen sind notwendig.

Vom **Ausschluss der Anspruchsgewährung** gibt es Ausnahmen: Wenn der Grundrechtsträger auf die Benützung des öffentlichen Grundes angewiesen ist (z.B. Demonstranten aus der Meinungsfreiheit, Gewerbetreibende aus der Wirtschaftsfreiheit), haben sie einen bedingten Anspruch auf Gewährung des Zugangs zu öffentlichem Grund bzw. auf Bewilligungserteilung.

III. Rechtsgrundlagen

Die Grundrechte erhalten, auch wenn es um fundamentale Freiheiten geht, ihre Geltung im rechtlich organisierten Gemeinwesen erst durch das Recht, konkret durch die Verfassung.

Dabei sind zwei Formen von Grundrechten möglich:

- Geschriebene Grundrechte, die im Verfassungstext enthalten sind. Die aktuell gewährleisteten Grundrechte sind in der neuen BV geordnet (Art. 7 - 34 BV);
- Ungeschriebene Grundrechte, die im Verfassungstext nicht enthalten sind, sondern vom Bundesgericht als Grundrechte mit Verfassungsrang anerkannt werden, weil sie für das schweizerische Verfassungsleben von elementarer Bedeutung, unentbehrlicher Bestandteil einer rechtsstaatlichen und demokratischen Staatsordnung und unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte und Grundrechtspositionen sind. Beispiele des vorgängigen Verfassungsrechts: Persönliche Freiheit, Meinungsäusserungsfreiheit, Versammlungsfreiheit. Auch unter dem Recht der neuen Bundesverfassung können wieder ungeschriebene Grundrechte entwickelt werden, was bis anhin nicht nötig war.

Gewährleistungen von Grundrechten in Kantonsverfassungen, die nicht über diejenigen der Bundesverfassung hinausgehen, haben keine (selbständige) Bedeutung.

Auf internationaler Ebene enthalten die Satzung der Vereinten Nationen und die von der Generalversammlung der UNO verkündete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 nur Programme an die Mitgliedstaaten zur Verwirklichung der Menschenrechte, während UNO-Pakt I und II Verpflichtungen an die Unterzeichnerstaaten enthalten, die vereinbarten Rechte zu gewähren. Die Rechte von UNO-Pakt II (bürgerliche und politische Rechte) sind in der Schweiz direkt anwendbar, wie auch die von der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) gewährleisteten Freiheitsrechte von Einzelpersonen zur Geltung gebracht werden können (Art. 48 Abs. 1 lit. e EMRK).

Es ist heute anerkannt, dass Grundrechte nur auf der Grundlage des staatlichen Rechts gewährt werden. Den Grundrechten wurden (und werden) aber auch naturrechtliche Grundlagen zugedacht: Den Menschen sollen ursprüngliche Rechte zukommen, die der Staat nicht übergehen oder verändern dürfe. Sie gelten mit oder ohne Gewährleistung durch den Staat, ihre Geltung ist «überpositiv» (positives Recht = vom Staat gesetztes Recht). Die Naturrechtslehre ist in neuer Zeit eng mit dem Absolutismus verknüpft: Der Souveränität des Staates werden unantastbare Freiheiten des Einzelnen entgegengestellt. Die Naturrechtslehre wird aber auch heute von namhaften Autoren vertreten (z.B. von John Rawls, A Theory of Justice, 1971).

Die deutsche Verfassung (das Bonner Grundgesetz) anerkennt in Art. 1 Abs. 2 GG die Überpositivität von Menschenrechten an: «Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräusserlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt», und sie fährt in Abs. 3 fort: «Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht».

§ 24 Träger und Adressaten von Grundrechten

I. Träger

Wem steht der Schutz der Grundrechte zu? Wir fragen nach dem persönlichen Geltungsbereich der Grundrechte. Auszugehen ist davon, dass sie allen Menschen zustehen. Wesentlich aber ist die Zielsetzung des Grundrechtsschutzes. Im folgenden sollen einige besondere Fragen aufgegriffen werden:

- Ausländer: Menschenrechtlich begründete Grundrechte stehen auch Ausländern zu:
 - Wirtschaftsfreiheit, wenn der Ausländer zur Berufsausübung grundsätzlich zugelassen ist (BGE 108 Ia 148). Auf die Wirtschaftsfreiheit kann sich sowohl der Ausländer berufen, der über eine Niederlassungsbewilligung verfügt, als auch nach neuerer Praxis derjenige, der Anspruch auf Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung hat (BGE 123 I 212);
 - Rechtsgleichheit: Art. 8 BV erfasst auch Ausländer («alle Menschen»). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege kommt sogar Ausländern mit Wohnsitz im Ausland zu (BGE 120 Ia 217 ff.);
 - Niederlassungsfreiheit: Art. 24 BV spricht nur von den Schweizern und Schweizerinnen; Ausländer geniessen sie aber, wenn sie niedergelassen sind (i.d.R. nach 10 Jahren Aufenthalt).
- Minderjährige: Die positive Rechtsordnung trifft häufig Festlegungen, z.B. Vertragsfreiheit (Art. 12-15, 18, 19 ZGB: Handlungsfähigkeit; OR). Die persönliche Freiheit steht den Minderjährigen durchgehend zu. Rechte, die ihre Persönlichkeit betreffen, können urteilsfähige Minderjährige selbständig, ohne Vertreter, wahrnehmen (BGE 120 Ia 371 f.);
- Juristische Personen: Sie geniessen die Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie, Rechtsgleichheit, Meinungs- und Informationsfreiheit, nicht aber die persönliche Freiheit;
- Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind Teil des Staates, gegen dessen Eingriffe die Grundrechte Schutz gewähren, sie sind daher nicht Grundrechtsträger. Ausnahme (umstritten): Wenn sie wie ein Privatrechtssubjekt auftreten oder in ihrer von übergeordnetem Recht gewährleisteten Autonomie berührt sind. Ausnahme für Beamte.

II. Adressaten

Grundrechte sind gegen den Staat gerichtet. Der Staat ist Adressat der auf den Grundrechten basierenden Ansprüche. Grundsätzlich gelten die Grundrechte deshalb nicht im Verhältnis der Einzelnen untereinander; sie entfalten keine direkte Drittwirkung.

Offensichtlich ist aber, dass es auch unter Privaten Beziehungen gibt, bei denen nicht von einer Gleichheit oder Gleichwertigkeit der Positionen der Beteiligten ausgegangen werden kann, z.B. zwischen Verbänden und Einzelnen oder marktbeherrschenden Unternehmen und Einzelnen. Der Gebrauch eines Grundrechts durch den einen

kann den andern in seiner Freiheitsentfaltung hemmen, z.B. im Bereich der Meinungs- oder der Wirtschaftsfreiheit.

Der Staat hat hier in der Weise zu ordnen, dass sich der Freiheitsgebrauch des einen mit demjenigen des andern vereinbaren lässt: Er stellt Strafrechtsnormen auf z.B. zum Schutz der Ehre (Art. 173 StGB) oder Vorschriften zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 - 28 I ZGB). Das sind Massnahmen, die (weil der Staat mit seinem Schutz in Verhältnisse Privater eingreift) lediglich unter dem Begriff der mittelbaren Drittwirkung aufgefasst werden können. Eine unmittelbare Berufung Privater auf Grundrechte im Verhältnis zu andern Privaten ist nicht anerkannt.

Bis anhin kann einzig aus Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV eine direkte Drittwirkung abgeleitet werden, wonach Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben. Die Arbeitsverträge sind in diesem Sinne zu gestalten.

§ 25 Einschränkung von Grundrechten

Grundrechte sind verfassungsrechtlich mit anderen Werten der Rechtsordnung gleichwertig. Sie nehmen grundsätzlich keinen erhöhten Rang ein. Die Erfüllung von Staatsaufgaben beispielsweise setzt die Beschränkung von Grundrechten nachgerade voraus. Die Zulässigkeit von Einschränkungen gilt für alle Grundrechte. Voraussetzungen zulässiger Beschränkungen von Grundrechten sind eine gesetzliche Grundlage, ein entgegenstehendes überwiegendes öffentliches Interesse und die Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Art. 36 BV hält diese Voraussetzungen für alle Grundrechte fest.

§ 26 Einzelne Grundrechte

I. Menschenwürde, Recht auf Leben und Persönliche Freiheit

Art. 10 BV Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit

«1 Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.

2 Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

3 Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.»

Fallbeispiel: Die Garantie der persönlichen Freiheit gibt den Gefangenen Anspruch auf eine einwandfreie ärztliche Betreuung. Die Gefangenen müssen von einem anderen Arzt als dem Gefängnisarzt untersucht oder behandelt werden, wenn das Vertrauensverhältnis zum Gefängnisarzt gestört ist oder wenn medizinisch eine spezialärztliche Betreuung angezeigt ist. Die Garantie der persönlichen Freiheit gibt den Gefangenen jedoch keinen generellen Anspruch auf Beizug eines Arztes ihrer Wahl (BGE 102 Ia 302).

Die Menschenwürde (verselbständigtetes Grundrecht in Art. 7 BV) hat dreifache Bedeutung:

- Direkt anrufbares Grundrecht: Eigenwert des Individuums, Schutz vor erniedrigender, demütigender Behandlung, Gewährleistung fairer Verfahren (in Ergänzung zu Art. 29 BV) und schicklicher Behandlung in Sondersituationen

(z.B. Begräbnis, vgl. Art. 53 Abs. 2 Satz 2 aBV: Pflicht der Behörden, für eine schickliche Beerdigung aller Verstorbenen zu sorgen);

- Kern und Anknüpfung für die andern Grundrechte;
- Auslegungshilfe für die andern Grundrechte.

Die Menschenwürde ist stipuliert in den Präambeln der UNO-Charta und der Allg. Erklärung der Menschenrechte und als Menschenrecht gewährleistet in Art. 3 EMRK und Art. 7 UNO-Pakt II.

Das Recht auf Leben ist selbständig in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV gewährleistet. Es enthält den Kerngehalt der persönlichen Freiheit. Nicht allgemein festgelegt ist der Beginn des menschlichen Lebens, während das Bundesgericht für das Ende auf den Hirntod abstellt. Das Grundrecht umfasst einen absoluten Schutz gegen vorsätzliche Angriffe auf das Leben (Ausnahmen z. B. Notwehr, polizeilicher Notstand, Kriegshandlungen).

Art. 2 EMRK, Art. 6 UNO-Pakt II.

Inhalte der persönlichen Freiheit: (Art. 10 Abs. 2 BV):

- Recht auf körperliche Unversehrtheit (z.B. medizinische Eingriffe);
- Bewegungsfreiheit (ungerechtfertigter Freiheitsentzug, vgl. auch Art. 5 EMRK);
- Psychische Integrität: Schutz der Fähigkeit, eine bestimmte tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln (Willens- und Entscheidungsfreiheit, BGE 90 I 36).

Die persönliche Freiheit garantiert keine allgemeine Handlungsfreiheit (BGE 114 Ia 220) und ist kein allgemeines Auffanggrundrecht. Sie enthält z.B. kein Recht auf Bildung (BGE 114 Ia 220). Für die Wirtschaftsverfassung hat die persönliche Freiheit keine Bedeutung: Die WiF bietet weitgehenden Schutz.

II. Meinungs- und Informationsfreiheit

Art. 16 BV Meinungs- und Informationsfreiheit

«1 Die Meinungs- und Informationsfreiheit ist gewährleistet.

2 Jede Person hat das Recht, Ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.

3 Jede Person hat das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten.»

Fallbeispiel: Die polizeiliche Hinderung des Zugangs nach Davos anlässlich des Weltwirtschaftsforums 2001 berührt den betroffenen Journalisten in der persönlichen Freiheit sowie in der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit (BGE 130 I 369).

Als wichtigste Elemente enthält die Meinungs- und Informationsfreiheit die Freiheit, die eigene Meinung ungehindert zu bilden, und die Freiheit, die eigene Meinung ungehindert zu äussern:

- Meinungsbildungsfreiheit;
- Meinungsfreiheit;

- Freiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren;
- Meinungsverbreitungsfreiheit.

Als «Meinung» gilt jeder Ausdruck einer Auffassung, Anschauung, Information etc.; auch blosser Mitteilungen, Berichterstattungen, Nachrichten u.ä. gelten als Meinungen. Die Meinung kann durch alle möglichen Mittel geäussert werden: Wort, Schrift, Tonträger, Film, Kunst. Ausgrenzungen vom Schutzbereich werden vorgenommen durch das Strafrecht, das berufliche Standesrecht (BGE 108 Ia 318: Protesthandlung eines Rechtsanwalts gegen die Prozessführung des Gerichts ist nicht geschützt) oder den Zweck der Äusserung (die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke fällt unter die Wirtschaftsfreiheit).

Die Informationsfreiheit besteht in der Freiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Umstritten ist, ob und wieweit sie (dem Journalisten?) einen Anspruch vermittelt, dass die Behörden von sich aus über ihre Tätigkeiten informieren. Das Bundesgericht lehnt einen generellen Anspruch ab (BGE 107 Ia 307 ff.). Es liegt auf jeden Fall am Gesetzgeber, die Informationspflicht der Behörden zu regeln (z.B. Art 6 USG, Art. 10 RVOG). Die Demonstrationsfreiheit ist nur im Rahmen der Meinungsäusserungsfreiheit- und Versammlungsfreiheit, nicht aber als eigenständiges Grundrecht gewährleistet. Demonstrationen auf öffentlichem Grund unterliegen den Beschränkungen, die sich aus dessen allgemeinen Benutzungszweck ergeben; sie können bewilligungspflichtig erklärt werden, doch besteht, da es um ein Grundrecht von besonderer ideeller Bedeutung geht, ein «bedingter Anspruch» auf Bewilligungserteilung.

Art. 5 GG

«1. Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort und Schrift und Bild frei zu äussern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

2. (Schranken)

3. Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.»

Art. 10 EMRK

«1. Jeder hat Anspruch auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht schliesst die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Dieser Artikel schliesst nicht aus, dass die Staaten Rundfunk-, Licht-, Spiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.»

Zum Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit der BV zu Art. 10 EMRK vgl. BGE 120 Ia 192; 119 Ia 73, 506; 118 Ia 82.

Verselbständigte Schutzbereiche:

- Medienfreiheit (Art. 17 BV). Geschützt sind Meinungsäusserungen ideellen Inhalts (nicht Werbung zu wirtschaftlichen Zwecken) in Erzeugnissen von Presse, Radio, Fernsehen und anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung. Zum Verhältnis Meinungsäusserungsfreiheit - Pressefreiheit vgl. BGE 118 Ia 82, 113 Ia 316.

- Kunstfreiheit (Art. 21 BV, vgl. BGE 120 II 227; 117 Ia 478), einschliesslich Filmfreiheit. Nicht geschützt ist die Filmvorführung zu wirtschaftlichen Zwecken. Geschützt ist auch der Zuschauer eines Films, dessen Vorführung zensuriert worden ist (BGE 120 Ia 190).
- Wissenschaftsfreiheit.

III. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Art. 15 BV Glaubens- und Gewissensfreiheit

«1 Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet.

2 Jede Person hat das Recht, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit andern zu bekennen.

3 Jede Person hat das Recht, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören und religiösem Unterricht zu folgen.

4 Niemand darf gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen.»

Fallbeispiel: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Angehörigen der Religionsgemeinschaft der Sikhs wird durch die Pflicht, einen Schutzhelm zu tragen, nicht beeinträchtigt (BGE 119 IV 260).

Die Freiheit des Einzelnen, über religiöse Fragen selbst zu entscheiden, ist umfassend geschützt.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit schützt das Recht jeder Person, ihre religiöse und weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft zu bekennen.

Art. 4 GG

«1. Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.

2. Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.

3. Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden. Das Nähere regelt das Bundesgesetz.»

Art. 9 EMRK

«1. Jedermann hat Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit des Einzelnen zum Wechsel der Religion oder der Weltanschauung sowie die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, durch die Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben.

2. Die Religions- und Bekenntnisfreiheit darf nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Massnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind.»

IV. Ehefreiheit

Art. 14 BV Recht auf Ehe und Familie

«Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet.»

Schutz, eine Ehe einzugehen; Schutz vor spezifischen Benachteiligungen von Ehepaaren (BGE 110 Ia 25). Art. 14 gewährleistet auch das Recht auf Familie.

Art. 6 GG

«1. Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

2. Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

3. Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

4. Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

5. Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.»

Art. 12 EMRK

«Mit Erreichung des Heiratsalters haben Männer und Frauen das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie nach den nationalen Gesetzen, die die Ausübung dieses Rechts regeln, zu gründen.»

Art. 8 EMRK (Schutz des Familienlebens) schützt das eheliche Zusammenleben, so dass Ausweisungen von Familienangehörigen von Ausländern, die ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz haben, unzulässig sein können (BGE 110 Ib 210).

V. Versammlungsfreiheit

Art. 22 BV Versammlungsfreiheit

«1 Die Versammlungsfreiheit ist gewährleistet.

2 Jede Person hat das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben.»

Ein für die demokratische Willensbildung unerlässliches Grundrecht (BGE 96 I 224). Geschützt sind Versammlungen auf privatem und öffentlichem Grund, in geschlossenen Räumen und im Freien. Eine rechtliche Organisation ist nicht notwendig. Wesentlich ist, dass die Versammlung den Zweck der Meinungsbildung verfolgt.

Art. 8 GG

«1. Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

2. Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden.»

Art. 11 EMRK

«1. Alle Menschen haben das Recht, sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschliessen, einschliesslich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.»

Fallbeispiel: Verweigerung einer Demonstration anlässlich des Wirtschaftsforums 2001 in Davos. Die Beschwerdeführer machten eine Verletzung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit geltend, da ihnen überhaupt keine Demonstration bewilligt wurde, weder in Form eines Umzuges noch als Platzdemonstration. Die Interessenabwägung ergab, dass die Grundrechte nicht verletzt wurden (BGE 127 I 164).

VI. Vereinigungsfreiheit

Art. 23 BV Vereinigungsfreiheit

«1 Die Vereinigungsfreiheit ist gewährleistet.

2 Jede Person hat das Recht, Vereinigungen zu bilden, Vereinigungen beizutreten oder anzugehören und sich an den Tätigkeiten von Vereinigungen zu beteiligen.

3 Niemand darf gezwungen werden, einer Vereinigung beizutreten oder anzugehören.»

Schutz der Gründung und Auflösung von Vereinigungen, der Mitgliedschaft (Freiheit des Beitritts, Nichtbeitritts, Austritts) und der Mitwirkung in der Vereinigung.

Wesentlich ist die rechtliche Organisation und die Verfolgung von ideellen Zwecken. Den Schutz der Vereinigungsfreiheit geniessen z.B. die politischen Parteien und die Verbände.

Die Vereinigung muss nicht als Verein i.S. von Art. 60 ff. ZGB konstituiert sein; jede andere Rechtsform reicht auch aus.

Art. 9 GG

«1. Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.»

Art. 11 EMRK

«1. Alle Menschen haben das Recht, sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschliessen, einschliesslich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.»

VII. Eigentumsgarantie

Art. 26 BV Eigentumsgarantie

«1 Das Eigentum ist gewährleistet.

2 Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.»

Fallbeispiel: Abtretung eines Landstreifens zwecks Bahnausbau. Wird für den Bahnausbau eine gemäss kantonalem Recht zu hohe Mauer mit Lärmschutzwand auf die Grenze gestellt und damit dem Enteigner ein Näher- bzw. Höherbaurecht eingeräumt, ist der dadurch entstehende Schaden unabhängig davon, ob der Schattenwurf übermässig sei oder nicht, durch eine Minderwertsentschädigung abzugelten (BGE 131 II 458).

Das Eigentum ist durch Art. 26 BV als Grundrecht gewährleistet.

Die Eigentumsgarantie enthält drei Teilgarantien:

- Die Institutsgarantie schützt das Privateigentum als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung. Es handelt sich um eine abstrakte Gewährleistung, die sich an den Gesetzgeber richtet: Es ist dem Gesetzgeber untersagt, das Privateigentum als Rechtsinstitut zu beseitigen (Garantie des Kerngehalts oder Wesensgehalts des Eigentums);
- Die Bestandesgarantie schützt den konkreten Bestand vermögenswerter Rechte. Sie richtet sich sowohl an den Gesetzgeber als auch an den Rechtsanwender. Sowohl vom Gesetzgeber vorgesehene Eingriffe als auch Eingriffe im Einzelfall dürfen den Bestand des Eigentums nicht verletzen. Das bedeutet, sie müssen in einem Gesetz vorgesehen, von einem öffentlichen Interesse gedeckt und verhältnismässig sein;
- Die Vermögenswertgarantie löst einen Entschädigungsanspruch aus bei Eingriffen, die zwar die Bestandesgarantie nicht verletzen, aber sich als Enteignung darstellen (Art. 26 Abs. 2 BV). Es gibt zwei Arten der Enteignung:
 - formelle Enteignung: Entzug von Eigentumsrechten in einem formellen Enteignungsverfahren. Die Festsetzung der Entschädigung ist Voraussetzung des Eigentumsübergangs;
 - materielle Enteignung: Beschränkung von Eigentumsrechten als Nutzungsminderung durch Planungsmassnahmen, wobei das Eigentum beim bisherigen Eigentümer verbleibt. Der Eingriff muss sich in seiner Intensität (Schwere) wie eine formelle Enteignung auswirken. Die Entschädigung ist Folge des Eingriffs.

Geschützte Rechte sind:

- Private Vermögensrechte: Eigentum als Sachenrecht, beschränkte dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte (z. B. Erfindungspatente), Nachbarrechte (z.B. Rechte zur Abwehr von Immissionen);
- Wohlerworbene Rechte des öffentlichen Rechts: Vermögensrechte aus Konzessionen, Rechte aus öffentlich-rechtlichen Verträgen. Auch vorbestandene Rechte (sog. ehehafte Rechte, BGE 109 Ib 276) sind wohlerworbene Rechte; sie beruhen zwar auf Privatrecht, bestehen aber an öffentlichen Sachen und könnten in der geltenden Rechtsordnung nicht mehr neu begründet werden.

Wohlerworbene Rechte haben gegenüber Gesetzesänderungen Bestand. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie subjektive öffentliche Vermögensrechte sind, durch behördlichen Einzelakt (Verfügung oder Vertrag) begründet werden und Rechte Privater gegenüber dem Gemeinwesen beinhalten. Ihnen liegt eine besondere Vertrauenssituation, ein besonderes wirtschaftliches Engagement, das besonderen Schutz insbesondere von Investitionen verlangt, zugrunde. Die besondere Vertrauenssituation äussert sich im vertraglichen oder vertragsähnlichen Charakter der Rechtsverleihung und im Willen beider Seiten, die Leistungen des Privaten vor einseitigen Änderungen zu schützen. Wohlerworbene Rechte können deshalb nur durch formelle Enteignung aufgehoben oder geändert werden.

Die Gewährleistung wohlerworbener Rechte wird neuerdings eher auf Art. 9 BV (Vertrauensschutz) gestützt.

VIII. Die Wirtschaftsfreiheit

Art. 27 BV Wirtschaftsfreiheit

«1 Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.

2 Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.»

Fallbeispiel: Die Zuweisung von Einsatzgebieten an einen einzigen oder wenige einzelne Betreiber von Helikopterflugfeldern ist mit den Geboten der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung von Konkurrenten unvereinbar. Die Beschränkung der Flugbewegungszahl auf Helikopterflugfeldern ist als Mittel zur allgemeinen Lärmbekämpfung nur wenig geeignet, wenn zum einen diese Beschränkung nur einzelne Heliports betrifft und zum anderen deren Betreiber über Bewilligungen für Aussenlandungen verfügen (BGE 128 II 292).

Die Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 27 BV als Grundrecht gewährleistet. Sie ist das zentrale Grundrecht der schweizerischen Wirtschaftsordnung.

1. Schutzobjekte

Die Wirtschaftsfreiheit schützt die Freiheit, eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben. Die Erwerbsabsicht ist nicht erforderlich, genügt aber auch: Gewinnabsicht, obwohl die Regel, ist nicht notwendig.

Einzelelemente der Wirtschaftsfreiheit:

- Freie Wahl einer haupt- oder nebenberuflichen privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Industrie, Gewerbe, Handel, Dienstleistungen, Land-, Forstwirtschaft, freie Berufe, Berufssport);
- Freier Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit;
- Freie Ausübung der gewählten Tätigkeit;
- Freie Wahl des Geschäftsortes;
- Wettbewerbsfreiheit;
- Freie Regelung der Arbeitsbeziehungen;
- Freie Regelung der Geschäftsbeziehungen;
- Freie Wahl der Sachmittel;
- Freie Gestaltung der Betriebsverhältnisse;
- Freie Wahl der Unternehmensform;
- Freiheit der Werbung.

Die Wirtschaftsfreiheit gebietet die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden: Über den Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 8 BV hinaus müssen die staatlichen Massnahmen wettbewerbsneutral sein (BGE 121 I 129: Gleichbehandlungsgebot nach Art. 27 BV bietet einen über Art. 8 BV hinausreichenden Schutz). D.h. sie dürfen den Wettbewerb nicht beeinflussen oder aufheben, indem sie beispielsweise einzelne Wirtschaftszweige oder Branchen bevorteilen.

2. Rechtsträger

Träger der Wirtschaftsfreiheit sind natürliche Personen, Unternehmer und Arbeitnehmer – unabhängig ob Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung - nicht aber Konsumenten (BGE 102 Ia 122, die WiF bildet keine Grundlage für eine Konsumentenfreiheit). Juristische Personen des Privatrechts wie z.B. AGs sind ebenfalls Träger, nicht jedoch juristische Personen des öffentlichen Rechts wie z.B. Gemeinden. Beamte können sich nach neuerer Rechtsprechung im Hinblick auf privatwirtschaftliche Tätigkeiten, die in der Freizeit ausgeübt werden und mit der amtlichen Funktion vereinbar sind, auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (BGE 121 I 326).

3. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit

Die Bundesverfassung unterscheidet zwei Arten von Massnahmen, die die Wirtschaftsfreiheit berühren können:

a. Grundsatzkonforme Massnahmen

Grundsatzkonform sind Massnahmen, die nicht in den freien Wettbewerb eingreifen, nicht einzelne Wirtschaftszweige oder Unternehmen bevorteilen oder das Wirtschaftsleben nach einem Plan lenken. Die Kantone sind nur befugt, grundsatzkonforme Massnahmen zu ergreifen. Der Bund stützt seine grundsatzkonformen Massnahmen auf Art. 95 Abs. 1 BV oder auf besondere Kompetenzvorschriften der BV.

Arten von grundsatzkonformen Massnahmen:

polizeiliche	z.B. Bewilligungen, Fähigkeitsausweise, Polizeimonopole (Wasserversorgung, Kaminfeger, hiezu BGE 109 Ia 195 ff.); im Bund z.B. Gewässerschutz, Umweltschutz, elektrische Energie
soziale/sozialpolitische	Massnahmen der Förderung; im Bund z.B. Natur- und Heimatschutz
raumplanerische	Raumplanungsrecht des Bundes und der Kantone
umweltschützerische	z.B. Fischerei, Jagd
versorgungspolitische	z.B. Wasser-, Energieversorgung, Versorgung mit Gütern des täglichen Bedarfs
energiepolitische	Energieeinsparung

b. Grundsatzwidrige Massnahmen

Grundsatzwidrig sind Massnahmen, die den Wettbewerb ausschalten, demnach die private Wirtschaft mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung lenken. Nur der Bund kann grundsatzwidrige Massnahmen treffen, sofern die Bundesverfassung ihn dazu, d.h. zur Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit, ermächtigt (z.B. 103 BV, Strukturpolitik; Art. 102 BV, Landesversorgung; Art. 104 Abs. 2 BV, Landwirtschaft). Die Ermächtigung an den Bund, Massnahmen zu ergreifen, die vom Grundsatz der WiF abweichen, kann in der Bundesverfassung auch nicht ausdrücklich erteilt werden, d.h. sich aus der Sache ergeben: z.B. aus Art. 90 BV (Kernenergie), Art. 91 Abs. 2 BV (Rohrleitungen), Art. 96 Abs. 2 lit. a BV (Preisherabsetzung).

IX. Niederlassungsfreiheit

Art. 24 BV Niederlassungsfreiheit

«1 Schweizerinnen und Schweizer haben das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen.

2 Sie haben das Recht, die Schweiz zu verlassen oder in die Schweiz einzureisen.»

Fallbeispiel: Im Kanton X herrscht Wohnsitzpflicht für freiberuflich tätige Notare, mit der Begründung die Funktion als Urkundsperson sei eine hoheitliche. Das öffentliche Interesse verlangt eine Fernhaltung kantonsfremder Notare. Gemäss BGE 128 I 283 ist diese Wohnsitzpflicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar (BGE 128 I 283).

Persönliche Niederlassung. Bezweckt ist ein spezieller verfassungsrechtlicher Schutz der Wahl des Wohn- und Aufenthaltsortes, über die Bewegungsfreiheit hinaus. Die Freiheit der Niederlassung einer Erwerbsgesellschaft ist durch die Wirtschaftsfreiheit geschützt.

Ein Wohnsitzerfordernis für Erwerbstätigkeiten, die unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit stehen, ist dem Grundsatz nach unzulässig. Eine Ausnahme kann nur zulässig sein, wenn ein bestimmter Wohnsitz aufgrund besonderer Umstände als notwendig erscheint.

X. Wissenschaftsfreiheit

Art. 20 BV Wissenschaftsfreiheit

«Die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung ist gewährleistet.»

Fallbeispiel: Die Informations- und Wissenschaftsfreiheit räumen keinen generellen Anspruch auf Beschaffung von Informationen aus nicht allgemein zugänglichen Quellen (archivierten Akten während Schutzfrist) ein (BGE 127 I 145).

Forschungs-, Lehr- und Lernfreiheit. Verbot staatlicher Weisungen und Verbote.

Art. 5 Abs. 3 ETH-Gesetz vom 4. Oktober 1991: «An den ETH besteht Lehr-, Lern- und Forschungsfreiheit.»

Art. 10 EMRK, Art. 19 Abs. 2 UNO-Pakt II (je in der Meinungsfreiheit enthalten).

XI. Garantie der Existenzsicherung

Art. 12 BV Recht auf Hilfe in Notlagen

«Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.»

Fallbeispiel: Die Ausrichtung materieller Hilfe darf mit der Auflage verbunden werden, an Beschäftigungs- und Integrationsmassnahmen teilzunehmen. Diese Massnahmen bzw. Programme sind grundsätzlich als zumutbare Arbeit anzusehen, auch wenn das dadurch erzielte Einkommen den Betrag der Unterstützungsleistung nicht erreicht. Bei grundsätzlicher Weigerung, an Beschäftigungs- und Integrationsmassnahmen teilzunehmen, die zugleich den

Überlebensbedarf sicherstellen, können die (finanziellen) Unterstützungsleistungen vollständig eingestellt werden (BGE 130 I 71).

Noch unter der aBV ist die Garantie der Existenzsicherung im Jahr 1995 als ungeschriebenes Grundrecht der BV anerkannt worden (BGE 121 I 367; Sicherung elementarer Bedürfnisse des Menschen wie Nahrung, Kleidung, Obdach als die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt und als unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens). Ferner BGE 122 I 101; 122 II 193.

XII. Grundrecht auf gesunde Umwelt?

In der Expertenkommission zur Ausarbeitung eines Umweltschutzartikels der BV wurde die Frage aufgeworfen, ob der Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen nicht in Form eines Grundrechts in der Verfassung verankert werden könnte. Darauf kommt der Bundesrat in seiner Botschaft zum Art. 24septies aBV zu sprechen (BB1 1970 I 778): Die Kommission lehnt die Aufnahme eines Grundrechts in die Verfassung ab mit der Begründung, zwar sei es das Ziel der neuen Bundeskompetenz, den Schutz des Menschen gegen Einwirkungen noch wirksamer zu garantieren, «die Aufnahme eines Rechts des Menschen auf eine positive Leistung des Staates wäre aber ein Novum für das Schweizerische Verfassungsrecht. Ein solches Recht könnte nur sehr summarisch umschrieben werden. Die Verwaltungsbehörden und Gerichte könnten es nicht direkt, sondern nur gestützt auf die Ausführungsgesetze verwirklichen. Die verfassungsmässige Garantie würde lediglich ein Gesetzgebungsprogramm darstellen, und nur durch die Gesetzgebung könnten die Rechtsverhältnisse zwischen den Privaten ausreichend geregelt werden. Der vorgeschlagene, den Bundesgesetzgeber verpflichtende Kompetenzartikel enthält im Grunde genommen nichts anderes, aber er ist in eine Form gekleidet, die der Konzeption unserer Verfassung besser entspricht.»

Teil 5: Verwaltungshandeln

§ 27 Träger der Verwaltung

I. Begriff und Arten der Verwaltung

Die begriffliche Erfassung der Verwaltung ist schwierig und führt letztlich nicht zu eindeutigen Ergebnissen. Es gibt keine allgemein anerkannte Umschreibung. Trotzdem sollte, wenn von „Verwaltung“ gesprochen wird, zumindest klargestellt sein, von welchem Kriterium ausgegangen wird: dem organisatorischen oder dem funktionellen.

1. Organisatorischer Begriff der Verwaltung

Verwaltung im organisatorischen Sinn ist die Gesamtheit der Verwaltungsbehörden der Zentralverwaltung oder dezentralisierter Verwaltungsorganisationen. Damit sind nicht die Behörden gemeint, welche Verwaltungsaufgaben erfüllen, sondern die Behörden, die der Verwaltung als einem Teil der gesamten Staatsorganisation zugehören und als „Verwaltung“ bezeichnet werden.

Merkmale der Verwaltung im organisatorischen Sinn sind:

- Durchführung der Gesetze und der Staatsaufgaben;
- Hierarchischer Aufbau;
- Aufsichtssystem;
- Entscheidungsbefugnisse;
- Weisungsrechte „von oben nach unten“.

Fraglich ist, ob selbständige Organisationen des öffentlichen Rechts und privatrechtliche Organisationen, die eigentliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen - wie z.B. ETH, SUVA, SNB, SRG und private Konzessionsnehmer - zur Verwaltung im organisatorischen Sinn gehören.

2. Funktioneller Begriff

Der Begriff der Verwaltung wird ausgerichtet auf die Dreiteilung der Staatsfunktionen in Rechtssetzung, Rechtsanwendung, richterliche Streitentscheidung. Verwaltung ist demnach Staatstätigkeit, die weder Rechtssetzung noch Streitentscheidung beinhaltet (negative Umschreibung). Die Rechtsanwendung ist aber nicht bloss Vollziehung von Gesetzen, sondern besteht auch in wertender Rechtsverwirklichung und -fortbildung, überdies in vorausschauender Planung und schlichten Handlungen (Reakten). Die weitläufigen Entscheidungsbefugnisse, die der Verwaltung obliegen, können mit den Begriffen der Rechtsanwendung und des Gesetzesvollzugs nicht adäquat berücksichtigt werden. Positive Umschreibungen können die Verwaltung noch weniger erfassen als negative, sie sind jeweils nur Annäherungen, weil sie nur einzelne Tätigkeiten und Aufgaben aufzählen oder beschreiben können.

3. Überschneidende Merkmale

Verwaltungsbehörden (im organisatorischen Sinn) erfüllen auch staatliche Aufgaben, die nicht Verwaltungsaufgaben sind: Rechtssetzung durch den Erlass von sekundären Rechtsnormen (Verordnungen) und Rechtsprechung in der verwaltungsin-ternen Rechtspflege. Verwaltungsfunktionen werden auch vom Parlament und von den Gerichten wahrgenommen: Wahlen, Finanzentscheide, Genehmigung von Verwaltungsakten (Bewilligungen), aufsichtsrechtliche Akte, Gerichtsverwaltung durch die Gerichte.

4. Ergebnis

Festzulegen, ob eine Organisation "Verwaltung" ist, ist deshalb wichtig, weil "die Verwaltung", im Unterschied zu Privaten, an bestimmte Grundsätze gebunden ist; vor allem an den Grundsatz der Beachtung der Grundrechte. Im Vordergrund steht deshalb der funktionelle Begriff:

Eine Organisation ist Verwaltung bzw. handelt als Verwaltung, wenn und soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllt.

II. Arten der Verwaltung

1. Hoheitliche und nichthoheitliche Verwaltung

Seine Aufgaben erfüllt der Staat in der Regel durch hoheitliche Handlungsformen. Zwei Merkmale sprechen für Hoheitlichkeit:

- Verfolgung öffentlicher Interessen, Erfüllung öffentlicher Aufgaben; eine Handlungsfreiheit wie bei der Privatautonomie des Privatrechts gibt es nicht;
- Überordnung des Staates über die Privaten (Baurechtliche Anordnungen, Enteignung, Asylrecht). Im Sozialrecht (Gesundheitswesen, Erziehung) ist der hoheitliche Charakter der Verwaltung nicht mehr leicht erkennbar. Nichthoheitlich tritt die Verwaltung auf, wenn sie privatrechtlich handelt.

2. Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Das Legalitätsprinzip gilt sowohl für die Eingriffs- als auch die Leistungsverwaltung (vgl. BGE 103 Ia 369 E. 5 S. 380 f. „Basler Numerus Clausus I“). Mit der sog. Eingriffsverwaltung wird in Rechtspositionen der Bürger eingegriffen (Bauverbot, Demonstrationsverbot), während mit der Leistungsverwaltung dem Bürger staatliche Leistungen (finanzieller Art oder Sachleistungen wie Versorgungsgüter, Unterkunft, Verpflegung) gewährt werden. Leistungsverwaltung kann hoheitlich und nichthoheitlich sein. Im selben Rechtsverhältnis können Eingriffe und Leistungen miteinander verbunden werden (z.B. Wohnbausubvention mit Baubeschränkungen).

III. Zentrale und dezentrale Verwaltung

1. Zentralverwaltung

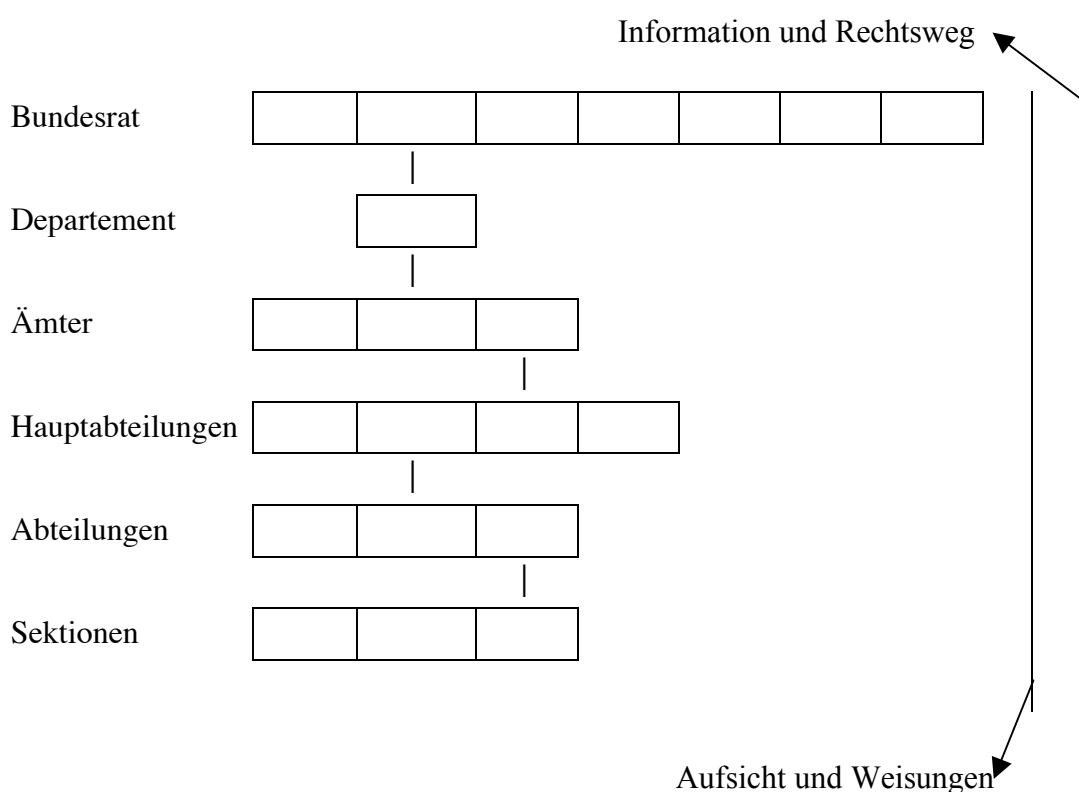
Die Zentralverwaltung ist hierarchisch aufgebaut. Hierarchie bedeutet die Unterordnung einer Verwaltungseinheit unter eine andere bzw. die Überordnung der einen über eine andere. Zusammengeführt werden die Stufen in der Spitze der Verwaltung («Pyramide»).

Merkmale der Hierarchie:

- Vereinfachung der Zuständigkeitszuordnung; Begründung der Kontroll- und Informationsrechte und -pflichten; Koordinationserleichterung;
- Weisungsbefugnis im Einzelfall (was zu Problemen im Rekursverfahren führen kann; «Sprungrekurs»);
- Dienstaufsicht: Aufsichtsbefugnis und -pflicht der übergeordneten Stelle, Korrekturrechte;
- Schaffung von Beschwerdewegen.

Bundesverwaltung

Hierarchie



Die Verwaltungstätigkeit wird von der organisatorisch geschlossenen Verwaltung wahrgenommen, i.d.R. am Hauptort. Die Verwaltungseinheiten sind zentral zusammengefasst, die Aufgabenbereiche klar umschrieben und administrativ gestrafft. Die Regierung (Bundesrat, Regierungsrat) ist Kollegialbehörde und Verwaltungsspitze (Art. 174 BV). Kollegialsystem und Departementalsystem sind in Art. 177 Abs. 1 und 2 BV verankert. Jedes Regierungsmitglied steht einem Departement vor. In den Kantonen kann ein Regierungsmitglied gleichzeitig mehreren Departementen (Direktionen) vorstehen. Eine weitere Aufgliederung der Departemente in Ämter (Abteilungen), ev. Gruppen von Ämtern, Unterabteilungen, Sektionen etc. ist üblich.

a. **Rechtliche Grundlagen im Bund**

- Verwaltungsgliederung
 - Departemente generell: Art. 177 BV, Art. 2 RVOG;
 - Bezeichnung der Departemente: Anhang zur RVOV;
 - Bezeichnung der Ämter und Gruppen und Zuweisung an die Departemente: Anhang zur RVOV;
 - Organisation der Departemente und Ämter: Organisationsverordnungen des Bundesrats (Art. 43 Abs. 2 und 55 RVOG).
- Aufgabenzuweisung
 - Festlegung der Aufgaben und Zuständigkeiten der Departemente und Ämter durch den Bundesrat in der Verordnung über die Aufgaben der Departemente, Gruppen und Ämter vom 9. Mai 1979 (SR 172.010.15) und in den departementsspezifischen Organisationsverordnungen (z.B. OV-EVD vom 14. Juni 1999, SR 172.216.1).

b. **Dezentralisierte Verwaltung**

Unter Dezentralisation wird die Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben auf Träger ausserhalb der Zentralverwaltung verstanden, die über gewisse Selbständigkeit aufweisen.

Die Verwaltungsträger können ihre Grundlage öffentlichrechtlich z.B. in Form einer Anstalt oder zivilrechtlich z.B. in Form einer Aktiengesellschaft verankert haben.

aa. *Öffentlichrechtliche Anstalt*

Rechtspersönlichkeit: Zwei Formen

Selbständige (rechtsfähige) öffentlichrechtliche Anstalt mit Rechtspersönlichkeit, Juristische Person des öffentlichen Rechts, rechtsfähig, Träger von Rechten und Pflichten, Vermögensfähigkeit.

Unselbständige (nicht rechtsfähige) öffentlichrechtliche Anstalt ohne Rechtspersönlichkeit, keine Rechts- und Vermögensfähigkeit.

Rechtliche Grundlage: Gründung und Organisation durch öffentlichrechtlichen Rechtssatz

Merkmale: Benützer der Personen- und Sacheinheit (Anstalt) haben keine aktiven Mitwirkungsrechte, sie sind nicht Mitglieder. Das Rechtsverhältnis zwischen den öffentlichrechtlichen Anstalten und ihren Benützern wird durch das öffentliche Recht oder durch das Privatrecht geordnet (massgebend sind Gesichtspunkte der Zweckverfolgung und der konkreten Gestaltungsfreiheit). Die Regelungen werden in der Anstaltsordnung erfasst.

Die Rechtspersönlichkeit (rechtsfähig oder nicht) der Anstalt ist nur von Bedeutung im Aussenverhältnis, hat aber keinen Einfluss auf die Stellung (v.a. Autonomie) in bzw. gegenüber der Verwaltung.

Beispiele:

SUVA, ETH, Universitäten als selbständige öffentlichrechtliche Anstalten;

Mittelschulen, Kantonsspitäler, kommunale Altersheime als unselbständige öffentlichrechtliche Anstalten.

bb. *Öffentlichrechtliche Körperschaft*

Rechtspersönlichkeit: Juristische Person des öffentlichen Rechts, rechtsfähig, Träger von Rechten und Pflichten, Vermögensfähigkeit.

Rechtliche Grundlage: Gründung und Organisation durch Rechtssatz des öffentlichen Rechts.

Merkmale: Verwaltungsträger, dessen Bestand auf Mitgliedschaft beruht (aktive Trägerschaft) und deren Zweck die hoheitliche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ist. Gründung erfolgt durch den Staat, seltener durch die künftigen Mitglieder. Meist besteht Zwangsmitgliedschaft, durch Gesetz angeordnet. Rechtsschutz: Individualbeschwerde, Autonomiebeschwerde.

Beispiele:

Personalkörperschaften mit Anknüpfungspunkt persönlicher Eigenschaften: Proviande (ehemals Schweiz. Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung); Schweiz. Gesellschaft für Hotelkredit.

Gebietskörperschaften: Gemeinden.

Realkörperschaften: Meliorationsgenossenschaften; Alpkorporationen; Wuhrgenossenschaften; Schwellenkorporationen (BGE 109 Ia 175).

cc. *Öffentlichrechtliche Stiftung*

Rechtspersönlichkeit: I.d.R. mit Rechtspersönlichkeit.

Rechtliche Grundlage: Grundlage im öffentlichen Recht. Errichtung durch Stiftungsakt des Stifters, meistens eines Gemeinwesens.

Merkmale: Die öffentlichrechtliche Stiftung ist die Zusammenfassung und Verselbständigung eines Vermögens, mit dem eine Verwaltungsaufgabe erfüllt wird. Keine Mitglieder oder Benutzer.

Beispiele: Stiftung «Pro Helvetia» (Bundesgesetz vom 17.12.1965, SR 447.1); Stiftung «Schweizer Nationalpark» (Bundesgesetz vom 19.12.1980, SR 454)

dd. *Öffentlichrechtliche Unternehmen in Privatrechtsform*

Rechtspersönlichkeit: Juristische Person mit Rechtspersönlichkeit in der bevorzugten Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG).

Rechtliche Grundlage: Grundlage in einem öffentlichrechtlichen Gesetz im formellen Sinne, Errichtungsakt privatrechtlicher Natur.

Merkmale: Beteiligt sind ausschliesslich Gemeinwesen. Es braucht ein ausreichendes öffentliches Interesse (Art. 27, 94 BV)

Beispiele: Kehrverbrennungsanlagen und Abfalldeponien; Gasverbund Mittelland AG (GVM); Energie Ovest Suisse (EOS).

ee. *Gemischtwirtschaftliche Unternehmen*

Rechtspersönlichkeit: Üblich ist eine privatrechtliche, ggf. auch spezialgesetzliche AG = juristische Person.

Rechtliche Grundlage: Die Gründung erfolgt dadurch, dass die einzelnen Gründungsmitglieder die Statuten annehmen oder unmittelbar durch Gesetz.

Merkmale: Gemeinwesen und Private sind gemeinsam beteiligt.

Wird die Form der AG gewählt, so ist der Staat bzw. eine öffentlichrechtliche Körperschaft als Aktionär beteiligt (Art. 762 Abs. 2 OR). Möglich ist auch, dass sich eine öffentlichrechtliche Körperschaft an einer Akteingesellschaft beteiligt, ohne Aktionärin zu sein; es kann ihr in den Gesellschaftsstatuten das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle zu entsenden (Art. 762 Abs. 1 OR). Die Teilnahme der öffentlichrechtlichen Gesellschafter an einer privatrechtlichen AG oder Genossenschaft bedarf grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses.

Beispiele: Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel); Bernische Kraftwerke AG (BKW); Elektra Reusegg (Rechtsnatur: Genossenschaft).

ff. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

Rechtspersönlichkeit: Juristische Person in der Form einer AG

Rechtliche Grundlage: Gründung und primäre materielle Ordnung gemäss formell erlassenen öffentlichrechtlichem Spezialgesetz.

Merkmale: Spezialgesetz enthält mehr oder weniger weit gehende Abweichungen von den Vorschriften des Aktienrechts des OR vor. Subsidiär gelten die Regeln der Unternehmensstatuten und des OR

Beispiele: Swisscom (Telekommunikationsunternehmensgesetz (TUG) vom 30. April 1997, SR 784.11); SBB (Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG) vom 20. März 1998, SR 742.31).

gg. Private

Rechtspersönlichkeit:

Rechtliche Grundlage: Übertragung durch gesetzliche Anordnung, Beleihung, Konzession.

Merkmale: Private können Verwaltungsträger sein, soweit ihnen durch gesetzliche Anordnung spezifische Verwaltungsaufgaben übertragen werden. Wenn sie im Rahmen dieser Aufgaben tätig sind, gelten sie bzw. ihre Handlungen als verwaltungsmässig und unterliegen den für staatliche Instanzen geltenden Regeln.

Beispiele: Schweizerischer Elektrotechnischer Verein SEV als eidg. Starkstrominspektorat (V über das Eidg. Starkstrominspektorat vom 7. Dezember 1992 (SR 734.24); Abgaswartung bei Fahrzeugen durch Private (Art. 35 Abs. 3 V über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS) vom 19. Juni 1995 (SR 741.41).

c. Rechtsstellung der dezentralisierten Verwaltung

Nach Massgabe der einschlägigen Gesetzgebung sind Organisationen der dezentralisierten Verwaltung zur Rechtssetzung befugt (z.B. Organisationserlasse der ETH-Behörden). Den dezentralisierten Organisationen kommt Unabhängigkeit («Autonomie») nach Massgabe der jeweiligen Gesetzgebung zu, die auf die konkrete Aufgabe Bedacht nimmt, und somit auch die Dichte der Kontrolle von Regierung und Parlament, aber auch der Gerichte bestimmt. Dezentralisierte Verwaltungsträger (auch Private) sind im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben an die Verfassung, v.a. die Grundrechte, gebunden (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV: «Wer staatliche Auf-

gaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen»).

IV. Gemeinden

1. Stellung der Gemeinde im Allgemeinen

Die Gemeinde ist die kleinste, mit verschiedenen politischen Kompetenzen ausgestattete Verwaltungseinheit der Schweiz. (Zur Stellung der Gemeinden im föderalistischen Aufbau vgl. oben Teil 1: § 5III.3.) Die Gemeinden sind zunächst in den Kantonsverfassungen erwähnt. Festgelegt werden in der Regel Grundsätze der Rechtsstellung, des Bestandes und der Organisation der Gemeinden (z.B. §§ 104 - 108 Kantonsverfassung Aargau; Art. 110 bis 119 Kantonsverfassung Jura). Konkretisiert werden die Verfassungsbestimmungen auf der Stufe der einfachen Gesetzgebung, Regelungen der Aufgabenwahrnehmung finden sich sodann in der bereichsspezifischen Gesetzgebung (z.B. Planungs- und Baugesetz).

2. Arten von Gemeinden

a. Einwohnergemeinde

Die Einwohnergemeinde (Gebietskörperschaft), deren Mitglieder alle im Gebiet der Gemeinde wohnhaften Personen sind, ist von zentraler Bedeutung, da mit dem Wohnsitz in der Gemeinde die Ausübung der politischen Rechte gewährleistet ist (politische Gemeinde). Möglich ist, dass die Kantone für Neuzugezogene eine Wartefrist von bis zu drei Monaten nach der Niederlassung vorsehen, bevor die politischen Rechte ausgeübt werden dürfen (Art. 39 Abs. 4 BV). Ausländer sind normalerweise vom Stimm- und Wahlrecht ausgeschlossen, ausgenommen auf Gemeindeebene z.B. in den Kantonen Neuchâtel, Jura und Genf sowie in der Gemeinde Wald AR.

b. Bürgergemeinden

Die Ortsbürgergemeinden oder Bürgergemeinden (vgl. Art. 37 Abs. 2 Satz 2 BV) sind eine Mischung von Gebiets- und Personalkörperschaften. Massgebend ist das Bürgerrecht einer Gemeinde, wobei für die Ausübung der politischen Rechte in der Regel zugleich der Wohnsitz in der Gemeinde verlangt wird.

Beispiel: Die Bürgergemeinde Bern ist eine Personengemeinde, die sich aus etwa 17 300 Angehörigen der 13 Gesellschaften und Zünfte und den Bürgerinnen und Bürgern ohne Zunftangehörigkeit zusammensetzt. Zur Bürgergemeinde gehört man durch Abstammung, Adoption oder Eheschliessung. Neuen Bewerbern kann das Bürgerrecht – auf ein entsprechendes Gesuch hin – von den Stimmberechtigten erteilt werden. In der Regel ist eine Einkaufssumme zu entrichten.

Die Kantone Genf, Neuchâtel und Waadt kennen die Bürgergemeinde nicht.

c. Kirchengemeinden

Kirchengemeinden setzen sich aus den Angehörigen der gleichen Konfession zusammen, wobei auch hier der Wohnsitz in einer bestimmten Gemeinde wesentlich ist. Auch die Kirchengemeinden sind daher eine Mischung von Gebiets- und Personalkörperschaften.

d. Spezialgemeinden

Spezialgemeinden bestehen in gewissen Kantonen für die Erfüllung von bestimmten Sachaufgaben einer Gemeinde, z.B. Schulgemeinden, Fürsorgegemeinden (vgl. Art. 126 der Kantonsverfassung von Glarus). Art. 120 der Kantonsverfassung Bern regelt die gemischten Gemeinden (Vereinigung von Einwohner- und Bürgergemeinden). Die Gemeinden können in Weiler, Fraktionen, Sektionen, Orte unterteilt werden (z.B. Art 118 Kantonsverfassung Bern).

Beispiel:

Art. 125 KV/GL: Schulgemeinde

1 Die Schulgemeinde umfasst die im Schulgemeindegebiet wohnhaften Personen.

2 Sie besorgt alle Schulangelegenheiten der Gemeinde.

3. Fusion von Gemeinden

Die Stadt Zürich ist mit rund 350'000 Einwohnern die grösste Gemeinde der Schweiz. Von den total etwa 2715 politischen Gemeinden (Stand Januar 2008) weisen einige eine Einwohnerzahl unter 100 Personen auf. Die Anzahl Gemeinden wird ständig geringer, da viele kleine Gemeinden alleine nicht überleben können und deshalb fusionieren. In mehr als der Hälfte aller Gemeinden wohnen weniger als 1000 Menschen. In den Gemeinden mit mehr als 10'000 Einwohner/-innen (4 % aller Gemeinden) lebt mehr als die Hälfte der Bevölkerung des ganzen Landes.

Viele der kleinen Gemeinden sind finanziell völlig abhängig vom Kanton. Sie verfügen nicht (mehr) über genügend personelle und finanzielle Mittel zur wirksamen Erfüllung ihrer Aufgaben. In jüngerer Zeit sind deshalb verstärkte Bemühungen feststellbar, welche die Fusion von Gemeinden vorantreiben (vgl. etwa Art. 99 der Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 [SR 131.225], wonach der Kanton solche Vorhaben fördert oder unter Umständen gar erzwingen kann). Weitere Gründe für Gemeindefusionen sind das funktionelle Zusammenwachsen der Siedlungsgebiete und die Probleme der Gemeinden, für die Milizämter geeignete Personen zu finden.

Beispiel: An der Landsgemeinde im Mai 2006 entschieden sich die Stimmberechtigten an des Kantons Glarus für eine Reduzierung der Anzahl Gemeinden von 25 auf drei.

4. Die Gemeindeautonomie

a. Allgemeines

In den Kantonsverfassungen und –gesetzen wird bestimmt und gewährleistet, in welchen Bereichen die Gemeinden im Rahmen der Gemeindeautonomie berechtigt sind, selber Gesetze zu erlassen und sich selbst zu verwalten. Soweit die kantonalen Verfassungen die Gemeindeautonomie nicht ausdrücklich erwähnen, gilt sie als ungeschriebenes kantonales verfassungsmässiges Recht. In den autonomen Bereichen sind die Gemeinden nicht blosse Vollzugsorgane des Kantons, sondern verfügen über eine «relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit» (BGE 120 Ib 209; 120 Ia 204; 119 Ia 115, 218, 294) in der Gesetzgebung und in der daran anschliessenden Verwaltung (Selbstverwaltung). Die Übertragung von kantonalen Aufgaben auf die Gemeinden begründet hingegen keine Autonomie.

Die Gemeindeautonomie wird vom Bundesgericht als kantonales verfassungsmässiges Recht aufgefasst (BGE 103 Ia 474). Eine Verletzung der Gemeindeautonomie

kann die Gemeinde Verletzung beim Bundesgericht mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten rügen (vgl. unten §10 VII.). In der BV wird dieser Beschwerdegrund in Art. 189 Abs. 1 lit. e BV besonders aufgeführt.

Es lassen sich Aufgabenbereiche ausmachen, in denen die Gemeinden in allen Kantonen mehr oder weniger Autonomie geniessen:

Bereich	Kantonales Recht	Gemeindeautonomie
Organisation der Gemeinde	Häufig Grundzüge der Gemeindeorganisation und Bestellung der Gemeindebehörden.	Organisation der Gemeindeverwaltung und Dienstrecht des Personals.
Raumplanungs- und Baurecht	Kantonales Raumplanungs- und Baurecht setzt einen mehr oder weniger weiten Rahmen.	Ortsplanung (kommunale Richtpläne, kommunale Bau- und Zonenordnung) sowie Landschafts- und Denkmalschutz.
Bauordnungsrecht	Abschliessende Regelung eigentlicher baupolizeilicher Belange (Sicherheit, Gesundheit).	Weitgehende Autonomie in der Regelung der Platzierung der Gebäude.
Versorgung und Entsorgung	Verwertung und Beseitigung des Abfalls sind in der Regel überkommunal geordnet.	Wasserversorgung, Elektrizitätswerke, Kanalisation, Kläranlagen sowie Abfallsammlung und kommunale Verkehrsbetriebe.
Öffentliches Bauwesen		Gebäude für die Verwaltung, Sportanlagen, Museen, Theater sowie der Bau und Unterhalt von kommunalen Strassen und -wegen.
Polizei		Örtliche Strassenpolizei und Gewerkepolizei.
Finanzen	Die Steuerhoheit der Gemeinden beruht i.d.R. nicht auf der Gemeindeautonomie, sondern auf einer Ermächtigung durch das kantonale Recht (abgeleitete Steuerhoheit).	In der Regelung der kommunalen Finanzen sind die Gemeinden autonom, nicht aber in der Erhebung von Steuern.
Weitere Bereiche		Schulen, Fürsorge, Gemeindebürgerrecht

Die Gemeindeautonomie umfasst auch die Gewährleistung des Bestandes und des Gebiets der Gemeinden (BGE 113 Ia 336: Garantie der Gemeindeexistenz). Veränderungen werden aber ermöglicht.

b. Rechtssetzungsautonomie

Die Bezeichnungen für die kommunalen Rechtssetzungserlasse sind uneinheitlich. Zur Unterscheidung vom kantonalen Recht wird auf den Ausdruck «Gesetz» mehr und mehr verzichtet; verwendet wird für einen Erlass des kommunalen Gesetzgebers häufig der Begriff «Ordnung», für einen Erlass der kommunalen Exekutive der Begriff «Reglement». Ist die Gemeinde in der Rechtssetzung autonom, wie z.B. beim Erlass der Gemeindeordnung und der Bauordnung, so stellt diese die gesetzliche Grundlage dar, die unter dem Gesichtspunkt des Gesetzmässigkeitsprinzips erforderlich ist.

Wo die Gemeinden zuständig sind, das kantonale Recht (und das Bundesrecht) im Einzelfall anzuwenden, dürfen sie keine allgemeinen Regelungen erlassen, welche die Anwendung im Einzelfall ordnet (BGE 112 Ia 64). Rechtssetzungsautonomie

bedeutet, dass die von der Gemeinde getroffene Regelung vor kantonalen Eingriffen geschützt ist. Dieser Schutz besteht umfassend, wenn der Kanton den kommunalen Erlass nur auf Rechtmässigkeit (Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht) überprüfen kann. Unterliegt der kommunale Erlass der Ermessenskontrolle des Kantons (Zweckmässigkeits- und Angemessenheitskontrolle), so ist die Gemeinde vor willkürlicher Ausübung der Kontrolle geschützt.

Die Einräumung von Kontrollbefugnissen an den Kanton stellt von vornherein keine Verletzung der Gemeindeautonomie dar. Damit werden vielmehr ihre Grenzen festgelegt. Ebenfalls keine Verletzung der Gemeindeautonomie liegt vor, wenn die Eingrenzung durch den kantonalen Gesetzgeber erfolgt.

Beispiel: Im Bereich der Raumplanung ist die Gemeindeautonomie analog zu derjenigen im Bereich der Rechtssetzung ausgebildet. Soweit der kantonale Richtplan Festlegungen vornimmt, welche die kommunale Nutzungsplanung steuern bzw. binden, sind die Gemeinden in der Nutzungsplanung nicht autonom. Soweit aber der kantonale Richtplan erhebliche Entscheidungsfreiheit belässt, indem er nur Grundzüge festlegt oder die Ordnung einzelner Gebiete nicht parzellenscharf vornimmt, sondern bewusst mit Bandbreiten arbeitet, sind die Gemeinden in der Festlegung und Abgrenzung der zulässigen Nutzung autonom, da ihnen ein erheblicher planerischer Ermessensspielraum verbleibt (BGE 111 Ia 132 ff.; 119 Ia 285 ff.).

c. **Rechtsanwendungsautonomie**

Wenn es um die Anwendung von kommunalem Recht geht, zu dessen Setzung die Gemeinde autonom war, haben die Gemeinden auch einen erheblichen Beurteilungsspielraum in der Auslegung ihrer Erlasse. Die kantonalen Behörden, einschliesslich der Verwaltungsgerichte, verfügen daher nur über eine beschränkte Überprüfungsbefugnis. Das gilt namentlich im Bereich der unbestimmten Rechtsbegriffe. Eine Aufhebung des Entscheids der Gemeindebehörde kommt nur in Betracht, wenn diese ihren Beurteilungsspielraum missbraucht oder überschritten (siehe Teil 2: § 17IV. zu diesen Begriffen) oder wenn sie verfassungsmässige Rechte der Bürger verletzt hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob der kantonale Entscheid willkürlich getroffen worden ist oder nicht.

Auch bei der Anwendung von kantonalem Recht kann der Gemeinde Autonomie zustehen. Das ist dann der Fall, wenn das kantonale Recht den rechtsanwendenden Behörden (der Gemeinde) erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (BGE 118 Ia 219).

5. **Organisationsrecht der Gemeinden**

Das kantonale Recht (Kantonsverfassung und Gemeindegesetz) regelt in den meisten Kantonen die Organisation der Gemeinden in den Grundzügen. In der weiteren Ausgestaltung der Gemeindeorganisation kommt den Gemeinden Autonomie zu.

a. **Legislative**

Die Gesamtheit der Stimmberechtigten ist das gesetzgebende Organ der Gemeinde, wo ein Gemeindeparlament besteht zusammen mit diesem. Fehlt ein Gemeindeparlament, so werden die Stimmberechtigten unmittelbar gesetzgeberisch aktiv:

- in der Gemeindeversammlung oder/und
- in der Urnenabstimmung.

Die Urnenabstimmung kann die Gemeindeversammlung ersetzen oder auch nur neben sie treten.

Das Gemeindeparlament tritt in grösseren Gemeinden an die Stelle der Gemeindeversammlung. Gewisse Beschlüsse des Gemeindeparlaments unterliegen häufig dem obligatorischen Referendum. Das direktdemokratische Element kommt im Initiativrecht und im Referendum zum Ausdruck.

In den Deutschschweizer Kantonen wird die Gemeindeversammlung als ordentliche Gemeindeorganisation bezeichnet, diejenige mit Gemeindeparlament als ausserordentliche; in den Welschschweizer Kantonen sind die Bezeichnungen umgekehrt.

b. Exekutive

Die Gemeindeexekutive erfüllt Vollzugsaufgaben. Zudem bereitet sie die Geschäfte der Gemeindeversammlung oder des Gemeindeparlaments vor. Schliesslich kann sie rechtssetzend tätig sein durch den Erlass von Gemeindeverordnungen (Reglemente). Die Gemeindeverwaltung ist der Gemeindeexekutive unterstellt. Diese ist i.d.R. eine Kollegialbehörde, die vom Gemeindepräsidenten (Stadtpräsidenten, in einigen Kantonen Gemeinde- oder Stadtammann) präsiert wird.

6. Rechtsschutz der Gemeinden

a. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist nach den Bestimmungen (Art. 189 Abs. 1 lit. a BV und Art. 82 ff. BGG) gegeben gegen Verletzungen verfassungsmässiger Rechte der Gemeinde, wenn sie von kantonalen Akten wie eine Privatperson (.z.B. als Grundeigentümerin) betroffen wird.

Das Bundesgericht hat in der Rechtssprechung das Recht der Gemeinden zur Geltendmachung ihrer Autonomie und ihrer Existenz als garantiert betrachtet. Zur Beschwerde befugt ist die Gemeinde, wenn sie als Trägerin hoheitlicher Gewalt eine Verletzung ihrer Autonomie geltend macht (Art. 89 Abs. 2 lit.c BGG). Ferner muss die Gemeinde partei- und prozessfähig sein (vgl. BGE vom 23.12.1992 i.S. Stadt Basel gegen Verwaltungsgericht BS).

Die Gemeinde kann jegliche Verletzung der Gemeindeautonomie geltend machen: Im Bereich der Rechtssetzung (Eingriff des Kantons in ihre Kompetenz zum Erlass von Gemeindeordnungen), der Planung (Anfechtung eines kantonalen Richtplans, BGE 119 Ia 285 ff., der Nichtgenehmigung eines kommunalen Nutzungsplans) und der Rechtsanwendung (gemeinderechtswidrige Auslegung durch den Kanton oder Anwendung von kantonalem statt kommunalem Recht durch den Kanton, Missachtung der Entscheidungsspielräume der Gemeinde durch den Kanton). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten wie vor allem von Art. 8 BV, kann nur im Rahmen der Autonomiebeschwerde geltend gemacht werden. Ob der Gemeinde im betreffenden Sachbereich tatsächlich Autonomie zusteht, ist eine Frage der materiellen Beurteilung der Beschwerde und nicht der Beschwerdebefugnis (BGE 117 Ia 354, 116 Ia 224).

Ein privater Beschwerdeführer kann die Verletzung der Gemeindeautonomie nur dann geltend machen, wenn die Gemeinde selbst auch Autonomiebeschwerde führt; zudem kann der Private die Autonomieverletzung nur vorfrageweise geltend machen, d.h. er muss in der Hauptsache die Verletzung eines ihm selbst zustehenden verfassungsmässigen Rechts rügen (vgl. unten Teil 6: Verfahrensrecht).

Das Bundesrecht kann der Gemeinde ein Beschwerderecht zuerkennen (z.B. Art. 34 Abs. 2 RPG; vgl. BGE 119 Ia 290, Anfechtung eines Nutzungsplans mit detaillierten Anordnungen).

b. Kantonale Instanzen

Massgebend sind die gesetzlichen Grundlagen, namentlich das kantonale Gemeindegesetz. In der Regel ist die Beschwerdemöglichkeit im verwaltungsinternen Rechtspflegeverfahren gewährleistet, d.h. Weiterzug des Entscheids einer kantonalen Behörde an deren übergeordnete Behörde. Dem kantonalen Verwaltungsgericht ist i.d.R. die Kontrolle der Anwendung von kantonalem Recht durch die Gemeinde sowie die Ermessenskontrolle verwehrt.

V. Die Bediensteten

1. Grundfragen des öffentlichen Dienstrechts

a. Organisationsrecht

Der Staat kann seine Aufgaben nur erfüllen, wenn er Personen in Dienst nimmt und sie in eine besondere rechtliche Bindung an sich bringt. Für diese rechtliche Bindung gebrauchen wir die Rechtsfigur des besonderen Rechts- oder Gewaltverhältnisses (vgl. unten Teil 5: § 32V. Sonderstatusverhältnis). Darin kommt der öffentlichrechtliche Charakter dieses besonderen Rechtsverhältnisses zum Ausdruck. Es handelt sich um eine – im Vergleich zur Rechtsstellung eines Angestellten in einem privaten Unternehmen - verstärkte Befehlsgewalt der Verwaltung gegenüber ihren Arbeitnehmern. Dieses besondere Gewaltverhältnis kommt insbesondere zum Ausdruck:

- in der Schweigepflicht;
- in einer besonderen Treuepflicht gegenüber dem Gemeinwesen;
- in der disziplinarischen Verantwortlichkeit.

Die Verbindung zwischen der Festlegung der Aufgaben des Staates und der Normierung des Dienstverhältnisses des öffentlichen Personals wird in modernen Rechtsordnungen häufig durch ein besonderes Organisationsrecht hergestellt. Im Bund durch das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG).

Danach gehört zu den Funktionen des Bundesrates als Spitze der Verwaltung die Leitung der Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 und 2, sowie Art. 35 Abs. 1 RVOG). Diese Bestimmungen enthalten in einem gewissen Sinne die Ziele des Dienstrechts. Im besonderen wird in Art. 8 RVOG bestimmt, dass der Bundesrat «die Leistungs- und Innovationsfähigkeit der Bundesverwaltung» (sprich: des Personals) fördert. Auch Bestimmungen über Führung und Führungsgrundsätze der Bundesverwaltung (Art. 35 und 36 RVOG) sind vorhanden. Gemäss Art. 36 Abs. 4 RVOG achten Bundesrat und Departementsvorsteher auf die sorgfältige Auswahl und Weiterbildung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

b. Rechtsnatur des Dienstverhältnisses

Ein Berufsbeamtentum wie in der Bundesrepublik Deutschland gab und gibt es in der Schweiz nicht. Die öffentlichen Dienstverhältnisse der Kantone wurden ursprünglich vom Bundesgericht dem Privatrecht zugewiesen (BGE 4, 321 f.). Zahlreiche Aufgaben wurden und werden auch heute noch im Milizsystem wahrgenommen. Ebenso kennen vereinzelte Kantone und Gemeinden die Wahl von Beamten durch das Volk. Solche demokratischen Elemente sind heute noch allgemein im System der Amtsdauer im öffentlichen Dienstrecht enthalten.

Die öffentlichrechtliche Natur der Aufgabenwahrnehmung durch die Verwaltung legt nahe, auch das Dienstrecht als öffentlichrechtliches auszugestalten. Die genannten Besonderheiten (Befehlsgewalt, Treuepflicht) und die Ausstattung des Verwaltungspersonals mit öffentlichen Funktionen und Zwangsmitteln rechtfertigen eine eigenständige öffentlichrechtliche Regelung der Dienstverhältnisse.

Die Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechts für das Personal im öffentlichen Dienst und für Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft ist nicht realisierbar, da der hoheitliche Charakter der Aufgabenerfüllung des Personals der öffentlichen Dienste nach Differenzierungen verlangt. Mit dem Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) wurde eine Annäherung an die obligationenrechtlichen Normen vollzogen. Der Beamtenstatus des ehemals geltenden Beamtengesetzes wurde abgeschafft und durch kündbare öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnisse mit ausgebautem Kündigungsschutz ersetzt. Zahlreiche Kantone und Gemeinden haben diese Neuerungen auch eingeführt. Im öffentlichen Dienst sind jedoch auch privatrechtliche Arbeitsverträge zulässig (Art. 6 Abs. 6 f. BPG).

2. Entstehung, Beendigung, Auflösung des Arbeitsverhältnisses

a. Entstehung

Das Arbeitsverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur. Es entsteht durch den Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages und nicht mehr wie früher unter dem Beamtengesetz durch zustimmungsbedürftige Verfügung. Grundsätzlich steht es dem Bund frei, unbefristete oder befristete Verträge abzuschliessen (Art. 9 Abs. 1 und 2 BPG) und diese an eine Probezeit zu knüpfen (Art. 8 Abs. 2 BPG). Eine Anstellung kann etwa vom Schweizer Bürgerrecht, der Eignung und Tauglichkeit oder einem bestimmten Wohnort abhängig gemacht werden. Offene Stellen müssen gemäss Art. 7 BPG jeweils öffentlich ausgeschrieben werden.

b. Beendigung (ohne Kündigung)

Die Parteien können das (befristete oder unbefristete) Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf jeden Zeitpunkt beenden, Art. 10 Abs. 1 BPG. Das Arbeitsverhältnis endet ferner beim Erreichen der Altersgrenze, beim Tod der angestellten Person sowie mit dem Ablauf der (befristeten) Vertragsdauer, Art. 10 Abs. 2 BPG.

c. Auflösung (mit Kündigung)

Eine ordentliche einseitige Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der vereinbarten Frist ist nicht möglich. Unbefristete Arbeitsverhältnisse dagegen können laut Art. 12 BPG von jeder Vertragspartei unter Beachtung der massgebenden Fristen ordentlich gekündigt werden. Falls das Arbeitsverhältnis nach Ablauf

der Probezeit durch den Arbeitgeber aufgelöst wird, muss einer der in Art. 12 Abs. 6 lit. a bis f BPG aufgeführten Gründe vorliegen. Wird das Arbeitsverhältnis (ohne dass die betroffene Person daran ein Verschulden trifft) vom Arbeitgeber gekündigt, so ist dieser nach Art. 19 BPG zur Leistung einer Entschädigung verpflichtet. In Art. 12 Abs. 7 BPG ist schliesslich die fristlose Kündigung von befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen geregelt. Als möglicher Grund für eine fristlose Auflösung des Vertrages gilt "jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann."

3. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis

a. Arbeitspflicht/Nebenbeschäftigung

Die persönliche Arbeitspflicht wird aus den privatrechtlichen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag (OR 321) abgeleitet. Nebenbeschäftigungen, welche die Aufgabenerfüllung des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen vermögen, können von einer Bewilligung abhängig gemacht werden, Art. 23 BPG.

b. Lohn/Teuerungsausgleich etc.

Als Entgelt für die geleistete Arbeit erhält der Angestellte einen Lohn. Gemäss Art. 15 Abs. 1 BPG richtet sich dieser nach Funktion, Erfahrung oder Leistung und ersetzt damit das ehemals starre Lohnsystem. Nach Art. 15 Abs. 2 BPG fällt die Festlegung der Mindestlöhne in die Kompetenz des Bundesrates, die Grundsätze bezüglich Lohnfestlegung werden hingegen in den weiteren Ausführungsbestimmungen verankert. Des Weiteren existieren Bestimmungen bezüglich Ferien, Urlaub, Arbeitszeit, Mutterschaftsurlaub und Ausrüstung des Personals, siehe Art. 17 f. BPG.

c. Wahrung der Interessen der Arbeitgeber

Die in Art. 20 Abs. 1 BPG umschriebene Pflicht zur sorgfältigen Ausführung der Arbeit sowie zur Wahrung der Interessen des Bundes (bzw. des betreffenden Arbeitgebers) zielt auf die bisherige Treuepflicht der Beamten ab. Die Arbeitnehmer unterstehen ferner dem Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis.

d. Einschränkung von Rechten des Personals

Das im ehemaligen Beamtengesetz in Art. 23 Abs. 1 BtG festgeschriebene Streikverbot wurde aufgehoben. Das Streikrecht kann gemäss Art. 24 Abs. 1 BPG nur unter bestimmten Voraussetzungen - und auch dann lediglich für gewisse Kategorien von Angestellten - eingeschränkt oder aufgehoben werden. Massgebend ist auf jeden Fall Art. 28 Abs. 3 BV, wonach Streik und Aussperrung nur dann zulässig sind, wenn diese die Arbeitsbeziehung betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen. Nach wie vor besteht zwischen Arbeitnehmer und Bund eine besonders enge Beziehung (Sonderstatusverhältnis). Deshalb können Freiheitsrechte (insbesondere die Niederlassungsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit) über die im Gesetz vorgesehenen Einschränkungen hinaus beschränkt und dem Personal über den Arbeitsvertrag hinausgehende Pflichten auferlegt werden (Art. 24 Abs. 2 PBG). Dafür müssen aller-

dings wiederum die in Art. 24 Abs. 1 BPG aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sein.

e. Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten durch den Arbeitnehmer

Die Massnahmen von Art. 25 Abs. 1 BPG sind primär auf die Wiederherstellung bzw. Sicherstellung des geordneten Aufgabenvollzugs ausgerichtet. Dieser lenkende Charakter wird durch pönale Elemente ergänzt (Art. 25 Abs. 2 und 3 BPG). Bei fahrlässig verursachter Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflicht sind dies eine Verwarnung, ein Verweis oder die Änderung des Aufgabenkreises. Handelt der Arbeitnehmer vorsätzlich oder grobfahrlässig wird sein Verhalten mit Lohnkürzung, Busse oder Änderung der Arbeitszeit bzw. des Arbeitsortes sanktioniert.

f. Datenbearbeitung

Die Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers erfordert Einschränkungen bei der Behandlung von schützenswerten Personendaten der Arbeitnehmer. Während sich Art. 27 BPG auf die Datenbearbeitung für die Personal- und Lohnbewirtschaftung durch den Arbeitgeber selbst bezieht, regelt Art. 28 BPG den Umgang der Personendaten über die Gesundheit durch den zuständigen ärztlichen Dienst.

g. Massnahmen zu Gunsten des Personals

Art. 29 und 30 BPG führen sowohl die Leistungen des Arbeitgebers bei Arbeitsverhinderung (Krankheit, Unfall, Invalidität, Militär-, Zivilschutz- und Zivildienst, Mutterschaft) als auch im Todesfall des Arbeitnehmers auf. Nach Art. 31 und 32 BPG können ferner in den Ausführungsbestimmungen diverse Sozialmassnahmen und –leistungen sowie Treueprämien, Vergünstigungen, etc. vorgesehen werden.

h. Mitwirkung und Sozialpartnerschaft

In Art. 33 BPG werden dem Arbeitgeber eine Informations-, Konsultations- und Verhandlungspflicht auferlegt. Das Personal und seine Organisationen müssen rechtzeitig über alle wichtigen Personalentscheide informiert werden. Beabsichtigte Änderungen des BPG oder der Erlass von Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz bedürfen einer Konsultation der Arbeitnehmer. Zudem ist der Arbeitgeber verpflichtet, mit den Organisationen des Personals Verhandlungen zu führen. Eine direkte Mitwirkung des Personals ist in paritätisch zusammengesetzten Beratungs-, Schlichtungs- und Entscheidungsorganen vorgesehen.

i. Verfahren

Kommt es bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zu keiner Einigung, erlässt der Arbeitgeber eine Verfügung, Art. 34 Abs. 1 BPG. Im Regelfall (Art. 35 Abs. 1 BPG) kann gegen diese Verfügung eine Beschwerde bei der internen Beschwerdeinstanz erhoben werden. Deren Entscheid ist gemäss Art. 36 Abs. 1 BPG beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Für einzelne Spezialfälle siehe Art. 35 Abs. 2, Art. 36 Abs. 2 und 4 BPG. Sofern keine Mutwilligkeit vorliegt, ist das erstinstanzliche Verfahren und das Beschwerdeverfahren für beide Vertragsparteien kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG).

§ 28 Die Verfügung

I. Begriff und Elemente der Verfügung

1. Begriff der Verfügung

Art. 5 Abs. 1 VwVG

«Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten;

b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten;

c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren.»

Die Verfügung hat im Verwaltungsrecht zentrale Bedeutung. Sie grenzt sich durch ihre Konkretetheit in Bezug auf den Gegenstand und durch die Individualität in Bezug auf den Adressatenkreis vom Rechtssatz als generell-abstrakter Norm ab. Die Verfügung ist der an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakt, durch den in verbindlicher und erzwingbarer Weise auf der Grundlage des Verwaltungsrechts ein bestimmter Gegenstand konkret geregelt wird. Mit der Verfügung kann das konkrete Rechtsverhältnis gestaltet oder festgestellt werden, Rechtssätze werden konkretisiert, wobei sich Letztere aber auch schon aus einem Rechtssatz unmittelbar ergeben (z.B. im Strassenverkehrsrecht) können. Als Verfügungen gelten Anordnungen von Verwaltungsinstanzen und Urteile von Verwaltungsbehörden und Gerichten. Verfügungen unterliegen gemäss Art. 44 VwVG der Beschwerde, sind beschwerdefähig.

2. Elemente der Verfügung

5 Elemente, welche die Verfügung auszeichnen:

Elemente	Anmerkungen
Hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde	Hoheitlich im Unterschied zum privatrechtlichen Rechtsgeschäft; einseitig im Unterschied zum Vertrag, wo die Zustimmung beider Parteien notwendig ist.
Individuell-konkret	Im Unterschied zum Rechtssatz betrifft die Verfügung einen einzigen (individuellen) Adressaten und einen einzigen (konkreten) Sachverhalt.
Anwendung von Verwaltungsrecht	Dazu gehören z.B. Planungs- und Baurecht sowie Steuerrecht, nicht aber das Privatrecht.
Beabsichtigte Rechtswirkungen	Im Unterschied zu innerdienstlichen Weisungen, organisatorischen Anordnungen wie z.B. der Festlegung von Ortsbezeichnungen und Auskünften, welche nur in Ausnahmefällen Verfügungen sind, entstehen für Verwaltung und Bürger Rechte und Pflichten.
Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit	Der Inhalt muss derart bestimmt sein, dass er vollstreckt werden kann. Dies um Unterschied etwa zu blossen Empfehlungen, Realakten und Vollzugshandlungen.

II. Form der Verfügung

Beispiel: schriftliche Verfügung

Einschreiben - A.A. (Name) / Adresse des Empfängers

Betrifft: **Entzug des Führerausweises**

In Anwendung von Art. 16 und 17 SVG wird **verfügt**:

1. A. wird der Führerausweis, gestützt auf Art. 16 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 SVG, auf unbestimmte Zeit, mindestens aber für die Dauer von 13 Monaten gerechnet ab 30.04.08, entzogen. Das Führen von Motorfahrzeugen aller Kategorien ist ihm untersagt.

2. Die Wiedererteilung des Führerausweises wird vom Ablauf der festgesetzten Mindestentzugsdauer und vom günstigen Ausgang einer amtsärztlichen Untersuchung abhängig gemacht.

3. Gegen diese Verfügung kann innert 20 Tagen, von der Mitteilung an gerechnet, beim Regierungsrat des Kantons X, rekuriert werden. Die Regkurstschrift muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Die angefochtene Verfügung ist beizulegen oder genau zu bezeichnen. Die angerufenen Beweismittel sind genau zu bezeichnen und soweit möglich beizulegen. Einem Rekurs wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

Begründung:

A. wurde am 1. April 2008 um 03.30 Uhr als Lenker des Personenwagens XY auf der H-Brücke von der Polizei angehalten und kontrolliert. Der Atemtest ergab einen Wert von 1.8 Promillen, der danach folgende Bluttest einen von 1.95 Promillen.

Da A. bereits im Jahre 2005 einen 2-monatigen Führerausweisentzug wegen Fahrens in ange-trunkenem Zustand nach Art. 16b Abs. 1 lit. b SVG zu vergegenwärtigen hatte, handelt es sich um eine Wiederholungshandlung.

Amt für Administrativmassnahmen

B.B., 18. April 2008

Massgebend für die Form der Verfügung ist die zugrunde liegende Gesetzgebung. Bei fehlender Regelung gilt grundsätzlich die freie Formwahl. Üblich ist die schriftliche Form unter Angabe der Behörde, welche die Verfügung erlassen hat; dem Datum; der selbständig lesbaren Anordnung; der Begründung bzw. den Erwägungen und der Rechtsmittelbelehrung d.h. der Angabe, wo, in welcher Form und innerhalb welcher Frist die Verfügung angefochten werden kann. Die mündliche Form wird angewendet bei Dringlichkeit (mit nachfolgender schriftlicher Bestätigung). Massenverfügungen können in Form der Publikation in amtlichen Blättern abgefasst werden. Die Eröffnung der Verfügung erfolgt durch Zustellung (Entgegennahme durch den Verfügungsadressaten). Die Beweislast der Eröffnung liegt bei den Behörden, weshalb die Briefe i.d.R. eingeschrieben zugestellt werden.

III. Arten der Verfügung

1. Rechtsgestaltende Verfügungen

Mittels rechtsgestaltenden Verfügungen wird der Bürger zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichtet oder es werden Rechte eingeräumt, geändert oder aufgehoben, kurz: Festsetzung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten.

Beispiele:

Erteilung einer Baubewilligung (rechtsgestaltend);
Erhöhung der Invalidenrente (rechtsändernd);
Entzug des Führerausweises (rechtsaufhebend).

2. Feststellende Verfügungen

Feststellende Verfügungen dienen der Klärung der Rechtslage für ein konkretes Vorhaben. Erforderlich ist ein schutzwürdiges Interesse an der blossen Feststellung (Art. 25 Abs. 2 VwVG).

Beispiel: Feststellung, ob für den Bau eines Kinderspielplatzes im eigenen Garten die Pflicht zur Einholung einer Baubewilligung besteht oder nicht besteht.

Es wäre in solchen Fällen nicht zweckmässig, wenn der Interessent ein förmliches Bewilligungsgesuch einreichen müsste, sofern das Gesetz nicht klar die Bewilligungspflicht enthält.

3. Einfache und mitwirkungsbedürftige Verfügungen

Verfügungen lassen sich nicht nur nach dem Inhalt, sondern auch nach formalen Kriterien unterteilen.

Die einfache Verfügung enthält Anordnungen, die unmittelbar den Gegenstand der Verfügung betreffen.

Beispiel: Dem X wird ab 1. Februar 2007 für sechs Monate der Fahrausweis entzogen.

Die mitwirkungsbedürftige Verfügung ist nicht gleichzusetzen mit dem zweiseitigen Verwaltungsakt, wie z.B. dem verwaltungsrechtlichen Vertrag, da sich bei der Verfügung die Verwaltungsbehörden und die Privaten nicht als gleichberechtigte Partner begegnen. Die Mitwirkung ist für das Zustandekommen der Verfügung notwendig, jedoch setzen die Verwaltungsbehörden letztendlich auf der Grundlage des anwendbaren Gesetzes autoritativ Rechte und Pflichten von Privaten fest. Das Fehlen der Zustimmung hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge.

Beispiele: Anstellung von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst und Bewilligungen verschiedenster Art.

IV. Rechtskraft von Verfügungen

1. Formelle Rechtskraft

Formelle Rechtskraft heisst, dass die Verfügung mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann. Gründe hierfür können sein, dass auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet wird, dass die Frist für die Ergreifung eines Rechtsmittels bereits abgelaufen ist, oder dass wegen Erschöpfung des Instanzenzuges keine Möglichkeit mehr zur Anfechtung besteht. Es bestehen etliche geschriebene und ungeschriebene Regeln, die eine Aufhebung von formell rechtskräftigen Verfügungen zulassen.

Das Dispositiv ist der Teil am Anfang oder Schluss der Verfügung ohne die Begründung. Es enthält in knapper Form eine Aussage, wie das Verfahren von der betreffenden Instanz erledigt worden ist:

Beispiel: „Der Führerausweis wird entzogen“

In der Regel ist nur das im Dispositiv der Entscheidung Enthaltene weiter anfechtbar oder erwächst in formelle Rechtskraft. Eine Ausnahme davon gilt dann, wenn im Dispositiv auf die Entscheidungsgründe verwiesen wird:

Beispiel: „Die Beschwerde wird im Sinn der Erwägungen abgewiesen“.

In diesem Fall bilden Dispositiv und Motive zusammen den Inhalt der Entscheidung und bestimmen den Umfang des Streitgegenstands.

In der Leistungsverwaltung wie z.B. im Sozialversicherungswesen gibt es häufig Dispositive, die mit dem Motiv so eng verknüpft sind, dass auch dieses formelle Rechtskraft erlangt. Der Inhalt des Dispositivs bestimmt sich durch Auslegung nach den Regeln von Treu und Glauben. Wenn der Wortlaut missverständlich ist, muss der tatsächliche rechtliche Gehalt ermittelt werden.

2. Materielle Rechtskraft

Materielle Rechtskraft bedeutet inhaltliche Unabänderlichkeit der Verfügung, auch für die Verwaltungsbehörden. Ein Widerruf bzw. die Aufhebung einer in materieller Rechtskraft erwachsenen Verfügung ist ausgeschlossen. Verfügungen erlangen nur unter bestimmten Voraussetzungen materielle Rechtskraft.

V. Nebenbestimmungen von Verfügungen

1. Arten

Häufig kann ein Gesuch nicht mit dem Inhalt bewilligt werden, mit dem es eingegeben worden ist; andererseits kann es auch nicht rundum abgewiesen werden. Das Gesuch weist gewisse Mängel auf, die mit der Verfügung behoben werden können. Oder es kann dem Gesetz in andern Belangen, als ein eingereichtes Gesuch sie umfasst, Genüge getan werden, indem die nachgesuchte Bewilligung durch weitere konkrete Vorschriften ergänzt wird.

a. Bedingung

Die Rechtswirksamkeit der Verfügung wird in die Abhängigkeit einer Bedingung gestellt:

- **Suspensivbedingung:** Der Eintritt der Rechtswirksamkeit hängt von einem zukünftigen ungewissen Ereignis ab.

Beispiel: Erteilung der Baubewilligung unter der (aufschiebenden) Bedingung, dass das kant. Baudepartement auf der Kantonsstrasse vorgängig die Einspurstrecke zur Zufahrt erstellt hat.

- **Resolutivbedingung:** Das Ende der Rechtswirksamkeit der Verfügung hängt vom Ereignis ab.

Beispiel: Erteilung einer Baubewilligung für einen Parkplatz unter der (auflösenden) Bedingung, dass das Bedürfnis nach Güterumschlag bestehen bleibt.

Die Bedingung kann kasuell (vom Zufall abhängig) oder potestativ (vom Willen des Betroffenen abhängig) sein.

b. Befristung

Die Wirkung der Verfügung wird von einer zukünftigen gewissen Tatsache, die mit Sicherheit eintreten wird, abhängig gemacht. Es kann ein Anfangs- oder Endtermin festgesetzt werden zur zeitlichen Begrenzung der Rechtswirksamkeit einer Verfügung.

Beispiel: Ein öffentlicher Angestellter erhält eine Lohnzulage für die Zeit, in der er eine zusätzliche Aufgabe zu erfüllen hat.

c. Auflage

Auflagen sind zusätzliche Verpflichtungen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, die mit einer Verfügung verbunden werden. Die Auflage hat keinen Einfluss auf die Rechtswirksamkeit der Verfügung, berührt demnach die Geltung und den Bestand der Bewilligung nicht. Anders als bei der Bedingung wird die Geltung der Bewilligung nicht aufgeschoben. Die Auflage kann aber selbständig und mit den Instrumenten des Verwaltungszwangs - v.a. Ersatzvornahme und Bestrafung - durchgesetzt werden.

Beispiele:

Die Betriebsbewilligung für einen Jugendtreffpunkt wird mit der Auflage erteilt, dass zum Schutz der Nachbarschaft vor Lärm Fenster und Türen geschlossen bleiben.

Die Baubewilligung für ein Einkaufszentrum wird erteilt unter der Auflage, dass die Warenanlieferung nur mit Fahrzeugen erfolgt, die mit einem akustischen Warnton ausgerüstet sind, der beim rückwärts fahren ertönt (BGE 125 II 129).

d. Revers

Der Revers ist eine besondere Art von Nebenbestimmung einer Verfügung, mit welcher der Betroffene bestimmte Verpflichtungen eingeht, deren Entstehung von einem ungewissen Ereignis abhängt. Er ist ein Sonderfall der Auflage oder eine Mischung von Bedingung und Auflage und nimmt Bezug auf Beschränkungen, die in der Zukunft liegen und deren Eintritt ungewiss oder gewiss sein kann.

aa. Beseitigungsrevers

Erteilung einer Bewilligung mit der Auflage, dass das bewilligte Gebäude oder ein Teil davon beseitigt wird, wenn das Gemeinwesen von der bestehenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung (z.B. einer Strassenverbreiterung) Gebrauch machen will.

Beispiel: Die mit einer Bewilligung (die auch verweigert werden könnte) verbundene Verpflichtung des Eigentümers eines Restaurants, die Gartenwirtschaft oder einen Teil davon auf eigene Kosten und ohne Anspruch auf eine Entschädigung zu beseitigen, wenn die Strassenverbreiterung, die bereits mit Strassenlinien gesichert ist, deren Verwirklichung im Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung aber nicht im öffentlichen Interesse liegt, verwirklicht wird.

bb. Mehrwertrevers

Die Verpflichtung des Betroffenen besteht darin, auf den durch die Bewilligung ermöglichten Mehrwert seiner Liegenschaft im Falle der Durchführung der Eigentumsbeschränkung zu verzichten.

Beispiel: Der mit der Erteilung einer Baubewilligung verbundene Verzicht des Eigentümers auf eine Entschädigung für den Mehrwert, der durch das bewilligte Bauvorhaben geschaffen

wird, für den Fall einer späteren Enteignung. Auch in diesem Fall könnte die Baubewilligung verweigert werden; die Erteilung stellt also eine Ausnahme dar.

Reverse können, wenn das massgebende Recht es vorsieht, im Grundbuch ange-merkt werden. In diesem Fall trifft die Verpflichtung den jeweiligen Eigentümer.

2. Wirkungen und Zulässigkeit

Nebenbestimmungen sollen eine Verfügung den konkreten Umständen gemäss verfeinern. Die Nebenbestimmung muss nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sein. Notwendig ist der sachliche Zusammenhang zwischen der Nebenbestimmung und der Verfügung sowie der einheitliche Zweck von Nebenbestimmung und Verfügung. Sachfremde Nebenbestimmungen sind unzulässig.

Es wird häufig von folgender Frage ausgegangen: „Könnte die Verfügung auch verweigert werden?“

Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss beachtet werden und kann eine Nebenbestimmung erforderlich machen.

Eine Nebenbestimmung muss mit der Verfügung selbst angefochten werden. Eine selbständige Anfechtung der Nebenverfügung zu einem späteren Zeitpunkt ist ausgeschlossen. Die Nebenbestimmung gilt selbst auch als Verfügung.

VI. Die Bewilligung

1. Polizeibewilligung

Ein klassisches Mittel, das im Verwaltungsrecht oft zum Einsatz kommt, findet sich im Polizeirecht. Unter dem Begriff „Polizei“ wird die staatliche Tätigkeit verstanden, welche die Abwehr von Störungen und Gefährdungen gegen die Polizeigüter bezweckt. Der Polizeibewilligung (Verfügung) liegt der Gedanke zugrunde, dass ein grundsätzliches Verbot nicht erforderlich, sondern der Schutz der Polizeigüter - Leib, Leben, Sicherheit, öffentliche Ordnung, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr - auch dadurch möglich ist, dass die Baute, Anlage oder Tätigkeit der staatlichen Kontrolle unterworfen wird. Dies erfolgt i.d.R. durch vorgängige Prüfung, ob die massgebenden Vorschriften eingehalten werden.

Beispiele für Bewilligungspflichten:

- Bauten und Anlagen (Art. 22 RPG, kantonale Baugesetze);
- Talsperren (Art. 3bis Abs. 4 WBPG, SR 721.10);
- Kernanlagen (Art. 6 KEG);
- ortsfeste Elektroheizungen, Aussenheizungen, Warmluftvorhänge (kantonale Energiegesetze).

Mit der Polizeibewilligung werden keine Rechte verliehen, die unter den Schutz der Eigentumsgarantie fallen, es werden keine besonders geschützten Rechtspositionen z.B. von Grundeigentümern begründet. Es wird lediglich festgehalten, dass der Tätigkeit keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen, bzw. dass die Tätigkeit mit den gesetzlichen Vorschriften vereinbar ist. Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Anspruch auf Bewilligungserteilung.

2. Ausnahmewilligung

Ausnahmewilligungen dispensieren von einem gesetzlichen Verbot. Auf ihre Erteilung besteht kein Anspruch. Sie verschafft auch keine von der Eigentumsgarantie geschützten Rechtspositionen; den Bewilligungsbehörden stehen Entscheidungsspielräume zu.

- Ausnahmen von Bauvorschriften (vgl. Art. 23 RPG);
- Ausnahmen vom Eindolungsverbot bei Fließgewässern (Art. 38 Abs. 2 GSchG);
- Zonenfremde Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 RPG).

3. Wirtschaftspolitische Bewilligungen

Die wirtschaftspolitische Bewilligung schafft, anders als die Polizeibewilligung, eine neue Rechtslage, ermöglicht damit die Bildung von Vermögenswerten und steht deshalb unter dem Schutz der Eigentumsgarantie. Der Entzug ist daher nur durch Enteignung zulässig.

Wirtschaftspolitische Bewilligungen bezwecken die Lenkung der Wirtschaft:

- Konzession (Sondernutzungsrecht);
- Kontingente (Kapazitätskontrolle);
- Exportbewilligung für Energie (V vom 23.12.1971 über die Ausfuhr elektrischer Energie, SR 731.21);
- Bedürfnisklauseln (Deponien, Art. 30e Abs. 2 USG).

4. Beispiele verschiedener Bewilligungsarten

Nachfolgend eine Auflistung verschiedener Bewilligungsarten:

Sondernutzungsplan	Soweit direkt projektbezogen, kann er die Funktion der Baubewilligung übernehmen. Er kommt in Betracht, wenn ein Vorhaben zunächst nutzungsplanerisch erfasst werden muss, z.B. für Deponien oder Lagerstätten ausserhalb des Siedlungsgebiets, BGE 120 Ib 207 ff.
Rahmenbewilligung für Kernanlagen (Art. 12 ff. KEG)	Festlegung des Standorts und des Projekts in seinen Grundzügen (Lager: Kapazität, Abfallkategorien, ungefähre Gestaltung der Bauten). Weitere Bewilligungen müssen folgen.
Baubewilligung	Bauten/Anlagen: gemäss Art. 22 - 24 RPG; Kernanlagen (Art. 15 KEG).
Plangenehmigung	Für industrielle Betriebe (Art. 7 ArG)
Plangenehmigungen des Bundes	Flugplätze (Art. 37 LFG); Neue Starkstromanlagen (Art. 15 Abs. 2 EleG); Eisenbahnen (Art. 18 EBG); Seilbahnen (Art. 27 Seilbahnverordnung vom 10. März 1986).
Inbetriebnahmebewilligung	Dampfkessel oder Dampfgefässe (Art. 32 ff. der Verordnung vom 9.4.1925).
Betriebsbewilligung	Kernanlagen (Art. 19 KEG); Industrielle Betriebe (Art. 7 ArG); Seilbahnen (Art. 32 ff. Seilbahnverordnung); Rohrleitungen (Art. 30 RLG); Bewilligung zur Annahme von Sonderabfällen (Art. 16 f., 29 ff. VVS); Deponien (Art. 30e Abs. 2 USG); Betriebskonzession für Flughäfen (Art. 36a LFG); Betriebsbewilligung für Flugfelder (Art. 26b LFG).
Zulassungsbewilligung für Produkte	Inverkehrbringen von GVO (Art. 29c USG; Art. 12 GVG).
Konformitätsnachweis	Elektrische Niederspannungserzeugnisse (Art. 6 NEV) durch Stichproben des SEV (Art. 19 Abs. 2 NEV).
Typenprüfung	Energetisches Prüfverfahren (Art. 7 EnV); Fahrzeuge und Bauelemente von Seilbahnen (Art. 27 Abs. 2 Seilbahnverordnung).
Genehmigungen	Genehmigung des Betriebsreglements für Flughäfen (Art. 36c LFG);
Exportbewilligung für Energie	Bewilligung des Bundes. Orientierung am öffentlichen Wohl und an der (fehlenden) Verwendbarkeit im Inland (Versorgungspolitik) Verordnung über die Ausfuhr elektrischer Energie vom 23.12.1971, SR 731.21).
Berufsausübungsbewilligung (Personengebundene Bewilligung)	Fähigkeitsausweis; Wissenschaftliche Berufsarten, z.B. Architekten, Ingenieure; nichtwissenschaftliche Berufe: Liegenschaftsvermittler, Bergführer (BGE 53 I 117), Taxihalter (BGE 99 Ia 393), Wirte (BGE 109 Ia 130), Optiker (BGE 112 Ia 326).
Installationsbewilligung	Für elektrische Hausinstallationen (Art. 8 NIV).

Bei den Berufsausübungsbewilligungen übt das Verhältnismässigkeitsprinzip die Funktion aus, übertriebene und unnötige Anforderungen oder verdeckte gewerbepo-

litische/standes– politische Motive zu verhindern. Vgl. BGE 112 Ia 325; 103 Ia 262 f. Einheitliche Vorschriften der Kantone sind nicht verlangt. Kantonale Fähigkeitsausweise werden durch Art. 36 BV gestützt.

Bewilligungen können mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden. Auch möglich ist der Anzeigevorbehalt (Meldepflicht). Unter Umständen besteht kein Bedürfnis nach Präventivkontrolle, aber nach staatlicher Aufsicht: Die Tätigkeit wird unter Meldepflicht gestellt:

Beispiele Meldepflicht: Umgang mit GVO in geschlossenen Systemen (Art. 10 GTG); Ausführung von Sonderabfällen (Art. 9 VVS).

VII. Allgemeinverfügung und Plan

Die klassische Zweiteilung der staatlichen Rechtsakte in generell-abstrakten Rechtsatz und individuell-konkrete Verfügung (entsprechend den Funktionen Rechtssetzung und Rechtsanwendung) passt nicht auf die Allgemeinverfügung und den Raumplan.

1. Die Allgemeinverfügung

Bei der Allgemeinverfügung ist der Gegenstand der Anordnung konkret, der Adressatenkreis aber generell bestimmt.

Beispiel: In Liestal ist es Brauch, dass am Banntag im Stadtzentrum geschossen wird. Der Stadtrat von Liestal erlässt an die Adresse der Banntagsschützen Weisungen. Die Weisungen regeln das Verhalten eines bestimmbar, eingeschränkten Personenkreises – Banntagsschützen – die jedoch namentlich nicht einzeln bekannt sind. Sie regeln den bestimmten, konkreten Gegenstand des Schiessens an einem begrenzten Ort zu einem bestimmten Zeitpunkt. Es handelt sich bei den Weisungen um eine Allgemeinverfügung. (BGE 126 II 300)

Die Praxis behandelt die Allgemeinverfügung wie eine Verfügung, was vor allem für Verfahren und Rechtsschutz von Bedeutung ist. Häufig bestehen aber besondere Vorschriften, beispielsweise betreffend die Publikation von Verkehrsanordnungen.

Folge der rechtlichen Behandlung der Allgemeinverfügung als Verfügung ist, dass sie selbst im Verfahren der Beschwerde gegen eine Bussenverfügung nicht akzessorisch überprüft werden kann (BGE 113 IV 123 ff.).

2. Der Raumplan

Der Raumplan ist Oberbegriff für Richt- und Nutzungspläne. Die Rechtsnatur des Raumplans ist grundsätzlich wichtig für die Anhörung von Privaten, den Rechtsschutz (Beschwerdemöglichkeit), die Änderung, die konkrete Normenkontrolle (Prüfung im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens, ob der Plan rechtmässig ist), den Widerruf und das Initiativrecht.

a. Der Richtplan

Nach der Praxis ist der nur behördenverbindliche (Art. 9 Abs. 1 RPG) Richtplan keine Rechtsnorm. Der Richtplan wird erlassen, um den Ist-Zustand und die Entwicklungsplanung eines Gebietes wie z.B. eines Kantons festzuhalten. Es folgt auf ihn kein Anwendungsakt; er ist auch keine Verfügung, da er keine Rechte und Pflichten von Einzelpersonen begründet (BGE 107 Ia 77 ff. und 93 ff.: keine direkte

Anfechtung durch Grundeigentümer). Er gilt als «Zwischengebilde», als Rechtsform sui generis (eigener Art).

b. Der Nutzungsplan

Die Praxis differenziert den allgemeinverbindlichen Nutzungsplan nach dem Detaillierungsgrad. Er ist dann als Verfügung zu behandeln, wenn er derart detaillierte Anordnungen enthält, wie sie in einer nachfolgenden Verfügung (z.B. Baubewilligung) enthalten sein könnten und es sich demnach erübrigt, diese Inhalte in die Verfügung aufzunehmen. Dieser Verfügungscharakter kommt bei Sondernutzungsplänen in Betracht, die sehr detailliert ausgearbeitet werden. Ein Rahmennutzungsplan (z.B. Zonenplan einer Gemeinde) ist demgegenüber keine Verfügung, sondern eine Anordnung eigener Natur (BGE 107 Ia 275 f.); das gleiche gilt für die übrigen nicht verfügmässigen Teile eines Sondernutzungsplans.

Aufgegeben wurde vom Bundesgericht das früher verwendete Kriterium der räumlichen Ausdehnung: Nutzungspläne, die nur wenige Parzellen erfassen, galten als Verfügungen (BGE 94 I 342 f.).

Die Diskussion rund um die Rechtsnatur des Raumplans wurde durch die Einführung des RPG abgeschwächt. Das Gesetz enthält die wesentlichen - individuelle Rechtspositionen berührenden – Verfahrensvorschriften:

- die Anhörung und Mitwirkung der Bevölkerung in Art. 4 RPG;
- den Rechtsschutz in Art. 33 und 34 RPG;
- die Änderung der Raumpläne in Art. 9 Abs. 2 und 10 bzw. 21 Abs. 2 RPG.

Die Bestimmung der Rechtsnatur ist noch wesentlich für:

- die konkrete Normenkontrolle (vgl. Teil 6);
- den Widerruf (vgl. oben);
- das Initiativrecht.

VIII. Fehlerhafte und nichtige Verfügungen

1. Fehlerhaftigkeit

Verfügungen können in Bezug auf den Inhalt, die Form und das Verfahren fehlerhaft sein. Fehlerhafte Verfügungen sind vorerst rechtswirksam, aber grundsätzlich anfechtbar. Wenn kein Revisionsgrund (vgl. unten 4. b) vorliegt und die Verfügung nicht aus irgendeinem Grund nichtig ist, wird die fehlerhafte Verfügung durch Ablauf der Beschwerdefrist geheilt.

a. Formfehler

Formfehler sind z.B. fehlende Schriftlichkeit, obwohl gesetzlich vorgeschrieben; Fehlen der Unterschrift, wenn das Gesetz nicht Verfügungen ohne Unterschrift zulässt; Fehlen der Bezeichnung der Adressaten; Fehlen der Eröffnung der Verfügung.

b. Inhaltliche Mängel

Inhaltliche Mängel sind z.B. unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Diese bewirken i.d.R. nur Anfechtbarkeit.

Beispiel: Grundeigentümer G. wird angewiesen, seine Bäume entlang der Strasse X. zurück zu schneiden. G.'s Grundstück weist jedoch auf der Seite der Strasse X. keine Bäume, sondern einen Maschendrahtzaun mit Efeubewuchs auf.

2. Nichtigkeit

Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit der Verfügung ex tunc (rückwirkend auf den Moment des Erlasses). Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann jederzeit geltend gemacht werden, also auch nach Ablauf der Beschwerdefrist. Der Fehler muss besonders schwer und offensichtlich oder wenigstens leicht erkennbar sein (Evidenztheorie). Letztlich ist auch bei der Nichtigkeit zwischen richtiger Rechtsanwendung und Rechtssicherheit abzuwägen.

Nichtigkeitsgründe:

- Zuständigkeitsfehler: örtliche, sachliche und funktionelle Unzuständigkeit wie

Beispiel: Fällung eines Entscheids durch den nicht dazu befugten Gerichtsschreiber führt zu Nichtigkeit (BGE 117 Ia 175).

- Schwere Verfahrensfehler:

Beispiel: Die fehlende Veröffentlichung einer Zonenplanrevision ist ein schwerer Verfahrensfehler (BGE 114 Ib 183).

- Grobe inhaltliche Mängel:

Beispiel: Ein Gastwirtschaftspatent, das nicht auf die Person lautet, sondern an ein Gebäude gebunden ist, ist nichtig (ZBI 62 S. 571 f.)

Der Gesetzgeber kann spezifische, auf eine bestimmte Regelungsmaterie bezogene Nichtigkeitsgründe schaffen: z.B. im Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8. Oktober 1993 (KKG, Art. 15: Nichteinhaltung bestimmter Vorschriften des KKG führt zu Nichtigkeit des Konsumkreditvertrags; SR 221.214.1).

3. Anfechtbarkeit

Fallbeispiel: Y. wurde zuerst durch das Bezirksgericht, anschliessend durch das Obergericht verurteilt. Er zog das Urteil weiter an das Kassationsgericht, welches die Vernehmlassung, die Y. eingereicht hatte, übersah. Damit hat das Kassationsgericht Y.'s Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Y. gelangt an das BGer und verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides.

Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs kann vor BGer geheilt werden, wenn die Kognition des BGer gegenüber derjenigen der letzten kantonalen Instanz nicht eingeschränkt ist und dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwächst. Das BGer prüft die Rüge der Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV frei und hat demzufolge keine eingeschränkte Kognition. Die Gehörsverweigerung wird ohne Nachteil für Y. vor Bundesgericht geheilt (BGE 126 I 68 S. 71 f.)

Der Grundsatz der Rechtssicherheit spricht für blosse Anfechtbarkeit einer Verfügung. Diese ist gültig und wirksam, bis sie im Anfechtungsverfahren aufgehoben oder abgeändert wird. Anfechtbarkeit bewirkt im Falle der Änderung oder Aufhebung einer Verfügung ihre Unwirksamkeit ex nunc (für die Zukunft ab dem Moment der Änderung bzw. Aufhebung). Bis dahin eingetretene Rechtswirkungen bleiben aufrecht.

Nach unbenutztem Ablauf der Anfechtungsfrist oder wenn die Rechtsmittel nicht zur Aufhebung geführt haben, erwächst die Verfügung in formelle Rechtskraft. Ein or-

dentliches Rechtsmittel kann nicht mehr ergriffen werden; es bleiben allenfalls Widerruf und Revision.

Fehler können im Rechtsmittelverfahren «geheilt» werden, insbesondere unterbliebene Anhörungen, Akteneinsichtnahmen und Begründungen. Das Problem der Heilung liegt in der Verkürzung des Instanzenzuges; die Heilung muss im Interesse des Betroffenen liegen, seine Stellung soll so hergestellt werden, als wenn die Verfügung bereits ursprünglich korrekt eröffnet worden wäre.

4. Die Änderung von Verfügungen

a. Der Widerruf

Beim Widerruf handelt es sich um die Rücknahme einer formell rechtskräftigen, fehlerhaften Verfügung durch die Behörde. Widerrufbare Verfügungen erwachsen demnach nicht in materielle Rechtskraft. Einerlei ist, ob die Fehlerhaftigkeit immer bestanden hat oder nachträglich eingetreten ist. Die Widerrufbarkeit einer Verfügung beruht auf dem Legalitätsprinzip: Dem Gesetz nicht bzw. nicht mehr entsprechende Verfügungen sollen abgeändert werden.

Ohne besondere gesetzliche Vorschrift gilt der Grundsatz der Interessenabwägung: Das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts steht gegen das Interesse an der Rechtssicherheit (bzw. am Vertrauensschutz).

Eine Verfügung ist unwiderrufbar wenn:

- durch den Widerruf wohlverworbene Rechte wie z.B. ein verwaltungsrechtlicher Vertrag oder eine Konzession (vgl. Teil 5: § 32III.2.) betroffen würden;
- bei der Ausarbeitung der Verfügung ein eingehendes Ermittlungs- und Einspracheverfahren mit einer allseitigen Prüfung der Interessen durchgeführt worden ist;
- von der durch die Verfügung vermittelten Befugnis bereits Gebrauch gemacht worden ist (z.B. erhebliche Investitionen getätigt worden sind und mit dem Widerruf gutgläubig geschaffene Werte vernichtet würden (BGE 101 Ib 321));
- in der Sache ein Verwaltungsgericht geurteilt hat.

Bei besonders gewichtigen öffentlichen Interessen ist die Verfügung dennoch, allenfalls gegen Entschädigung, widerrufbar.

b. Die Revision (Wiedererwägung)

Die Revision ist ein ausserordentliches Rechtsmittel. Es kann (nur) ergriffen werden, wenn ein gesetzlicher Revisionsgrund vorliegt. Die Prüfungsschritte sind:

1.	Liegt ein Revisionsgrund vor?
2.	Wenn ja: soll die Verfügung inhaltlich geändert werden?

Die Revision ist nur zulässig, wenn die Revisionsgründe in den ordentlichen Verfahren nicht geltend gemacht werden konnten. Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Revision.

Revisionsgründe sind (vgl. Art. 66 VwVG):

1.	Die Verhältnisse haben sich wesentlich geändert.
2.	Erhebliche Tatsachen und Beweismittel werden namhaft gemacht, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (BGE 113 Ia 146).
3.	Ausnahmsweise auch die Änderung der gesetzlichen Grundlage.

Auf Wiedererwägung besteht ein Anspruch, wenn (oben aufgeführte) Revisionsgründe (1) oder (2) vorliegen. Rechtskräftige Verwaltungsentscheide dürfen jedoch dann nicht in Wiedererwägung gezogen werden, wenn dadurch die Rechtsmittelfristen umgangen werden sollten oder die Entscheide immer wieder in Frage gestellt würden; negative Verfügungen dürfen nicht kurze Zeit nach der Ablehnung aufgrund eines identischen Gesuchs in Wiedererwägung gezogen werden (BGE 120 Ib 47).

c. Berichtigung von Kanzleifehlern

Für die Berichtigung von Kanzleifehlern (Schreibfehler, Rechnungsfehler u.ä.) braucht es keine gesetzliche Grundlage. Sie sind von Amtes wegen oder auf Anzeige hin vorzunehmen.

§ 29 Der verwaltungsrechtliche Vertrag

I. Begriff und Arten

Mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag wird ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis dadurch geregelt, dass wenigstens zwei Rechtssubjekte übereinstimmende Willenserklärungen abgeben.

1. Abgrenzungen

- Von der Verfügung unterscheidet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag durch die Zweiseitigkeit des Zustandekommens und die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten.
- Vom Rechtssatz und vom Staatsvertrag unterscheidet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag dadurch, dass er ein individuell-konkretes Rechtsverhältnis ordnet.
- Vom privatrechtlichen Vertrag unterscheidet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag dadurch, dass er der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, eines öffentlichen Zweckes dient und Verwaltungsrecht anwendet.

2. Arten

- Verwaltungsrechtlicher Vertrag zwischen Organisationen des öffentlichen Rechts (Bund, Kantone, Gemeinden; öffentlichrechtliche Körperschaften, Anstalten, Stiftungen); z.B. Vertrag zwischen dem Kanton und einer Gemeinde oder mehrerer Gemeinden über die Lieferung und die Vernichtung des Abfalls.

- Verwaltungsrechtlicher Vertrag zwischen Organisationen des öffentlichen Rechts und Privaten; z.B. zwischen dem Kanton und privaten Fürsorgeinstitutionen über die Betreuung Alter, Behinderter usw.

Bei der Prüfung, um welche Rechtsform es sich bei einem Akt handelt, ist wie folgt vorzugehen:

1.	Liegt eine Unterordnung zwischen Privaten und dem Gemeinwesen vor? Wenn ja, handelt es sich um eine Verfügung.
2.	Wenn keine Unterordnung vorliegt, handelt es sich um einen Vertrag.
3.	Wenn eine Verwaltungsaufgabe wahrgenommen werden soll, handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag.

Wenn es sich lediglich um private Interessen der Parteien handelt, liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor. Zu beachten ist, dass der Staat auch privatrechtliche Verträge abschliessen kann.

Das Gesetz kann die Rechtsnatur von Verträgen vorschreiben. Die Abgrenzungen sind oft schwierig vorzunehmen, insbesondere in der Leistungsverwaltung (Lieferung von Energie und Wasser, Anstaltsbenutzung). Dienstbarkeitsverträge zwischen dem Staat und Privaten sind privatrechtlicher Natur.

II. Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags

Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Organisationen des öffentlichen Rechts sind ohne weiteres zulässig: Die Vertragspartner sind gleichartig und gleich geordnet. Zu Problemen Anlass geben verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Organisationen des öffentlichen Rechts und Privaten. Diese sind grundsätzlich zulässig, ausser wenn:

- das Gesetz sie ausdrücklich oder dem Sinn und Zweck nach ausschliesst;
- das Gesetz mit seinem Instrumentarium eine abschliessende Ordnung trifft, in welcher der verwaltungsrechtliche Vertrag keinen Platz findet;
- der Vertrag dem Gesetz widerspricht.

Eine ausdrückliche Ermächtigung durch das Gesetz zum Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags ist jedenfalls nicht erforderlich; das Gesetz muss nur Raum für eine vertragliche Ordnung lassen, und der Vertrag muss sich als die geeignete und zweckmässige Form zur Ordnung eines konkreten Rechtsverhältnisses erweisen. Auch wenn der verwaltungsrechtliche Vertrag zulässig ist, muss deshalb durch Abwägung immer erst die Eignung und Zweckmässigkeit des Vertrags herausgearbeitet werden.

Zu Gunsten des verwaltungsrechtlichen Vertrags sprechen:

- das Interesse der Parteien an einer dauerhaften gegenseitigen Bindung (Ausschluss des einseitigen Verzichts und der Beeinflussung der getroffenen Ordnung durch eine Änderung der Gesetzgebung);
- Gleichgerichtetheit der Interessen der Parteien;
- Erheblicher Ermessensspielraum der Behörde bei der Regelung eines Rechtsverhältnisses (so bei den Subventionen);

- Die direkte gesetzliche Grundlage für den Erlass einer Verfügung fehlt; die Leistungspflichten von Privaten müssen sich aber in diesem Fall wenigstens indirekt aus einem Gesetz ergeben.

Zu beachten ist, dass durch den Vertrag wohlerworbene Rechte der Privaten entstehen.

Beispiele zulässiger verwaltungsrechtlicher Verträge:

- Enteignungsverträge (nach Eröffnung des Enteignungsverfahrens; vor diesem Zeitpunkt gelten Vereinbarungen zwischen dem Enteigner und dem Enteigneten als privatrechtliche Verträge);
- Erschliessungsverträge (vor allem betreffend Finanzierung und Abtretung von Land);
- Landumlegungsverträge;
- Prozessrechtliche Vergleichsverträge;
- Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private (vor allem betreffend Art der Aufgabenerfüllung und Entschädigung);
- Schutz und Bewirtschaftungsverträge (vor allem im Bereich des Natur-, Landschafts- und Denkmalschutzes).

Ein Problem bietet die Anfechtung verwaltungsrechtlicher Verträge. Nach der Zweistufentheorie wird der Entscheid der Behörde, einen verwaltungsrechtlichen Vertrag zu schliessen, als Verfügung aufgefasst und ist damit anfechtbar. Dem steht die Praxis des Bundesgerichts im Submissionsrecht entgegen, wonach die behördliche Offerte zum Vertragsschluss nicht als Verfügung aufgefasst wird (BGE 103 Ib 156 f., 106 Ia 325 ff.).

Die Erteilung von Konzessionen in Form von Monopol- und Sondernutzungskonzessionen (vgl. dazu unten Teil 5: § 32III.) gilt als gemischter Akt, bestehend aus Verfügungs- und Vertragsteilen (BGE 113 Ia 361).

§ 30 Formungebundenen Verwaltungshandeln

I. Realakte und Vollzugsakte

Wesentliches Merkmal der Realakte und Vollzugsakte ist die Unmittelbarkeit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Sie bezwecken nicht die Begründung von Rechtsverhältnissen, sondern den tatsächlichen Erfolg. Sie sind keine Verfügungen; diese sind, soweit sie erforderlich waren, vorausgegangen.

Realakte	Tatsächliches Verwaltungshandeln, z.B. Bau und Unterhalt von Strassen, Strassenreinigung, Abwasserreinigung, Lieferung von Wasser und Energie.
Vollzugsakte	Faktische Realisierung eines durch Verfügung begründeten Rechtsverhältnisses, z.B. Abbruch einer baurechtswidrigen Baute, Aufstellen von Verkehrszeichen.

Sind Real- oder Vollzugsakten keine Verfügungen vorausgegangen, haben die Betroffenen kein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt. Art. 25a VwVG bietet die

Möglichkeit, von der zuständigen Behörde nachträglich eine Verfügung zu verlangen für Realakte und die anderen Arten des formungebundenen Verwaltungshandelns, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (Näheres zur nachträglichen Verwaltungsrechtspflege vgl. Teil 7. unten):

Art. 25a Verfügung über Realakte

1 Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie:

- a. widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft;*
- b. die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt;*
- c. die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt.*

2 Die Behörde entscheidet durch Verfügung

II. Auskünfte, Empfehlungen, Information

Auskünfte, Empfehlungen, Information u.ä. ergehen nicht in der Form von Verfügungen, sondern sind formungebundene Äusserungen der Verwaltung.

Als Empfehlung gilt beispielsweise auch die Warnung der Bevölkerung vor bestimmten Produkten. Dieses Vorgehen lässt insofern Fragen offen, als die Direktbetroffenen, die Produzenten und die Verkäufer, übergangen werden.

Fallbeispiel: Im November 1987 informierte der Bund nach dem Auftauchen von *Listeria monocytogenes* auf waadtländischem Vacherin Mont d'Or die Bevölkerung über die möglichen Gefahren bei Genuss von verseuchtem Käse. Verschiedene Weichkäseproduzenten reichten daraufhin verwaltungsrechtliche Klage beim Bundesgericht ein. Sie waren der Ansicht, dass sie durch rechtlich und tatsächlich falsche, mangelhafte, verspätete oder ungeeignete warnende Informationen der Öffentlichkeit und ungerechtfertigte Herabsetzung der Produkte der Kläger in der Öffentlichkeit - bzw. durch Unterlassen der angebrachten Informationen - Schaden erlitten hatten. Als Folge der abgegebenen Empfehlung des Bundes verzeichneten sie einen allgemeinen Verkaufsrückgang bei Weichkäsen (BGE 118 Ib 473).

Eine Auskunft kann dann ausnahmsweise eine Verfügung sein, wenn darin die Haltung der Behörde für einen bestimmten Fall für die Zukunft klar und eindeutig zum Ausdruck kommt und sich der Adressat der Auskunft auf diese soll verlassen können (feststellende Verfügung).

Art. 6 USG hält mehrere Arten formlosen Verwaltungshandelns der Behörden fest, die je nach Gegenstand alternativ oder kumulativ zur Anwendung kommen sollen (Empfehlungen, Beratungen, Informationen).

III. Konsensuales Verwaltungshandeln

An die Stelle von Verfügung oder Vertrag tritt ein rechtlich nicht geregeltes Tathandeln der Verwaltung. Angestrebt wird die zweiseitige, übereinstimmende Herbeiführung des Erfolgs, auch wenn die Verpflichtung einseitig bei den Privaten liegt. Verpflichtungen können von den Privaten freiwillig übernommen werden, oder die Verpflichtung wird von den Privaten von vornherein formlos akzeptiert. Die Verpflichtung kann am Ende in eine Verfügung aufgenommen werden («akzeptierte Verfügung»). Beispiele für konsensuales Verwaltungshandeln sind Vorverhandlungen, Absprachen, Agreements und Ausgleich durch Vermittler (Mediation).

Beispiele:

Art. 9 Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) verpflichtet den Preisüberwacher, wenn er einen Missbrauch feststellt, mit den Betroffenen eine einvernehmliche Regelung, die keiner besonderen Form bedarf, anzustreben. Erst wenn eine Absprache nicht zustandekommt, kann der Preisüberwacher verfügen.

Agreement zwischen BAFU (ehemals BUWAL) und der Verpackungsindustrie über den Verzicht auf die Verwendung von PVC (BGE 118 Ib 367/379).

Das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) kennt die einvernehmliche Regelung; sie kann vom Sekretariat der Wettbewerbskommission vorgeschlagen werden, wenn es eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet (Art. 29). Die einvernehmliche Regelung muss von der Wettbewerbskommission auf dem Verfügungsweg genehmigt werden. Kommt sie nicht zustande, so entscheidet die Wettbewerbskommission mit Verfügung über die zutreffenden Massnahmen (Art. 30).

§ 31 Durchsetzung

I. Vollstreckung

Vollstreckung ist unmittelbare Durchsetzung, der Erfüllungszwang, damit der Zustand herbeigeführt wird, den der Bürger auf Grund von verwaltungsrechtlichen Pflichten hätte herbeiführen sollen. Vollstreckung ist die Sicherstellung ohne Straffunktion, dass gesetzliche Pflichten und Verwaltungsanordnungen beachtet werden.

1. Ersatzvornahme

Vornahme einer Handlung anstelle des Pflichtigen durch die Verwaltung oder einen Dritten auf Kosten des Pflichtigen.

Den Pflichtigen treffen:

- Duldungspflicht
- Kostentragungspflicht

Für die Ersatzvornahme ist keine besondere gesetzliche Grundlage notwendig, jedoch muss sie unter Fristansetzung angedroht werden, damit der Pflichtige selbst handeln kann.

2. Antizipierte Ersatzvornahme

Die Verwaltung handelt sofort von sich aus, wenn Gefahr in Verzug ist oder wenn feststeht, dass der Pflichtige ausserstande ist, seine Verpflichtung zu erfüllen. Der Pflichtige trägt die teilweise sehr hohen Kosten. Keine Androhung notwendig. Beispiel: Art. 54 GSchG.

Beispiel: A. ist Eigentümer eines Motorboots und weilt in den Ferien. Ein Spaziergänger bemerkt bei der Bootsanlegestelle am See eine Öllache und alarmiert die Ölwehr. Es stellt sich heraus, dass aus dem Motor von A.'s Boot Diesel ausläuft.

Der Ausdruck antizipierte Ersatzvornahme ist eigentlich nicht korrekt, da die Verwaltung, wenn der Pflichtige gar nicht in der Lage ist zu handeln, nicht ersatzweise, sondern primär handelnd auftritt.

Der Kostenentscheid unterliegt dem öffentlichen Recht. Eine rekursfähige Verfügung ist notwendig. Der durch Nichtbefolgung einer Verfügung entstandene Scha-

den wird nicht über die Ersatzvornahme, sondern über das Haftpflichtrecht behandelt.

Verfahren der Ersatzvornahme: Erlass einer Verfügung, wenn Anordnungen getroffen werden, zu denen sich der Pflichtige im Rahmen der Grundverfügung nicht äussern können (BGE 97 I 604; 103 Ib 350; 108 Ia 216). Grundsätzlich aber ist für die Vollstreckung einer Verfügung der Erlass einer weiteren Verfügung nicht notwendig.

3. Direkte Einwirkung

Direkte Einwirkung auf den Erfüllungspflichtigen wie z.B. Beschlagnahmung, Zerstörung oder einfache körperliche Gewalt. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage ist umstritten, die polizeiliche Generalklausel (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) gilt bei unmittelbar drohender Gefahr. Wichtig ist die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

Beispiele: Schliessung eines nicht bewilligten Betriebs oder vorübergehende Schliessung eines nicht den gesetzlichen hygienischen Grundlagen entsprechenden Restaurants.

4. Schuldbetreibung

Für öffentlichrechtliche Geldforderungen ist das Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche vom 28. Oktober 1971 (SR 281.22) zu beachten.

II. Mittelbarer Zwang

Die unmittelbare Durchsetzung der unerfüllten Verfügung ist nicht beabsichtigt. Die Mehrzahl der Bürger unterzieht sich freiwillig dem Gesetz und den darauf basierenden Verfügungen. Trotzdem sind neben dem Verwaltungszwang auch eigentliche Strafen vorgesehen.

1. Strafrecht

Aus dem Bereich des Strafrechts sind folgende Rechtsquellen zu erwähnen:

- Spezialstrafrecht in Verwaltungsgesetzen, z.B. Art. 60 ff. USG, Art. 70 f. GSchG.
- Art. 335 Ziffer 1 StGB: Die Kantone können die Übertretung kantonaler Verwaltungsvorschriften mit Strafe bedrohen.

2. Verwaltungsstrafe

Die Verwaltungsstrafe ist keine Strafe nach dem Strafgesetzbuch (StGB), sondern eine Strafe wegen Verstosses gegen das Verwaltungsrecht. Die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen sind einer Verwaltungsbehörde, nicht den Gerichten übertragen. Der Strafcharakter ist aber nicht zu leugnen.

Beispiel: Einziehung des Führerausweises.

Vorausgesetzt ist eine ausdrückliche Grundlage im formellen Gesetz. Darüber hinaus kann nur bestraft werden, wenn ein Verschulden vorliegt. Rechtsquelle ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 (SR 313.0).

3. Ordnungsbusse

Für geringfügigere Verletzungen von Verwaltungsrecht kommt ein Ordnungsbussenverfahren zur Anwendung. Als Grundlage genügt eine Verordnung. Umstritten ist, ob ein Verschulden vorliegen muss.

4. Bestrafung wegen Ungehorsams

Art. 292 StGB ist eine Auffangnorm und kommt subsidiär zur Geltung für die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen. Auf der Verfügung muss die Strafdrohung von Art. 292 StGB wiedergeben sein. Zuständig ist in diesem Fall der Strafrichter.

5. Disziplinarmaßnahmen

Bedingung ist, dass eine Abhängigkeit oder Aufsichtsunterstellung unter die Verwaltung besteht, wie z.B. bei besonderen Gewaltverhältnissen und Medizinalpersonen. Disziplinarmaßnahmen sind auch neben einer Strafe für das gleiche Fehlverhalten zulässig, können aber nur während der Dauer des Dienstverhältnisses ergriffen werden. Voraussetzungen sind: Verletzung einer Treuepflicht, auch ausserhalb der amtlichen Tätigkeit und Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Eine gesetzliche Grundlage ist notwendig. Die Verhältnismässigkeit (Geeignetheit) ist von besonderer Bedeutung, ein Opportunitätsentscheid ist zulässig.

6. Verweigerung einer Leistung

Eine gesetzliche Ermächtigung an die Verwaltung ist notwendig. Lieferungssperren bei Versorgungsgütern (Gas, Wasser, Elektrizität) sind fragwürdig, weil es sich um die Lieferung lebenswichtiger Güter handelt (Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip). Der Rückzug einer Verfügung/Rückforderung einer gewährten Leistung ist jedoch akzeptabel (z.B. einer Subvention, wenn die Gegenleistung des Privaten ausbleibt).

§ 32 Besondere Hoheitsbereiche

I. Polizeirecht

Als Polizei gilt die staatliche Tätigkeit - Rechtssetzung und Rechtsanwendung - die Gefahrenabwehr bezweckt. Die Polizei und damit das Polizeirecht richten sich auf bestimmte Interessen der Gesellschaft aus, auf sog. Schutzgüter bzw. Polizeigüter, die es zu schützen gilt. Als Massnahmen kommen in Betracht:

- Erlass von Polizeiverordnungen
- Erlass von Polizeiverfügungen

1. Polizeigüter

a. Öffentliche Ordnung und Sicherheit

Die öffentliche Ordnung und Sicherheit sind der Kernbestand der Polizeigüter. Bezweckt wird der Schutz des geordneten Zusammenlebens der Menschen, der Institutionen, des Staates und der Rechtsgüter des Einzelnen.

Beispiele: Sicherheits-, Bau-, Feuerpolizei.

b. Öffentliche Gesundheit

Schutz der Bevölkerung vor Schädigungen der Gesundheit.

Beispiele: Lebensmittelpolizei, Kontrolle von Heilmitteln, Lärmschutz, Lufthygiene, Fähigkeitsprüfungen für im Gesundheitswesen Berufstätige.

c. Öffentliche Sittlichkeit

Schutz des sittlichen Empfindens der Bevölkerung.

Beispiele: Tierschutz, Filmzensur, Regelung über Strichplätze, Unterhaltungsgewerbe.

d. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr

Schutz des Publikums vor Täuschung und Ausnützung.

Beispiele: Spielautomatengesetzgebung, Anwaltsgesetzgebung, Verbot unlauteren Wettbewerbs, Bankengesetzgebung.

2. Gesetzliche Grundlage

Polizeiliche Massnahmen bedürfen wie jede staatliche Tätigkeit einer gesetzlichen Grundlage, z.B. im Gewässer und Umweltschutzrecht des Bundes oder etwa in kantonalen Ruhetags-, Gesundheits-, Baugesetzen.

Fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, so kann sich die Verwaltung auf die **polizeiliche Generalklausel** berufen. Es handelt sich um den Grundsatz, die Polizeigüter zu schützen, wenn zeitliche Dringlichkeit besteht (vgl. Art. 36 Abs. 1, Satz 2 und Art. 185 Abs. 3 BV). Das öffentliche Interesse ist dabei durch die Gefahrenabwehr gegeben, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit müssen jedoch beachtet werden.

Voraussetzungen im Einzelnen (vgl. BGE 128 I 327):

- Die Gefahr muss schwer und unmittelbar drohend sein bzw. eine bereits erfolgte schwere Störung soll beseitigt werden.
- Es steht kein (anderes) gesetzliches geeignetes Mittel zur Verfügung.
- Es muss sich um einen unvorhersehbaren Notfall handeln.

Beispiel: Mündliche Aufforderung durch die Polizei, den öffentlichen Parkplatz vor dem Eishockeystadium so schnell als möglich zu räumen, da unerwarteterweise Ausschreitungen unter den Fans drohen.

Fallbeispiel: Das Verbot des Regierungsrats des Kantons Bern, alle politischen Versammlungen auf dem Gebiet der Gemeinde Moutier für zwei Tage zu verbieten, stützte sich wegen der politischen Lage zu Recht (nur) auf die polizeiliche Generalklausel (BGE 103 Ia 310 ff.).

3. Der Störer

Polizeiliche Massnahmen können sich nur gegen den Störer richten, d.h. gegen die Person, welche die Störung unmittelbar verursacht hat, oder Gewalt über Personen oder Sachen hat, die den ordnungswidrigen Zustand verursacht haben.

a. Verhaltensstörer

Verhaltensstörer ist, wer die Störung unmittelbar durch eigenes Verhalten bewirkt. Auch wer für das Verhalten anderer verantwortlich ist - z.B. für Kinder - gilt, wenn diese die Störung verursachen, selbst als Störer. Störung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Ein Verschulden ist nicht vorausgesetzt.

Beispiele:

Der sechsjährige Sohn von G. wird dabei erwischt, wie er vorbeifahrende Autos und Trolleybusse mit Steinen bewirft.

Einzelne Mitläufer einer Friedensdemonstration scheren aus und beginnen zu randalieren.

b. Zustandsstörer

Die Störung geht nicht (nur) von einer Person, sondern von einer Sache aus, z.B. von einem Grundstück. Wer die unmittelbare Herrschaft über die Sache hat, gilt auch als Störer (Eigentümer, Mieter, Verwalter etc.). Ein Verschulden ist dabei nicht massgebend, es genügt, dass die Sache selbst eine Gefahrenquelle bildet (BGE 114 Ib 44).

Beispiel Grundwasserverschmutzung: Ein Angestellter der Heizölfirma stellt das Ventil falsch ein und Heizöl fliesst ins Erdreich. Verhaltensstörer ist der Angestellte, Zustandsstörer der Grundeigentümer, der das Heizöl braucht und bestellt hat.

c. Zweckveranlasser

Durch das Handeln oder Unterlassen einer Person wird ein anderer veranlasst, Polizeigüter zu stören; der Veranlasser gilt selbst als Störer, z.B. Aufsteller eines Baugerüsts, wenn dadurch die normale Strassenbenützung zu Störungen des Verkehrs führt.

Beispiel: Inhaber eines Clubs, wenn seine Gäste beim Verlassen der Party die Nachtruhe beeinträchtigen.

d. Störer Konkurrenz

Die Behörde muss unter verschiedenen Störern auswählen (Haftungskonkurrenz):

- Zunächst denjenigen, der zur Behebung der Störung am ehesten in der Lage ist;
- Trifft das auf mehrere zu, so ist derjenige zu behaften, der am ehesten für die Störung verantwortlich ist. Das ist i.d.R. der Verhaltensstörer;
- Für die blosse Verteilung der Kosten, welche die Verwaltung zur Beseitigung der Störung aufgewendet hat (z.B. Art. 54 GSchG), sind alle Störer nach ihren Verursacheranteilen einzeln zu belangen (keine Solidarhaftung aller Störer; BGE 107 Ia 19 ff.; 102 Ib 203 ff.).

II. Öffentliches Sachenrecht

1. Einteilung der öffentlichen Sachen

Öffentliche Sachen dienen dem Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben. Die Eigentumsrechte an öffentlichen Sachen sind nicht entscheidend. Auch Privateigentum kann dem öffentlichen Sachenrecht unterliegen (Gewässer, Strassen). Massgebend ist die Zweckbestimmung und die hoheitliche Befugnis des Staates. Arten von öffentlichen Sachen sind:

- Finanzvermögen.

- **Verwaltungsvermögen.**
- **öffentliche Sachen im Gemeingebrauch.**

a. Finanzvermögen

Dem Staat dienen die Vermögenswerte bzw. die Erträge seines Finanzvermögens; sie dienen nur mittelbar der Erfüllung von staatlichen Aufgaben. Finanzvermögen ist frei realisierbar, d.h. nicht durch direkte Verwaltungszwecke gebunden. Anwendbares Recht auf Transaktionen ist das Privatrecht. Das Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (FHG) vom 6. Oktober 1989 [SR 611.0] enthält Bestimmungen über die Bildung von Finanzvermögen sowie Anlagevorschriften (Art. 36 FHG).

Beispiele: Finanzanlage einer Gemeinde, flüssige Mittel, Mietliegenschaften im Eigentum der Stadt.

b. Verwaltungsvermögen

Verwaltungsvermögen sind diejenigen Sachen, welche der unmittelbaren Erfüllung von öffentlichen Aufgaben dienen bzw. "Vermögenswerte, die unmittelbar Verwaltungszwecken dienen" (Art. 5 Abs. 2 b FHG).

Beispiele: Schulhäuser, Verwaltungsgebäude, Computereinrichtung, Friedhöfe

Das Verwaltungsvermögen dient dem Staat durch seinen Gebrauchswert, es ist deshalb nicht realisierbar. Zur Herstellung der Realisierbarkeit bedarf es der Umwidmung in Finanzvermögen. Diese wie auch die umgekehrte Operation werden i.d.R. (kompetenz-)rechtlich als Ausgaben qualifiziert. Benutzer ist nicht die Allgemeinheit, sondern ein beschränkter Kreis (Behörden, Anstaltsnutzer).

Nutzungsart	Beispiele
Ordentliche Nutzung	Zweckentsprechend/aufgabenkonforme Nutzung z.B. der Verwaltungsgebäude durch Behördenmitglieder
Ausserordentliche Nutzung	Vorzübergehende Nutzung zu anderem Zweck z.B. staatlicher Sportanlagen durch private Vereine
Sondernutzung	Längerfristiger Gebrauch durch Private z.B. Miete von Räumen in Brückenwiderlager durch Fischervereine. Das Benutzungsverhältnis ist i.d.R. öffentlichrechtlich

c. Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch

Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch sind die im Eigentum des Gemeinwesens stehenden Sachen, an denen ein allgemeines Benutzungsrecht besteht.

Beispiele: Seen, Flüsse, Strassen, Wege

Sie sind nicht realisierbar und dienen der unmittelbaren Aufgabenerfüllung. Eine Sache gilt entweder wegen der natürlichen Beschaffenheit (Strassen, Seen, Flüsse) oder auf Grund eines besonderen Verwaltungsaktes (Widmung) als öffentliche Sache:

Widmung	Verfügung zur Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit zu einem bestimmten Zweck; z.B. Beschlussfassungen über Planung und Bau von Strassen oder z.B. ein Raum in der Mehrzweckhalle wird durch Beschluss des Gemeinderates dem Zweck "interkultureller Begegnungsstätte" ge-
---------	--

	widmet.
Entwidmung	Überführung der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch in ein anderes Vermögen. Das Benutzungsverhältnis ist öffentlichrechtlicher Natur.

2. Benutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

a. Einfacher Gemeingebrauch

Der einfache Gemeingebrauch ist die bestimmungsgemässe, gemeinverträgliche Nutzung, die grundsätzlich jedermann offen steht. Es gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung. Für die Nutzung ist keine Bewilligung erforderlich, allenfalls kann repressive Kontrolle ausgeübt werden. Betreffend Unentgeltlichkeit, vgl. Art. 82 Abs. 3 BV als verfassungsmässiges Recht des Bürgers.

Beispiele:

Gehen oder fahren auf einer öffentlichen Strasse in einer Weise, welche die Benutzung durch andere nicht erheblich erschwert.

Die privaten Anstösser an einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch haben keine besondere Rechtsstellung, somit keinen Anspruch auf eine bestimmte rechtliche oder tatsächliche Ausgestaltung der öffentlichen Sache.

Die Grenzziehung zum gesteigerten Gemeingebrauch ist oft nicht einfach. Als wegleitend kann die Grenzziehung nach der Dauer des Parkierens bezeichnet werden: Kurzes Parkieren ist einfacher Gemeingebrauch, langes ist gesteigerter Gemeingebrauch. Die Erhebung einer Gebühr für die Benützung der öffentlichen Sache zum Parkieren ist beim einfachen Gemeingebrauch nicht zulässig, erhoben werden können nur Gebühren zu Kontrollzwecken (Kontrollgebühr).

b. Gesteigerter Gemeingebrauch

Der Gebrauch ist nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich. Andere Benutzer werden eingeschränkt, jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen. I.d.R. ist der gesteigerte Gemeingebrauch bewilligungs- und gebührenpflichtig. Aufgrund des hoheitlichen Rechts des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen genügt als rechtliche Grundlage für die Bewilligungspflicht eine offen formulierte Rechtsnorm, die Erhebung einer (Benützung-) Gebühr muss sich dagegen auf eine klare gesetzliche Grundlage stützen.

Beispiele: Rallye-Veranstaltungen, Theater- und Kinovorführungen auf öffentlichen Plätzen, Aufstellen von Verkaufs- oder Informationsständen, Taxistandplätze (BGE 121 I 129), Strassencafés, Demonstrationen, Wakeboarden (Urteil BGE in Zbl 107, S. 254 ff.)

Es kommt zu Kollisionen mit Freiheitsrechten, i.e. mit Rechten anderer. Dadurch bedarf es der Koordination durch die Bewilligung. Es besteht kein Anspruch auf die Bewilligung wie bei der Polizeierlaubnis (z.B. Baubewilligung nach Art. 22 RPG), aber der gesteigerte Gemeingebrauch ist auch nicht gänzlich anspruchlos wie z.B. die Konzession. Ein gewisser Anspruch besteht, wenn Freiheitsrechte im Spiel sind: Es gilt das Abwägungsgebot, das für die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Eingriffsvoraussetzungen wesentlich ist (vgl. Art. 36 BV). Andererseits verpflichten das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit und das Gleichbehandlungsgebot die Behörde zu prüfen, ob z.B. die Bewilligungen Taxistandplätze zu benützen zugunsten neuer Bewerber nicht mehr zu erneuern sind (BGE 108 Ia 138).

c. **Sondernutzung**

Sondernutzung ist die nicht bestimmungsgemässe Nutzung. Sie schliesst andere von der Nutzung aus, denn die Berechtigten erhalten die ausschliessliche Verfügungsmacht über einen Teil einer öffentlichen Sache. Voraussetzung für die Sondernutzung ist eine Konzession (Sondernutzungskonzession), mit der das dem Staat vorbehaltene Nutzungsrecht auf Dritte übertragen wird. Der Konzessionär erhält damit eine eigentümerähnliche Position (wohlerworbene Rechte). Diese Position bezieht sich nur auf das verliehen Recht; der Konzessionsinhaber wird nicht Eigentümer des von ihm beanspruchten Grund und Bodens. Das Nutzungsrecht wird befristet; der Staat (Kanton, Gemeinde) kann Rechte an öffentlichen Sachen wird unbefristet abgeben. Umstritten ist, ob sich ein Bewerber wie beim gesteigerten Gemeingebrauch auf Freiheitsrechte berufen kann.

Beispiele: Verlegen von Leitungen, Erstellen von Kiosken, Schaukästen, Automaten auf öffentlichem Grund, Bootsanlegeplätze, Bau von Staudämmen, Endlagerung radioaktiver Abfälle.

Die Grenzziehung zum gesteigerten Gemeingebrauch kann, sofern im Gesetz die Zugehörigkeit nicht klar geregelt ist, Schwierigkeiten bereiten (z.B. bei der Entnahme von Kies aus öffentlichen Gewässern). Entscheidend ist, ob Staat und Privater sich gegenseitig - vertraglich - binden wollen und einen Schutz der Investitionen beabsichtigen. Diese beiden Kriterien sind letztlich entscheidend für die Unterscheidung. Beim gesteigerten Gemeingebrauch will sich der Staat nicht vertraglich binden und will der Private keine Investitionen geschützt wissen.

III. **Monopole und Konzessionen**

1. **Das Monopol**

Ein Monopol liegt vor, wenn der Staat Dritte wie andere Gemeinwesen und Private von der Ausübung bestimmter Rechte oder Tätigkeiten ausschliesst und Letztere unter seiner Hoheit behält. Beim Monopol muss es sich um Tätigkeiten handeln, die von der Wirtschaftsfreiheit geschützt wären, wenn nicht der Staat das Ausschliesslichkeitsrecht hätte. Kein Monopol besteht also bei originären Staatsaufgaben (Heerwesen, Münz- und Banknotenwesen, Polizeiwesen).

a. **Rechtliches Monopol**

aa. *Unmittelbar rechtliches Monopol*

Eine Tätigkeit wird durch Gesetz dem Staat vorbehalten (unmittelbar rechtliches Monopol).

- Bund: z.B. Eisenbahnen (Art. 87 BV), Briefpost (Art. 92 BV).
- Kantone: z.B. Fischerei, Bergbau, wobei hier Bodenschätze wie Metalle, Mineralien, fossile Brennstoffe darunter fallen, nicht aber Steinbrüche, Kiesgruben, Torf, Sand und Erdwärme.

bb. *Mittelbar rechtliches Monopol*

Der Staat zwingt die Privaten mittels Rechtssatz, eine bestimmte Leistung nur vom Staat oder von einem vom Staat Ermächtigten zu beziehen und schliesst dadurch indirekt private Anbieter aus:

- Gefahrenabwehr: Polizeimonopol - z.B. Kehrichtabfuhr, Kaminfeger;
- Sozialpolitik: Versicherungsmonopole - z.B. Gebäudeversicherung, Obligatorische Unfallversicherung.

b. Faktisches Monopol

Massgebend für den Monopolcharakter des faktischen Monopols ist nicht eine Tätigkeit, deren Ausübung der Staat sich vorbehält, sondern die Herrschaft des Gemeinwesens über öffentliche Sachen, v.a. über öffentlichen Grund und öffentliche Gewässer. Die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und Energie gilt als faktisches Monopol, weil die Ausschliesslichkeit des Staates auf der Inanspruchnahme von öffentlichem Grund beruht.

c. Zwecksetzung

Monopole können verschiedenste Zwecke verfolgen:

Günstige und regelmässige Zurverfügungstellung von Diensten	Wohlfahrtsmonopole (sozialpolitisch): z.B. Biefpost-, Eisenbahn-, Luftfahrtmonopol.
Gefahrenabwehr gegenüber bestimmten gewerblichen Tätigkeiten	Polizeimonopole: z.B. im Bund Eisenbahnmonopol (teilweise), in den Kantonen Wasser- und Energieversorgung.
Interesse erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit des Staats	Fiskalische Monopole: z.B. Bergbau-, Fischerei-, Alkoholmonopol, Briefpost-Monopol.
Einflussnahme auf die Wirtschaft	Lenkungsmonopole: z.B. Alkohol-, Einfuhr (Ausserhandels-) monopole.

d. Bundesmonopole

Für die Errichtung eines Bundesmonopols ist eine besondere Vorschrift in der BV notwendig, ausdrücklich oder durch Auslegung ableitbar.

Beispiel: Art. 90 BV, Kernenergie, kann als Ermächtigung zur Begründung eines Monopols des Bundes aufgefasst werden. Die geltende Kernenergiegesetzgebung hat allerdings nicht diese Lösung getroffen.

e. Kantonale Monopole

Art. 94 Abs. 4 BV gewährleistet den Besitzstand der Kantone bis 1874. Es handelt sich dabei um eigentliche Regale - ehemals den Herrschenden vorbehalten, eigentumsähnliche Hoheitsrechte, Berg-, Jagd-, Fischereiregal, Salzmonopol. Weitere Anforderungen materieller Art werden an diese Monopole nicht gestellt; sie dürfen auch rein fiskalisch oder wettbewerbspolitisch motiviert sein.

Die Kantone dürfen grundsätzlich auch neue rechtliche Monopole schaffen. Für sie gelten aber materielle Anforderungen (vgl. auch oben):

- Gesetzliche Grundlage: Es braucht eine klare Grundlage im formellen Gesetz (die Begründung eines Monopols bedeutet einen schweren Eingriff).
- Öffentliches Interesse:

- Polizeimonopole zulässig (Wasserversorgung, BGE 102 Ia 397; ferner Kaminfeger, Plakatanschlag, Kehrriechtabfuhr, Schlachthöfe);
- Monopole aufgrund des öffentlichen Wohls (Schulversicherung);
- nicht zulässig: fiskalisch begründete Monopole;
- Verhältnismässigkeit.

2. Die Konzession

a. Definition

Die Konzession ist die Verleihung eines Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache. Mit anderen Worten kann der Staat die Ausübung der im Monopol enthaltenen Rechte Dritten verleihen. Diese Verleihung wird als Konzession bezeichnet.

b. Monopolkonzession und Sondernutzungskonzession

Die Monopolkonzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Sondernutzungskonzession erlaubt dem Benutzungsberechtigten den alleinigen Gebrauch einer öffentlichen Sache.

Zu beachten ist die Unterscheidung: Die Übertragung der Erfüllung einer Aufgabe des Staates (Verwaltungsaufgabe) auf Private ist keine (Monopol-) Konzession. Sie wird zwar als «Konzession des öffentlichen Dienstes» bezeichnet, leitet sich aber nicht aus einem Monopol ab und unterliegt daher andern Regeln.

c. Rechtsnatur

Die Konzession ist öffentlichrechtlicher Natur und weist Teile einer Verfügung und eines verwaltungsrechtlichen Vertrags auf (BGE 113 Ia 361). Sie ist ein mitwirkungsbedürftiger Akt: Der Konzessionär (Konzessionsnehmer) muss durch Gesuchseinreichung und Aushandlung von Konzessionselementen mitwirken. Als Verfügungsteile gelten vom Gesetz festgelegte Konzessionsbestimmungen, die für die Aufgabenerfüllung wichtig sind; als Vertragsteile gelten Elemente, die vom Gesetz wenig vorbestimmt sind, den Parteien Spielraum lassen und aus der Sicht des Staates für die Tätigkeit des Konzessionärs weniger wichtig sind (Dauer der Konzession, einzelne Rechte und Pflichten des Konzessionärs).

Folgerung: Die Konzession ist ein gemischter Akt. Erteilt wird sie indessen in der Form der Verfügung.

Auf die Erteilung einer Konzession besteht kein Anspruch. Die Zahl der Rechtsübertragungen ist begrenzt; unter den Bewerbern muss eine Auswahl getroffen werden (Wassernutzung, Eisenbahnen). Die Konzession ist keine Polizeibewilligung, vielmehr ist der Entscheid ins Ermessen der Behörden gestellt.

d. Voraussetzungen der Konzessionserteilung

Die Voraussetzungen einer Konzessionserteilung sind aus dem soeben erwähnten Grund (Ermessen) unbestimmt umschrieben:

- Art. 39 WRG: Zu berücksichtigen sind das öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen. Bei

mehreren Bewerbern steht das öffentliche Wohl im Vordergrund, in zweiter Linie wird auf die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers abgestellt.

- Art. 6 Abs. 1 EBG: Eine Konzession kann erteilt werden, wenn die Transportleistung zweckmässig und wirtschaftlich befriedigt werden kann und keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Aber: Die Behörden dürfen von ihrem Ermessen nicht willkürlich Gebrauch machen. Zuständig für Wasserrechtsverleihungen ist in einzelnen Kantonen die Stimmbürgerschaft (Graubünden, Art. 2bis KV) oder das Kantonsparlament (Bern, Art. 62 KV). Es handelt sich dabei um Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter. Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Verfügungen über Konzessionen ist deswegen nur beschränkt möglich. Im Bund ist aufgrund von Art. 86 Abs. 3 BGG eine Beschwerdemöglichkeit gegeben. Die Kantone sind frei, anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einzusetzen.

e. Stellung des Konzessionärs

Die Stellung des Konzessionärs zeichnet sich durch folgende Punkte aus:

- Wohlerworbenes Recht mit Gesetzesbeständigkeit (Schutz der Eigentumsgarantie);
- u.U. weitere Rechte, z.B. Einräumung des Enteignungsrechts (Art. 46 WRG);
- Ausübung der in der Konzession umschriebenen Tätigkeit;
- Gebührenpflicht (einmalig oder wiederkehrend);
- Aufsichtsbefugnis der Konzessionsbehörde.

Zu den Pflichten vgl. im übrigen Art. 48 Abs. 1 WRG betreffend Wasserrechtskonzession.

f. Übertragbarkeit

Die Übertragbarkeit einer Konzession ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, da die Konzession i.d.R. nicht an eine bestimmte Person gebunden ist (sie wird aber einer bestimmten Person erteilt, Art. 40 Abs. 1 WRG). Das Gesetz ist massgebend. Die Zustimmung der Konzessionsbehörde wird als Minimalerfordernis verlangt (vgl. Art. 42 Abs. 1 WRG).

g. Beendigung der Konzession

Gründe für die Beendigung der Konzession (vgl. Art. 63 ff. WRG):

- Ablauf der Konzessionsdauer (Heimfall, Art. 64a WRG). Art. 67 WRG: Das Gemeinwesen erwirbt mit dem Heimfall das Eigentum an gewissen Anlagen unentgeltlich.
- Rückkauf (Art. 63 WRG): Vor Ablauf der Konzessionsdauer gegen Entgelt.
- Verwirkung (Art. 65 WRG): Verlust des verliehenen Rechts wegen schwerer Pflichtverletzung.
- Verzicht (Art. 64b WRG): Muss vom Gesetz vorgesehen sein, da er der Ausübungspflicht widerspricht.
- Enteignung (Art. 43 WRG): Volle Entschädigung des Konzessionärs. Voraussetzungen der Enteignung nach Art. 26 Abs. 2 BV.

IV. Das Abgaberecht

Öffentliche Abgaben sind Beträge, die von den Einzelnen auf Grund von öffentlichem Recht geschuldet werden. Sie dienen vorwiegend der Deckung des allgemeinen staatlichen Finanzbedarfs. Es wird zwischen Steuern, Kausalabgaben und der Ersatzabgabe unterschieden.

1. Steuern

Die Steuer ist voraussetzungslos geschuldet, sie ist nicht Entgelt für eine staatliche Leistung. Die Steuern dienen der Deckung des Finanzbedarfs des Staates. Das Gesetz muss für alle Steuern ein Steuersubjekt, ein Steuerobjekt und die Bemessung der Steuer klar festlegen.

a. Direkte Steuern

Der Steuerpflichtige (Steuersubjekt) ist zugleich der von der Steuer wirtschaftlich Belastete.

Beispiele: Einkommens-, Vermögens-, Schenkungs-, Erbschafts-, Kapitalgewinn-, Grundstückgewinnsteuern.

b. Indirekte Steuern

Steuerpflichtiger und wirtschaftlich Belasteter sind nicht identisch.

Beispiele: Mehrwertsteuer, Zölle.

c. Zwecksteuern

Zwecksteuern werden für die Erfüllung einer bestimmten staatlichen Aufgabe erhoben und nur für diese verwendet.

Beispiele: Motorfahrzeug-, Tabak-, Alkoholsteuern, Treibstoffzoll, Kurtaxen.

d. Lenkungssteuern

Lenkungssteuern werden erhoben um das Verhalten von Privaten zu lenken. Sie sollen den Finanzbedarf des Staates nicht decken, denn ihr Ertrag soll sich umso mehr vermindern, je besser die Privaten das erwartete Verhalten an den Tag legen. Alkohol-, Tabaksteuern haben Lenkungscharakter, die CO₂-Steuer ist eine Lenkungssteuer.

e. Voraussetzungen für die Steuererhebung

Steuern bedeuten einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit. Das (formelle) Gesetz muss deshalb klar regeln:

- Steuersubjekt (z.B. Private, Unternehmen);
- Steuerobjekt (z.B. Einkommen, Vermögen);
- Steuerbemessung ("Tarif").

2. Kausalabgaben

Kausalabgaben sind Geldleistungen des Einzelnen an den Staat als Entgelt für eine Leistung des Staates.

a. Gebühren

Gebühren sind das Entgelt entweder für eine bestimmte Leistung des Staates, die vom Gebührenpflichtigen veranlasst wird, oder für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung. Sie sollen die dem Gemeinwesen im Einzelfall entstehenden Kosten decken. Voraussetzung der Auferlegung von Gebühren ist, dass der Pflichtige die Handlung oder Sache tatsächlich in Anspruch nimmt bzw. genommen hat.

aa. Verwaltungsgebühren

Entgelt für eine staatliche Handlung.

- Prüfungsgebühren (z.B. Gebühren für Erteilung von Bewilligungen, Gebühren für Kontrollen, vgl. Art. 48 USG; Examensgebühren);
- Gerichtsgebühren.

bb. Benutzungsgebühren

Entgelt für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung oder einer öffentlichen Sache.

- Studiengelder;
- Kanalisationsanschlussgebühren (Benutzung der Abwasseranlagen);
- Gebühr für gesteigerten Gemeindegebrauch (Dauerparkkarte für blaue Zone).

cc. Konzessionsgebühren

Entgelt für die Erteilung einer Konzession oder die Verleihung eines Regalrechtes.

Die Besonderheit von Konzessionsgebühren besteht darin, dass die Gegenleistung des Staates i.d.R. nicht genau quantifiziert werden kann; die Gebühr wird deshalb nach der wirtschaftlichen Bedeutung bemessen, die die Konzession für beide Teile hat.

b. Beiträge (Vorzugslasten)

Beiträge sind das Entgelt für einen besonderen Vorteil wirtschaftlicher Art, der dem Pflichtigen aus einer öffentlichen Einrichtung erwächst. Grundeigentümerbeiträge an die Kosten des Baus von Strassen, Kanalisations- und anderen Erschliessungsleistungen. Solche Beiträge können schon dann erhoben werden, wenn der Grundeigentümer bloss die Möglichkeit hat, sein Grundstück anzuschliessen (die Möglichkeit als solche gewährt schon den Sondervorteil); der tatsächliche Anschluss muss (noch) nicht erfolgt sein. Zur Rechtsnatur der Mehrwertabschöpfung siehe BGE 121 II 142 ff.

c. Prinzipien der Bemessung von Kausalabgaben

Das Gesetz muss nicht wie bei den Steuern die Bemessung klar festlegen. Es sind die zwei folgenden Prinzipien, die für die Festlegung der Höhe von Kausalabgaben massgebend sind.

aa. Kostendeckungsprinzip

Der Gesamtertrag der Abgaben eines bestimmten Verwaltungszweiges darf dessen gesamte Aufwendungen nicht übersteigen. Bei Benutzungsgebühren darf darüber

hinaus ein Überschuss resultieren. Dies v.a. bei Gebühren für die Inanspruchnahme von öffentlichem Grund, bei denen der Aufwand des Staates nicht ohne weiteres ermittelt werden kann; anders bei Anschlussgebühren, welche die Erstellungskosten decken sollen, hier ist ein gewollter Überschuss nicht zulässig.

bb. Äquivalenzprinzip

Im Einzelfall muss die Höhe der Gebühr in einem vernünftigen Verhältnis stehen zum Wert, den die Leistung des Staates für den Gebührenpflichtigen hat. Dies als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Bei Gebühren muss der Wert der Leistung nicht unbedingt wirtschaftlich messbar sein; es kann auch auf den Nutzen abgestellt werden, den die staatliche Leistung für den Pflichtigen und den Staat hat (Interessenprinzip). Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip treten an die Stelle des Gesetzmässigkeitsprinzips, indem sie dem Pflichtigen ermöglichen, seine Leistungspflicht (annähernd) zu bemessen. Eine exakte Kostendeckung ist im Einzelfall und auch bei der generellen Tarifierung nicht möglich. Ein gewisser Schematismus und Pauschalierungen sind zulässig.

3. Ersatzabgaben

Primär ist eine bestimmte Leistung geschuldet, z.B. Feuerwehr-, Militärdienst, Bau von Schutzräumen oder Parkplätzen. Unter bestimmten vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen wird von der Pflicht befreit, stattdessen aber eine finanzielle Leistung angeordnet.

V. Sonderstatusverhältnisse

Sonderstatusverhältnisse sind besondere und enge Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Staat wie z.B. Schüler, Studierende, öffentliche Angestellte, Angehörige der Armee, Strafgefangene.

Das Gesetzmässigkeitsprinzip hat Geltung jedoch werden weniger strenge Anforderungen gestellt. Das bedeutet, dass Personen im Sonderstatusverhältnis Einschränkungen ihrer Rechte und die Auferlegung von Pflichten bis zu einem bestimmten Grad ohne detaillierte formell-gesetzliche Regelung hinnehmen müssen. Voraussetzung ist die Begründung der Rechtsverhältnisse, die Regelung ihrer Auswirkungen in den Grundzügen sowie ein formelles Gesetz (Erfordernis der Gesetzesform) bei schweren Eingriffen in Freiheitsrechte.

Hinsichtlich des Erfordernisses des Rechtssatzes sollen nicht alle Einzelheiten durch generell-abstrakte Norm (d.h. v.a. Verordnung) geregelt werden. Wie dicht die Regelungen zu sein haben, hängt vom Zweck und vom guten Funktionieren der jeweiligen Institution ab (BGE 111 Ia 231). Zur internen Ordnung vgl. BGE 106 Ia

Teil 6: Verfahrensrecht

§ 33 Verfahrensgarantien

Form- und Verfahrensregeln dienen der Durchsetzung des materiellen Rechts; dieser Zweck kann durch eine Verletzung der Form- oder Verfahrensgrundsätze vereitelt werden.

Art. 29 BV Allgemeine Verfahrensgarantien

1 Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

3 Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Art. 29a BV Rechtsweggarantie

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

I. Verbot der Rechtsverweigerung und -verzögerung

Aus Art. 29 Abs. 1 BV ergibt sich das Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung. Die Verwaltung darf eine Handlung nicht unterlassen oder verzögern, wenn sie zum Tätigwerden verpflichtet ist. Die Frist, innerhalb der ein Entscheid zu treffen ist, richtet sich nach der Art des Geschäfts und nach den Umständen (BGE 107 Ib 165).

II. Richtige Zusammensetzung der Behörde

Der Bürger hat Anspruch auf die ordnungsgemässe Zusammensetzung der Behörde, die im konkreten Verfahren entscheidet. Es handelt sich um einen Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit (BGE 114 Ia 279 f., Pflicht der Behörde, ihre Zusammensetzung bekanntzugeben). Für Gerichte besteht zudem die Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV. Ausstand (zwingender Ausschluss) und Ablehnung (die Geltendmachung der Befangenheit ist den Parteien überlassen): das BGG wie auch das VwVG trifft diese Unterscheidung nicht (Art. 34 BGG und Art. 10 VwVG). Die Prüfung eines Ausstandsbegehrens darf nicht von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden (BGE 100 Ia 30 f.).

III. Verbot des überspitzten Formalismus

Es handelt sich um eine besondere Form der Rechtsverweigerung. Sie liegt vor, wenn sich im Einzelfall die Strenge, mit der Verfahrensvorschriften angewendet werden, sachlich nicht rechtfertigt (BGE 119 Ia 4 ff., 115 Ia 17, 102 Ia 37 f.). Beispielsweise sind die bei einer unzuständigen Stelle der gleichen Verwaltung einge-

reichte Eingaben von der zuständigen Instanz zu behandeln; es wäre unzulässig, wenn sie auf die Eingaben nicht eintrete.

Beispiel: Überspitzter Formalismus liegt vor, wenn im Kanton Tessin auf eine Eingabe in deutscher Sprache nicht eingetreten wird.

IV. Anspruch auf rechtliches Gehör

Aus Art. 29 Abs. 2 BV lassen sich nur Minimalregeln des Bundesrechts ableiten. Das konkrete Verfahrensrecht des Bundes und der Kantone kann weitergehende Gewährleistungen enthalten. Anspruch auf rechtliches Gehör bedeutet, dass die Behörde den Bürger mit seinem Begehren in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren anhören, ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu wesentlichen Punkten geben und ihren Entscheid begründen muss (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Garantie ist formeller Natur, d.h. sie hängt nicht vom materiellen Anspruch des Privaten ab (BGE 118 Ia 18).

Vgl. BGE 119 Ib 16 (Mindestgarantie), 117 Ia 268 (Inhalt des Anspruchs), 119 Ia 149 (Anforderungen an den Gesetzgeber), 112 Ia 109 (Begründung eines Entscheids).

V. Akteneinsichtsrecht

Das Akteneinsichtsrecht ist ein selbständiger Anspruch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Erforderlich ist der Nachweis eines erheblichen Interesses an der Einsicht. Der Einsicht können Geheimhaltungsinteressen Dritter oder des Staates entgegenstehen (s. Art. 9 Abs. 8 USG).

Vgl. BGE 119 Ib 19, 113 Ia 4, 266.

VI. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 29 Abs. 3 BV umfasst einerseits den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, welche den Betroffenen vorläufig von den Verfahrens- und Gerichtskosten befreit und andererseits den Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, welches den unentgeltlichen Beizug eines Anwalts im Falle einer nicht aussichtslos scheinenden komplexen Rechtssache vorsieht.

§ 34 Verfahrensgrundsätze

Für alle Verfahren gelten bestimmte Prinzipien, die indessen nicht einheitlichen Inhalts sind. Vielmehr kann deren Inhalt auf den verschiedenen Verfahrensebenen unterschiedlich sein.

I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der urteilenden Behörden ergibt sich durch das Gesetz, sie kann nicht durch Abrede (sog. Kompromiss) begründet werden. Die Zuständigkeit wird von Amtes wegen geprüft. Im Zweifel findet ein Meinungs austausch zwischen den Behörden statt (Art. 8 Abs. 2 VwVG).

II. Bestimmung über das Verfahren

Festlegung der Verfahrensart und Entscheid über die Durchführung des Verfahrens:

- von Amtes wegen (Offizialmaxime), vor allem im erstinstanzlichen Verfahren.
- durch die Parteien (Dispositionsmaxime), vor allem im streitigen Verfahren.

III. Feststellung des Sachverhalts

Die Feststellung des Sachverhalts erfolgt von Amtes wegen (Untersuchungsgrundsatz, Art. 12 VwVG), aber Mitwirkungspflichten der Parteien (Gesuchseinreichung, Auskunftspflichten, Art. 13 VwVG).

Eine Feststellung durch die Parteien (Verhandlungsgrundsatz) findet im Verwaltungsverfahren kaum Anwendung.

IV. Anwendung des massgebenden Rechts von Amtes wegen

In gerichtlichen Verfahren sind die Parteivorbringen massgebend (Rügeprinzip); das Gericht kann seine Überprüfungsbefugnis nur in Ausnahmefällen ausdehnen.

V. Novenrecht

Neue Begehren sind nicht zulässig, bzw. sind in einem eigenen (neuen) Verfahren vorzubringen; neue Tatsachen, Beweismittel, Begründungen sind dagegen zulässig.

VI. Parteirechte Dritter

Dritte haben Parteirechte in der Regel nur, wenn sie vom ersten Verfahrensschritt an mitwirken. Interessenorganisationen, die sich auf die Mitwirkungsgarantien von Art. 55 USG und 12 NHG berufen, sind verpflichtet, sich schon am Einspracheverfahren zu beteiligen.

VII. Rechtsmittelbelehrung

Angabe des ordentlichen Rechtsmittels. Beim Fehlen einer kantonalen Vorschrift ist jede Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Aus fehlender oder falscher Rechtsmittelbelehrung darf den Parteien kein Rechtsnachteil erwachsen, wenn sie sich in guten Treuen auf die Angaben verlassen durften (BGE 117 Ia 421).

§ 35 Erstinstanzliches Verwaltungsverfahren

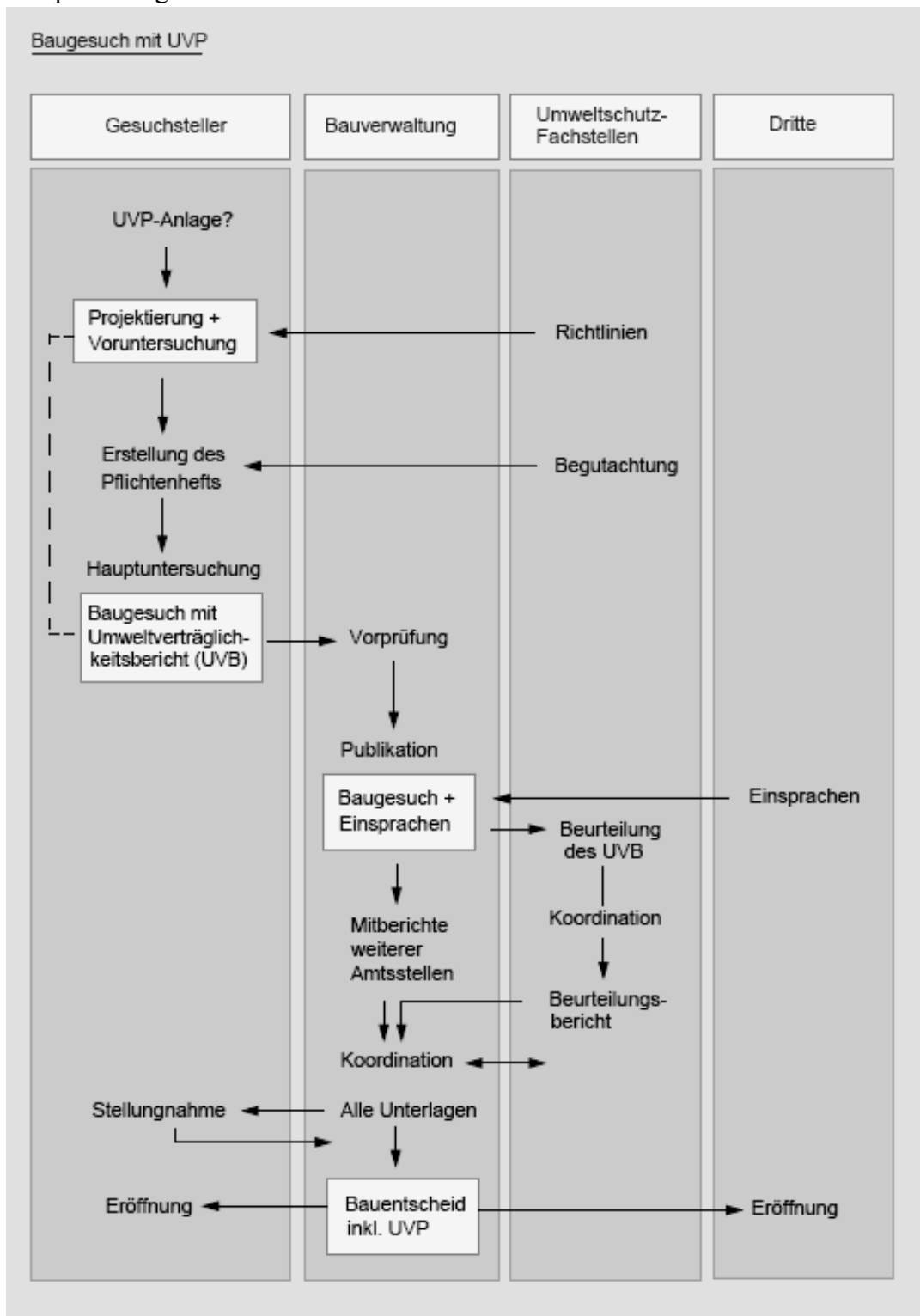
Verfahren, das zum Erlass einer ersten Verfügung in einer bestimmten Sache führt (nichtstreitiges Verfahren).

Modell eines Verfahrensablaufs:

- Einreichung eines Gesuches;
- Publikation;
- Einwendungen Dritter;
- Feststellung des Sachverhalts;

- Anhörung der Betroffenen;
- Einholung der Stellungnahmen von in der Sache interessierten Behörden;
- Anhörung von Experten;
- Stellungnahme des Gesuchstellers zu Einwendungen, Mitberichten und Expertisen;
- Erlass und Eröffnung der Verfügung an alle Parteien einschliesslich Kostenentscheid;
- allenfalls Publikation der Verfügung.

Beispiel: Baugesuch mit UVP.



§ 36 Verwaltungsrechtspflege im Allgemeinen

I. Beschwerde Voraussetzungen

1. Zuständigkeitsfragen

a. Örtliche Zuständigkeit

Die Beschwerdeinstanz muss örtlich zuständig sein.

b. Sachliche Zuständigkeit

Die Beschwerdeinstanz muss sachlich zuständig sein.

Beispiel: Die Baurekurskommission darf nicht über Fragen des Gastgewerberechts entscheiden, wenn das Gesetz für diese Fragen eigene Verfahrenswege vorsieht oder die Baurekurskommission nur für die Beurteilung von baurechtlichen Fragen für zuständig erklärt.

c. Funktionelle Zuständigkeit

Die Beschwerdeinstanz muss funktionell zuständig sein: sie muss im Ablauf des Beschwerdeverfahrens «an der Reihe sein».

Beispiel: Der Regierungsrat kann nicht über den Rekurs gegen eine Amtsverfügung direkt entscheiden, bevor das Departement die Sache beurteilt hat.

2. Fristen, Gegenstand, Begründung

a. Beschwerdefrist

Es bestehen grundsätzlich zwei Modelle:

- einheitliche Frist für die Anmeldung und für die Begründung der Beschwerde.
- zweigeteilte Frist: kurze Frist für die Erhebung der Beschwerde (Anmeldung), längere zusätzliche Frist für die Begründung und Antragstellung.

b. Beschwerdeobjekt

Das Beschwerdeobjekt in der Verwaltungsrechtspflege ist immer eine Verfügung (im Bund im Sinne von Art. 5 VwVG) oder die Verweigerung oder Verzögerung einer Verfügung.

c. Beschwerdegründe

Vor der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanz kann die Verfügung in der Regel umfassend angefochten werden, entsprechend umfassend ist die Überprüfungsbe fugnis der Beschwerdeinstanz: Sachverhalt, Rechtswidrigkeit, Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG). Besonderes gilt, wenn dem erstinstanzlichen Entscheid ein förmliches Einspracheverfahren vorausgeht, in dem sämtliche Einwände zu erheben sind. Damit soll gewährleistet werden, dass im Interesse der Konzentration alle Einwände gesamthaft überprüft werden und in den Entscheid einfließen können. Im anschliessenden Beschwerdeverfahren können daher keine neuen Einwände erhoben werden (vgl. BGE 133 II 30, 33 betr. eisenbahnrechtliches Plangenehmigungsverfahren).

II. Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG)

1. Private

Zur Beschwerde befugt ist grundsätzlich der Betroffene, d.h. es handelt sich nicht um eine so genannte Popularbeschwerde, die jedermann erheben könnte. Der Verfügungsadressat muss durch die Verfügung einen faktischen Nachteil erleiden (bzw. durch erfolgreiche Beschwerde einen Vorteil) und ein aktuelles Interesse an der Änderung der Verfügung nachweisen. Angefochten werden kann nur das Dispositiv der Verfügung, nicht aber z.B. die Begründung (die Praxis macht hievon dann eine Ausnahme, wenn das Dispositiv etwa lautet: «die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen»). Dritte müssen eine besondere Nähe zum Objekt der Verfügung nachweisen, die der Allgemeinheit fehlt (Nachbareigenschaft).

2. Behörden

Behörden sind zur Beschwerde nur befugt, wenn das Gesetz es vorsieht (z.B. Art. 56 Abs. 1 und 2 USG, Art. 34 Abs. 2 RPG).

3. Verbände

Verbände sind zur Beschwerde legitimiert unter Beachtung folgender Voraussetzungen:

- Verband als Betroffener im Sinne des Privaten (z.B. als Grundeigentümer).
- Egoistische Verbandsbeschwerde: Beschwerdeführung in eigenem Namen, aber im Interesse der Mitglieder. Voraussetzungen: Juristische Persönlichkeit des Verbands; Interessenvertretung der konkreten Art als Satzungszweck; Betroffenheit von Interessen der Mitglieder; Legitimation aller oder einer grossen Mehrheit der Mitglieder selbst.
- Ideelle Verbandsbeschwerde: Wahrung öffentlicher Interessen. Notwendig ist eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung (z.B. Art. 55 USG, Art. 12 NHG).

III. Wirkungen der Beschwerderhebung

1. Aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt)

Die Beschwerde hat in der Regel aufschiebende Wirkung, d.h. die Vollstreckbarkeit wird ausgesetzt. Die aufschiebende Wirkung kann aufgrund einer Interessenabwägung entzogen werden.

2. Devolutiveffekt

Grundsätzlich hat die Beschwerde Devolutiveffekt, d.h. die Sache geht an die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG); dennoch kann die Vorinstanz die Verfügung auch bei hängigem Rekurs in Wiedererwägung ziehen (Art. 58 Abs. 1 VwVG ist unpräzis).

IV. Beschwerdeentscheid

Das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz wird als Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. Der Entscheid der Beschwerdeinstanz tritt an die Stelle der angefoch-

tenen Verfügung, so dass nur dieser Rechtsmittelentscheid weiter angefochten werden kann. Der Beschwerdeentscheid ist selbst eine Verfügung.

V. Aufsichtsbeschwerde

Die Aufsichtsbeschwerde ist kein ordentliches Rechtsmittel, sondern nur ein formloser Rechtsbehelf, eine Anzeige. Der Anzeiger hat keine Parteirechte.

§ 37 Verwaltungsinterne Rechtspflege

Die verwaltungsinterne Rechtspflege hat die Anfechtung einer Verfügung durch Einsprache oder durch Beschwerde zum Gegenstand. Kennzeichen der Einsprache ist, dass die Verfügung bereits erlassen worden ist und dass erste überprüfende Instanz diejenige ist, welche die Verfügung erlassen hat. Nicht als förmliche Einsprache können Einwendungen bezeichnet werden, die von den Parteien vor Erlass der Verfügung zu erheben sind.

Ordentliches Rechtsmittel der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege ist in der Regel die Beschwerde (auch als Rekurs bezeichnet; zu beachten: Die Gesetzgebung über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich bezeichnet als ordentliches Rechtsmittel der verwaltungsinternen Rechtspflege mit voller Kognition den Rekurs, während die Beschwerde das ordentliche Rechtsmittel der verwaltungsexternen Rechtspflege mit beschränkter Kognition ist).

Kennzeichen der Beschwerde ist, dass die Verfügung bei der Behörde anzufechten ist, die der verfügenden Instanz (verfahrens-)hierarchisch übergeordnet ist (Beispiele: Amt→Departement; Departement→Regierungsrat bzw. Bundesrat; Gemeinderat→kantonale Behörde).

Spezialgesetze sehen häufig besondere verwaltungsinterne Rekurskommissionen als Beschwerdeinstanzen vor (Beispiele: Baurekurskommission, Steuerrekurskommission). Rekurskommissionen des Bundes sind häufig nicht Instanzen der verwaltungsinternen, sondern der verwaltungsgerichtlichen Rechtspflege.

Das Gesetz kann den Sprungrekurs vorsehen: Eine verwaltungsinterne Beschwerdebehörde wird als befugt bezeichnet, einen bei ihr eingereichten Rekurs ohne eigenen Entscheid an die nächsthöhere Beschwerdeinstanz weiterzuleiten. Auch ohne besondere gesetzliche Grundlage soll ausserdem eine Beschwerdeinstanz dann einen Rekurs ohne eigenen Entscheid weiterleiten, wenn sie der verfügenden Instanz verbindliche Weisungen für den angefochtenen Entscheid erteilt hat.

§ 38 Verwaltungsexterne Rechtspflege

Beschwerdeinstanz der verwaltungsexternen Rechtspflege ist ein Verwaltungsgericht (allgemeine oder Spezialverwaltungsgerichte wie z.B. das eidgenössische Versicherungsgericht oder verwaltungsexterne Rekurskommissionen, vgl. Art. 71 lit. c VwVG; BGE 119 V 377 f.: kantonale Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung Kanton Zürich).

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist charakterisiert durch die *richterliche Unabhängigkeit*, d.h. die Weisungsungebundenheit gegenüber den Verwaltungsbehörden, den parlamentarischen Behörden und generell gegenüber der Wahlbehörde.

Die Beschwerdelegitimation ist in der Regel gleich geordnet wie im verwaltungsin-
ternen Beschwerdeverfahren.

I. Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht

Auf den 1. Januar 2007 sind das neue Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) und das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (VGG) in Kraft getreten. Die Einführung des Bundesverwaltungsgerichts hat zur Folge, dass es die bisherigen Rekurskommissionen und Beschwerdedienste des Bundes ersetzt hat. Als Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts kommen Departemente oder diesen zugeordnete Dienststellen der Bundesverwaltung, der Bundesrat, die Bundesversammlung oder das Bundesstrafgericht in Frage.

Anfechtungsobjekte sind Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Als Beschwerdegründe im Sinne von Art. 49 VwVG kommen die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit in Frage.

II. Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht

Das BGG sieht als Neuerung eine Einheitsbeschwerde im Bereich des öffentlichen Rechts vor. Sie tritt damit an die Stelle der ehemaligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der staatsrechtlichen Beschwerde. Subsidiär kommt die Verfassungsbeschwerde zur Anwendung.

Nach Art. 82 BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts (In der Regel wird ein Rechtsmittelentscheid eines obersten kantonalen Gerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts Gegenstand der Einheitsbeschwerde bilden. Unerheblich ist, ob der Entscheid in Anwendung von kantonalem oder von eidgenössischem Recht ergangen ist), kantonale Erlasse (z.B. Gesetze) wie auch Vorbereitungshandlungen zu Wahlen und Abstimmungen.

Als Vorinstanzen des Bundesgerichts kommen das Bundesverwaltungsgericht sowie obere kantonale letztinstanzliche Gerichte in Frage. Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden können nicht mehr ans Bundesgericht, sondern ans Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden.

Mit der Einheitsbeschwerde werden primär Verletzungen von Bundesrecht gerügt. Unter diesen Begriff fallen die Bundesverfassung, Bundesgesetze sowie Rechtsverordnungen der Bundesorgane. Bundesrecht kann auch durch Gewohnheitsrecht entstehen und direkt anwendbare völkerrechtliche Verträge (self-executing) können ebenfalls geltend gemacht werden (Art. 95 lit. b BGG). Die früher im Zentrum der Staatsrechtspflege des Bundesgerichts stehenden verfassungsmässigen Rechte sind, soweit es um solche der Bundesverfassung geht, im Beschwerdegrund der «Verletzung von Bundesrecht» – neben sehr vielem anderen – mitenthalten.

Die Beschwerde hat in der Regel keinen Suspensiveffekt (Art. 103 Abs. 1 BGG). Die Gerichtsinstanzen sind zudem weitgehend an die Parteianträge gebunden (Art. 107 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdegründe und damit die Überprüfungsbefugnis des Gerichts sind gegenüber der verwaltungsinternen Rechtspflege eingeschränkt (besondere gesetzliche Regelung vorbehalten): Sachverhaltsüberprüfung (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) und Überprüfung von Rechtsfragen (vgl. Art. 106 BGG), nicht aber (bzw. nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen, so z.B. wenn das Verwaltungsgericht einzige Beschwerdebehörde ist) Angemessenheitskontrolle.

Art. 75 BGG verpflichtet zudem die Kantone, Verwaltungsgerichte zu schaffen für die Fälle, die mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können.

III. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Subsidiär zur Einheitsbeschwerde kann die Verfassungsbeschwerde zur Anwendung kommen, wo verfassungsmässige Rechte der Bürger auf dem Spiel stehen und die Einheitsbeschwerde auf Grund des Ausnahmekatalogs (vgl. Art. 83 BGG) oder wegen Nichterreichen des Streitwertes (vgl. Art. 74 und 85 BGG) ausscheidet.

Nur Entscheide letzter kantonaler Instanzen sind mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde anfechtbar (Art. 113 BGG). Die Verfassungsbeschwerde ist nur zulässig, wenn gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz keine Einheitsbeschwerde ans Bundesgericht möglich ist.

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG)

Verfassungsmässige Rechte können sich aus der Bundesverfassung, dem Völkerrecht oder dem kantonalen Verfassungsrecht ergeben. In einer weit zurückreichenden Praxis versteht das Bundesgericht darunter «justiziable Rechtsansprüche, die nicht ausschliesslich öffentliche Interessen, sondern auch Interessen und Schutzbedürfnisse des Einzelnen betreffen und deren Gewicht so gross ist, dass sie nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen» (BGE 131 I 368). Die Bestimmung, auf die sich der Beschwerdeführer stützt, muss also (auch) den Schutz des Einzelnen bezwecken. Zudem muss sie unmittelbar gerichtlich durchsetzbar sein, d.h. mit hinreichender Bestimmtheit dem Einzelnen einen Anspruch gewähren. Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte ist also enger als derjenige des Verfassungsrechts

Die verfassungsmässigen Rechten, die für die Verfassungsbeschwerde vorgesehen sind, sind die objektiven Verfassungsnormen rechtsstaatlicher und bundesstaatlicher Natur, sofern sie auch eine individualrechtliche Komponente aufweisen.

Beispiel: Die Verfassungsbeschwerde ist bei Entscheiden über die ordentliche Einbürgerung gegeben, wenn die Abweisung des Gesuchs nicht begründet oder willkürlich verweigert wird (vgl. Art. 83 lit. b BGG).

§ 39 Weitere Rechtsmittel ans Bundesgericht

I. Einheitsklage für Direktprozesse

Parallel zur Einheitsbeschwerde führt das BGG für Direktprozesse eine Einheitsklage ein. Es geht hier um diejenigen Fälle, in denen das Bundesgericht gestützt auf eine Klage als erste und einzige Instanz entscheidet. (Bisher standen hierfür die zivilrecht-

liche Klage, die verwaltungsrechtliche Klage und die staatsrechtliche Klage zur Verfügung.)

Art. 120 Abs. 1 BGG listet die Klagefälle auf: Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen, zivil- und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie Verantwortlichkeitsansprüche aus der Amtstätigkeit von Bundesräten, Bundeskanzlerin und Bundesrichtern.

Die Klage ist unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz eine Behörde zum Erlass einer Verfügung über eine solche Streitigkeit ermächtigt. Hier steht gegen die Verfügung die Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung (Art. 120 Abs. 2 BGG). Die Klage ist also subsidiär zur Einheitsbeschwerde. Sie dürfte in der Praxis nur selten vorkommen.

II. Einheitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen

Neben der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beurteilt das Bundesgericht als Beschwerdeinstanz auch Beschwerden gegen Entscheide in Zivilsachen (d.h. Zivilrechtsstreitigkeiten; Art. 72 Abs. 1 BGG).

Im Regelfall ist die zivilrechtliche Beschwerde nur zulässig, falls die Streitsache einen Streitwert von mindestens CHF 30'000 erreicht. In miet- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist die Beschwerde ab CHF 15'000 zulässig (vgl. Art. 74 Abs. 1 BGG). Wenn diese Streitwertgrenzen nicht erreicht werden, kommt subsidiär die Verfassungsbeschwerde in Frage. Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts geltend gemacht werden.

Auch auf dem Gebiet des Strafrechts können nach Art. 78 Abs. 1 BGG Entscheide, die unter Anwendung von Strafrecht und/oder Strafprozessrecht ergehen, mittels Beschwerde angefochten werden.

§ 40 Normenkontrolle

Nicht nur Verfügungen (Anordnungen im Einzelfall) können von Gerichten überprüft werden, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch Rechtssätze (Normen: Gesetze, Verordnungen, als ganze oder Teile davon).

Wir unterscheiden zwei Arten:

- Abstrakte Normenkontrolle: Die Überprüfung schliesst an den Erlass der Norm an.
- Konkrete (auch inzidente) Normenkontrolle: Die Überprüfung wird mit der Anfechtung einer gestützt auf die fragliche Norm erlassenen Verfügung veranlasst (Behauptung, die Verfügung sei rechtswidrig, weil die ihr zugrundeliegende Norm rechtswidrig ist). Bundesgesetze unterliegen keiner Normenkontrolle. Sie sind für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Verordnungen des Bundesrates können beim Bundesgericht nur im konkreten Fall, «inzident» angefochten werden, also im Beschwerdeverfahren. Kantonale Erlasse können vom Bundesgericht abstrakt und konkret überprüft werden; notwendig ist die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts.

Teil 7: Ausgewählte Bereiche des besonderen Bundesverwaltungsrechts

§ 41 Raumplanungs- und Umweltrecht

I. Raumplanungs- und Baurecht

Art. 75 BV Raumplanung

«1 Der Bund legt Grundsätze der Raumplanung fest. Diese obliegt den Kantonen und dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes.

2 Der Bund fördert und koordiniert die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit den Kantonen zusammen.

3 Bund und Kantone berücksichtigen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Erfordernisse der Raumplanung.»

BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG).

V über die Raumplanung vom 28. Juni 2000 (RPV).

Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (WEG).

1. Zweck

Das Raumplanungsrecht dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes.

2. Instrumente

Um die Ziele und Grundsätze (Art. 1 und 3 RPG) des RPG zu erfüllen, die für alle planenden Gemeinwesen und Behörden verbindlich sind, bedarf es verschiedener Instrumente.

a. Richtpläne

Richtpläne sollen das ganze Gebiet der Kantone erfassen (Art. 6 ff. RPG) und dienen als Koordinationsinstrumente und Programme der Koordination (Art. 8 RPG). Sie enthalten die ganzen raumbedeutsamen Inhalte und die zeitliche Komponente. Sie dienen der Entwicklungsplanung und ordnen nicht die Nutzung des Bodens. Die Richtpläne der Kantone sind nur für die Behörden, nicht für die Grundeigentümer verbindlich (Art. 9 Abs. 1 RPG). Sie müssen vom Bundesrat genehmigt werden, damit gesamtschweizerisch eine widerspruchsfreie Richtplanung zustande kommt.

Die *Richtpläne* werden geändert, wenn sich die Verhältnisse (rechtliche Grundlagen, Tatsachen, Projektbestand usw.) geändert haben (d.h. gewissermassen laufende Anpassung). Zudem erfolgt in der Regel alle 10 Jahre eine gesamthafte Überprüfung und nötigenfalls eine Überarbeitung.

Richtpläne können von Grundeigentümern nicht angefochten werden, da sie nur behördenverbindlich sind.

b. Nutzungspläne

Nutzungspläne i.d.R. der Gemeinden, denkbar sind auch kantonale Nutzungspläne (Art. 14 ff. RPG). Sie ordnen für jedermann verbindlich (Art. 21 Abs. 1 RPG) die zulässige Nutzung des Bodens. Der *Nutzungsplan* ist der Raumplan, durch welchen Zweck, Ort und Mass der Bodennutzung für ein bestimmtes Gebiet allgemeinverbindlich festgelegt werden.

Nutzungspläne bestehen im allgemeinen aus Karte und Text. Sie werden (erst) geändert, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben (Art. 21 Abs. 2 RPG, Abwägung zwischen den Interessen der Grundeigentümer an verlässlichen Nutzungsplänen (Rechtssicherheitsinteresse) und den Interessen der Allgemeinheit an der Aufnahme der Entwicklungen in die Nutzungsplanung); je neuer ein Plan, umso mehr muss mit seiner Beständigkeit gerechnet werden können bzw. je gewichtiger das Rechtssicherheitsinteresse, umso gewichtiger müssen die Interessen an der Änderung des Plans sein; ein blosser Wandel der Anschauungen im Volk genügt bei neuen Plänen nicht. Hauptsächliches Ziel der Nutzungsplanung ist die klare Trennung des Gemeindegebiets in Baugebiet und Nichtbaugebiet. Sodann schreibt das RPG drei Zonenarten als verpflichtend festzulegen vor: *Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen* (Art. 15 - 17 RPG). Bauzonen umfassen Land, das sich für die Überbauung eignet und entweder bereits weitgehend überbaut ist oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (Art. 15 RPG). Die Erschliessung der Bauzonen ist Kriterium der Bauzonenausscheidung. Nicht jedes Grundstück in der Bauzone ist schon Bauland; es wird dies erst, wenn es auch tatsächlich, nicht nur planerisch, grob erschlossen ist (Art. 19 RPG: Erschliessung hier als Kriterium der sog. Baureife). Zur Erschliessungspflicht siehe Art. 4 - 6 WEG.

Die Nutzungspläne werden eingeteilt in:

- *Rahmennutzungspläne* (Zonenpläne), die das gesamte Gemeindegebiet erfassen und in Nutzungszonen einteilen. Sie müssen durch eine kantonale Behörde genehmigt werden;
- *Sondernutzungspläne*, die einzelne Gebiete oder ein Areal mit besonderen, vom Zonenplan i.d.R. abweichenden Nutzungsvorschriften versehen. Beispiele: Quartier-, Gestaltungs-, Erschliessungs-, Landumlegungsplan.

c. Baubewilligung

Die *Baubewilligung* dient der Realisierung von Einzelprojekten (Art. 22 - 24 RPG). Die Bewilligungspflicht gilt für jegliche Errichtung und Änderung von Bauten und Anlagen. Die erteilte Bewilligung hebt das grundsätzliche Bauverbot auf. Voraussetzungen der Erteilung der Baubewilligung sind die Zonenkonformität des Projekts, die Erschliessung des Baugrundstücks und die Einhaltung von Bauvorschriften des Bundes, des Kantons und der Gemeinde. Bauten ausserhalb der Bauzonen, die dem Nutzungszweck des Landes nicht entsprechen, können nur mit einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG zugelassen werden, sofern für sie nicht eine Nutzungsplanung durchgeführt werden muss (wie z.B. für Deponien). Voraussetzung einer solchen Ausnahmebewilligung ist in erster Linie die Standortgebundenheit des Pro-

jekts: Entweder ist kein anderer Standort sinnvoll (positive Standortgebundenheit, z.B. Bergrestaurant) oder ein Standort in der Bauzone ist nicht zweckmässig (negative Standortgebundenheit, z.B. Schiessstand). Zudem dürfen dem Projekt keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

3. Rechtsschutz

Rechtsschutz (Art. 33/34 RPG): Verfügungen (Einzelfallentscheide, z.B. Baubewilligungen) und Nutzungspläne können von betroffenen Privaten angefochten werden. Bei der Bewilligung von Bauten und Anlagen sind aufgrund der zahlreichen anwendbaren Rechtsnormen häufig mehrere Bewilligungen erforderlich. Deshalb hat der Gesetzgeber ein Koordinationsgebot ins RPG eingefügt (vgl. Art. 25a RPG: Abstimmung raumwirksamer Tätigkeiten auf allen Entscheidungsebenen). Dabei handelt es sich um eine materielle Verfahrenskoordination (inhaltliche und verfahrensmässige Koordination, ohne dass alle Verfahren zusammengelegt werden müssten). Die Entscheidungszuständigkeiten bleiben auf verschiedenen Behörden verteilt, die parallelen Verfahren sind aber materiell (inhaltlich) aufeinander abzustimmen.

II. Umweltschutzrecht

Art. 74 BV Umweltschutz

«1 Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen.

2 Er sorgt dafür, dass solche Einwirkungen vermieden werden. Die Kosten der Vermeidung und Beseitigung tragen die Verursacher.

3 Für den Vollzug der Vorschriften sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bund vorbehält.»

BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG);

zahlreiche Ausführungsverordnungen.

Das Umweltschutzrecht dient dem Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen und lästigen Einwirkungen.

1. Prinzipien

Neben den allgemein gültigen Prinzipien des Verwaltungsrechts haben sich spezifische umweltrechtliche Prinzipien herausgebildet.

- *Vorsorgeprinzip* (Art. 1 Abs. 2 USG). Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, sollen frühzeitig begrenzt werden. Das Vorsorgeprinzip hat einen programmatischen Teilgehalt und kann aber auch unmittelbar anwendbare Norm sein. Da es aber sehr offen ist, bedarf es meist, um im Einzelfall durchsetzbar zu sein, eine Konkretisierung durch Rechtssatz; so geschehen in Art. 11 Abs. 1 und 2 USG, Art. 9, 10, 13 - 15, 23, 33 Satz 2 USG, Art. 3, 4, 6 LRV, Art. 3, 4, 7, 8, 13 Abs. 2 und 3 LSV. Bezweckt ist das vorausschauende Handeln, das Vorbeugen statt Heilen, der schonende Umgang mit Ressourcen und das Verhindern des Anwachsens von Umweltbelastungen;
- *Nachhaltigkeitsprinzip* (Art. 73 BV), auf Gesetzesebene enthalten z.B. in Art. 20 WaG, Art. 3 Abs. 1 JSG, Art. 33 Satz 2 USG (Bodenfruchtbarkeit). Dieses Prinzip hat keinen justiziablen Gehalt. Bezweckt ist ein dauernd ausgewogenes

Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits. Dabei steht die Regenerierbarkeit im Vordergrund, vor allem im Zusammenhang mit nachwachsenden Rohstoffen;

- *Verursacherprinzip* (Art. 2 USG, Art. 3a GSchG). Wer Massnahmen zum Schutz der Umwelt verursacht, trägt die Kosten dafür. Es ist ein reines Kostenverteilungsprinzip, es legt nicht fest, ob eine Massnahme ergriffen werden muss, d.h. es begründet keine Verhaltenspflicht. Zudem besagt es auch nicht von wem gehandelt werden muss, aber es besagt, dass der Verursacher die Kosten für solche Massnahmen zu tragen hat. Konkretisierungen sind notwendig, vgl. Art. 48 USG. Ausnahmen vom Verursacherprinzip z.B. in Art. 20 Abs. 2, 21 USG. Zum Begriff des Verursachers BGE 118 Ib 410;
- *Kooperationsprinzip* (Art. 16 Abs. 3, 31 Abs. 2, 39 Abs. 3, 41a USG). Gefordert wird eine Zusammenarbeit zwischen Staat und gesellschaftlichen Grössen;
- *Ganzheitlichkeitsprinzip* (Art. 8 USG). Umwelteinwirkungen sind nicht nur isoliert, sondern gesamthaft zu beurteilen;
- *Eigenverantwortlichkeitsprinzip* (Art. 10, 16 Abs. 3, 26 ff. USG). Die Eigenverantwortung kennt als korrelierendes Element die (behördliche) Kontrolle. Anwendungsfälle sind z.B. bei der Störfallvorsorge (Art. 10 USG) oder bei den umweltgefährdenden Stoffen zu finden (Art. 26 ff. USG).

2. Instrumente

- Raumplanerische Instrumente (s. oben § 59);
 - *Lärmempfindlichkeitsstufen* (LES, Art. 43/44 LSV): Sie sind Bestandteile des Zonenplans, deshalb haben sie den Charakter von Nutzungsplänen. Art. 43 LSV unterscheidet 4 LES (I, II, III, IV) für je unterschiedliche Lärmempfindlichkeiten. Die Grenzwerte werden in dB(A) in den Anhängen zur LSV angegeben;
 - *Massnahmenplan* (Art. 44a USG, 31 ff. LRV) ist das Planungsinstrument für Massnahmen im Bereich der Luftreinhaltung. Er ist (nur) ein verbindliches Programm und damit nicht eigentümergebunden, jedoch aber behördenverbindlich. Die in ihm enthaltenen Massnahmen müssen aufgrund ihrer jeweiligen gesetzlichen Grundlage erlassen werden;
 - *Umweltverträglichkeitsprüfung* (UVP) (Art. 9 USG, UVPV). Sie dient der umfassenden Prüfung, ob ein Projekt die Umweltgesetzgebung einhält und wieweit die Umwelt künftig belastet wird. Die UVP ist projektbezogen, ermöglicht deshalb i.d.R. die Alternativwahl (im Gegensatz zur Raumplanung) nicht. Die UVP ist kein eigenes Verfahren, sondern muss als Verfahrensbestandteil in ein vorhandenes Bewilligungsverfahren (Baubewilligungs-, Konzessionierungs-, Sondernutzungsplanverfahren usw.) eingebaut werden. Es ist dasjenige Verfahren als Trägerverfahren zu wählen, welches eine Prüfung in einem möglichst frühen Zeitpunkt erlaubt.

III. Gewässerschutzrecht

Art. 76 BV.

BG über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG).

Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV).

V über den Schutz der Gewässer vor wassergefährdenden Flüssigkeiten vom 1. Juli 1998 (VWF).

Zweck des Gewässerschutzrechts: Qualitativer und (seit 1991) quantitativer Schutz der ober- und unterirdischen Gewässer vor nachteiligen Einwirkungen.

Das GSchG enthält Vorschriften über die Einleitung und das Versickern von Stoffen, Abwasserbehandlung, Verwertung des Hofdüngers, über planerischen Schutz durch Gewässerschutzbereiche, Grundwasserschutz zonen und Grundwasserschutzareale (Art. 19 - 21), Umgang mit wassergefährdenden Flüssigkeiten, Sicherung angemessener Restwassermengen, Verhinderung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer.

Die GSchV enthält Ausführungsvorschriften über Abwasserbeseitigung und über die planerischen Schutzmassnahmen, die VWF solche über Lageranlagen (v.a. Tanks).

IV. Natur- und Heimatschutz

Art. 78 BV.

BG über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG).

V über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (NHV).

Zweck: Nach heutigem Verständnis geht es beim Natur- und Heimatschutz nicht einfach um die Abwehr schädlicher Einflüsse. Vielmehr soll sich der moderne Natur- und Heimatschutz nicht auf das Erhalten und Bewahren beschränken, sondern er soll je nach Zielsetzung und Ausmass bisheriger Beeinträchtigungen auch Massnahmen für eine positive Entwicklung umfassen.

Der Natur- und Heimatschutz ist **Sache der Kantone**. Für Objekte nationaler Bedeutung (Bundesinventare) und für die Rücksichtnahme in der Durchführung von Bundesaufgaben sind die Vorschriften des NHG massgebend.

Besonders geregelt ist der Schutz von Biotopen (Art. 18a ff. NHG) und von U-fern (Art. 21 NHG) sowie von Mooren und Moorlandschaften (Art. 78 Abs. 5 BV).

V. Waldrecht

Art. 77 BV Wald

«1 Der Bund sorgt dafür, dass der Wald seine Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen erfüllen kann.

2 Er legt Grundsätze über den Schutz des Waldes fest.

3 Er fördert Massnahmen zur Erhaltung des Waldes.»

BG über den Wald vom 4. Oktober 1991 (WaG).

V über den Wald vom 30. November 1992 (WaV).

Zweck: Der Wald soll in seiner Fläche und in seiner räumlichen Verteilung erhalten bleiben und er soll seine Waldfunktion erfüllen können.

Bei der Waldgesetzgebung hat der Bund eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz, weshalb die Kantone in der Festsetzung der Einzelheiten einen breiten Gestaltungsfreiraum geniessen. Der Begriff des Waldes wird abschliessend vom WaG festgelegt. Auch unbestockter oder ertragloser Waldboden ist Wald im Sinne des WaG.

Für Nutzungen auf Waldareal, die «waldfremd» sind, bedarf es einer Rodungsbewilligung, die als Ausnahmegewilligung ausgestaltet ist. Auf ihre Erteilung besteht grundsätzlich kein Anspruch (Art. 5 WaG).

§ 42 Energierecht

I. Nutzbarmachung der Wasserkräfte

Art. 76 Abs. 2, 4 ff. BV.

BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG).

Alle ober- und unterirdischen Gewässer werden vom WRG zu öffentlichen Gewässern erklärt. Diese gesetzliche Festlegung kann dadurch umgestossen werden, dass Privateigentum nachgewiesen wird.

Für die Verfügung über die Wasservorkommen, namentlich für die Erteilung von Wasserrechtskonzessionen (vgl. oben 50 II.), sind die Kantone zuständig (kantonale Gewässerhoheit); das kantonale Recht bestimmt, welchem Gemeinwesen (Kanton, Bezirk, Gemeinde oder öffentlich-rechtliche Körperschaft) die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gewässer zusteht. Bei grenzüberschreitenden Gewässern müssen sich die beteiligten Gemeinwesen einigen. Im internationalen Verhältnis entscheidet, unter Beizug der beteiligten Kantone, der Bund.

Die Wassernutzungskonzession kann auf höchstens 80 Jahre erteilt werden (Art. 58 WRG). Das WRG regelt den höchstzulässigen Wasserzins (Art. 49 WRG).

Auch die Verteilungsnetze bedürfen Konzessionen (i.d.R. handelt es sich um Sondernutzungskonzessionen).

II. Elektrizitätsrecht

Art. 91 Abs. 1 BV (Transport von Elektrizität).

BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (Elektrizitätsgesetz, EleG).

Schwachstromverordnung vom 30. März 1994 (SR 734.1).

Starkstromverordnung vom 30. März 1994 (SR 734.2).

V über das Eidgenössische Starkstrominspektorat vom 7. Dezember 1992 (SR 734.24).

V über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen (VPeA) vom 2. Februar 2000 (SR 734.25).

Zweck: Das EleG bezweckt den Schutz vor Gefahren beim Erstellen und beim Betrieb von elektrischen Anlagen durch sicherheitspolizeiliche und strafrechtliche Vorschriften sowie eine besondere Regelung der Haftpflicht.

Der (privatrechtlich organisierte) Schweizerische Elektrotechnische Verein (SEV) nimmt die Aufgaben des Eidg. Starkstrominspektorats wahr: Aufsicht und Kontrolle über Bau, Betrieb und Instandhaltung von Starkstromanlagen, Genehmigung der Planvorlagen für Starkstromanlagen, Zulassung und Bewilligung von Niederspannungserzeugnissen usw. (Art. 2 Verordnung über das Eidg. Starkstrominspektorat (SR 734.24)).

Die Tätigkeit der Hausinstallation darf von den Kantonen nicht mehr monopolisiert werden, da ein Monopol durch keine Sicherheitsgründe gerechtfertigt werden kann (BGE 95 I 144 ff). Ein Verkaufsmonopol für elektrische Geräte ist seit 1956 nicht mehr zulässig (BGE 82 I 229 ff.).

III. Kernenergierecht

Art. 90 BV (Kernenergie).

Am 1. Februar 2005 trat das Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 und dessen Verordnung in Kraft. Das Atomgesetz von 1959 (AtG) und der Bundesbeschluss zum Atomgesetz von 1978 (AtB) wurden aufgehoben. Das Volk lehnte am 18. Mai 2003 die Ausstiegsinitiative und die auf einen Ausstieg hinauslaufende neue Moratoriumsinitiative ab. Das KEG bildet nun den Rahmen für die Nutzung der Kernenergie in den kommenden Jahrzehnten.

Das Kernenergiegesetz gilt für nukleare Güter, Kernanlagen und radioaktive Abfälle (Art. 2 KEG). Das Gesetz definiert die Kernenergie als jede Art von Energie, die bei der Spaltung oder Verschmelzung von Atomkernen frei wird (Art. 3 lit. e KEG).

Wer eine Kernanlage betreiben will, braucht eine Rahmenbewilligung des Bundesrates, auf dessen Erteilung jedoch kein Rechtsanspruch besteht (Art. 12 Abs. 1 und 2 KEG). Die Rahmenbewilligung legt unter anderem den Standort, den Zweck der Anlage und die Grundzüge des Projektes fest (Art. 14 KEG). Im Weiteren braucht es für die Errichtung einer Kernanlage eine Baubewilligung des Departements für Umwelt und Verkehr (Art. 15 - 18 KEG) und eine Betriebsbewilligung des Departements (Art. 19 - 25 KEG).

Gleich wie der AtB verlangt das KEG die Genehmigung der Bewilligung bzw. des Entscheids des Bundesrats durch die Bundesversammlung, die mit einem referendumsfähigen Beschluss entscheidet; im Gegensatz zum AtG verlangt das KEG aber keinen Nachweis des Bedarfs an Kernenergieanlagen.