Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht : Einwirkungen des Verwaltungsprozess- und des Verwaltungsverfahrensrechts im Bund auf das materielle Verwaltungsrecht

Autor(en): **Saladin, Peter**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **94 (1975)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896237

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

PETER SALADIN

Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht

Einwirkungen des Verwaltungsprozeß- und des Verwaltungsverfahrensrechts im Bund auf das materielle Verwaltungsrecht*

Einleitung

Generalthema der wissenschaftlichen Beiträge zum Schweizerischen Juristentag 1975 sind die Rechtswege ans Bundesgericht. Die Autoren wurden sich allerdings bald einig, daß es in diesen Beiträgen nicht darum gehen kann, das Recht der das Bundesgericht belangenden Rechtsmittel umfassend darzustellen; es mußten wichtige Einzelfragen herausgegriffen werden.

Unter allen Teilen des eidgenössischen Prozeßrechts nimmt das Verwaltungsprozeßrecht (einschließlich des Verwaltungsverfahrensrechts)[1] eine Sonderstellung ein: Es entbehrt der Begleitung durch eine zusammenfassende Kodifizierung des zugehörigen materiellen Rechts. Dasselbe gilt für den kantonalen Bereich (vgl. den Anhang) wie auch für das deutschsprachige Ausland[2]. Der Bundesrat hat ausdrücklich die Einbeziehung materiell-rechtlicher Problemkreise in seine prozedurale Gesetzgebung abgelehnt: «Un-

* Zu großem Dank für vielfältige Hilfe bin ich meinen Assistenten, Herrn lic. iur. L. SCHAUB und Herrn lic. iur. M. METZ, verpflichtet.

[1] BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 16. Dezember 1943, SR 173.110, Art. 97ff. (neugefaßt durch Änderungsgesetz vom 20. Dezember 1968); BG über das Verwaltungsverfahren, vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

[2] Vgl. den Entwurf zu einem Verwaltungsverfahrensgesetz der Bundesrepublik Deutschland, vom 18. Juli 1973; ferner die Bundes-Verwaltungsgerichtsordnung, vom 21. Januar 1960, und das Landesverwaltungsgesetz des Landes Schleswig-Holstein, vom 18. April 1967. – Vgl. überdies die Verwaltungsverfahrensgesetzgebung Österreichs, vor allem das (1950 wiederverlautbarte) allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz. – Zur Problematik einer Kodifizierung des materiellen Verwaltungsrechts vgl. vor allem die Beiträge zur öffentlich-rechtlichen Abteilung des 43. Deutschen Juristentages.

ser Entwurf beruht auf dem Prinzip der Trennung zwischen dem materiellen und dem Verfahrensrecht. Auch konnexe Materien werden nicht einbezogen, beispielsweise die Nichtigkeit und die sogenannte materielle Rechtskraft der Verfügungen. Noch zum Verfahrensrecht gehören der Begriff der Verfügung... und die Revision der Beschwerdeentscheide...»[3] Freilich hat das schweizerische Bundesgericht (schon vor dem Jahre 1968) Lösungen für die wichtigsten Allgemein-Probleme des materiellen Verwaltungsrechts entwickelt (wie etwa für die Qualifikation der Fehlerhaftigkeit von Verfügungen, für die Frage der Widerruflichkeit, für die Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten der Nutzung öffentlicher Sachen usw.). Aber es ist das Problem mangelnder Kodifizierung des materiellen Verwaltungsrechts damit doch nicht erledigt; es ist ja nicht der Beruf des Richters, ein ganzes Rechtsgebiet, oder auch nur dessen Hauptprobleme, «generell-abstrakt» zu regeln.

Indessen: Ist es überhaupt logisch möglich und von den Ergebnissen her sinnvoll, prozedurales Verwaltungsrecht isoliert zu normieren? Muß der Gesetzgeber nicht auch materiell-rechtliche Fragen mitregeln, sei es ausdrücklich oder implizit (durch Voraussetzung bestimmter Antworten auf materiell-rechtliche Fragen)? Hat überhaupt die Unterscheidung zwischen materiellem und prozeduralem Verwaltungsrecht einen theoretischen und praktischen Erkenntniswert? Auf welches Telos hin, und entsprechend: nach welchen Kriterien, kann und soll unterschieden werden? Ist die Unterscheidung nicht vielleicht künstlich, unreflektiert überliefert, Ballast[4]?

Das Verhältnis von prozeduralem und materiellem Verwaltungsrecht wird in der (deutschen) Literatur diskutiert, wenn auch kaum hinreichend umfassend und konsequent[5]. Im Zentrum der Dis-

[3] So die bundesrätliche Botschaft zum Verwaltungsverfahren, vom 24.9.1965, BBl 1965 II, S. 1348ff., 1353. Vgl. RETO SUHR, Möglichkeiten und Grenzen der Kodifizierung des allg. Teils des schweiz. Verwaltungsrechts, Zürich 1974, S. 43f., 94ff.

[4] Ein verfassungsrechtlicher «Aufhänger» für die Unterscheidung wie derjenige von Art. 84/85 des Bonner Grundgesetzes fehlt dem schweizerischen Recht.

[5] Vgl. das Gutachten von HANS SPANNER und die Beiträge von KLAUS VON DER GROEBEN und WERNER WEBER zum 43. Deutschen Juristentag, 1960, I, S. 16ff.,

kussion steht der *Verwaltungsakt;* er gilt als Scharnier zwischen den beiden Disziplinen. In Wirklichkeit greifen diese an einer ganzen Reihe von Stellen ineinander: So ist es etwa künstlich, zwischen dem Widerrufs- und dem Wiedererwägungsproblem eine kategoriale Trennlinie zu ziehen, denn Wiedererwägbarkeit und Widerrufbarkeit bedingen einander wechselseitig[6]. In ähnlicher Weise ist die Frage der Rechtsgültigkeit von Verwaltungshandlungen Gegenstand des materiellen Verwaltungsrechts, zugleich aber Anknüpfungspunkt für Verfahrensregeln. – Neuerdings wird der Verwaltungsrechtswissenschaft ganz allgemein eine *Degenerierung zur «Verwaltungsgerichtswissenschaft»* vorgeworfen, eine ungebührliche Voranstellung der verfahrensrechtlichen Fragen, eine einseitige Betrachtung der verschiedensten Verwaltungsrechtsprobleme aus prozeduraler Sicht – unter anderm und besonders des Problems einer Systematisierung der administrativen Handlungsformen[7]. Dabei wird aber oft übersehen, daß vielfach nicht die Wissenschaft die unmittelbare Schuld hieran trägt, sondern die *Gesetzgebung,* welche sich auf das Setzen von Verfahrensnormen beschränkt und damit Wissenschaft und Praxis zur permanenten Orientierung am Prozeduralen zwingt, welche aber zugleich Fragen des materiellen Verwaltungsrechts in einer punktuellen, verkürzenden, antiquierten Weise (implicite) mitlöst, so daß die Wissenschaft in ihrem – vielleicht noch vorhandenen – Streben nach vertiefter Erörterung des materiellen Verwaltungsrechts entmutigt wird. Aber letztlich fällt der Vorwurf doch auch wieder auf die *Wissenschaft* zurück: Sie hat es bisher eben weithin unterlassen, das Verhältnis von prozeduralem und materiellem Verwaltungsrecht mit hinlänglicher Gründlichkeit zu durchdenken und so auch dem Gesetzgeber zu zeigen, in welcher Weise er sinnvoll das materielle Verwaltungsrecht zum Gegenstand seines bewußten Inter-

II S.D 32, 44ff.; ferner KARL AUGUST BETTERMANN, Das Verwaltungsverfahren, VVdStRL, H. 17, Berlin 1959, S. 120ff.

[6] Vgl. hiezu etwa BETTERMANN, a.a.O., S. 141/42, und hinten Ziff. 4.

[7] Vgl. etwa WINFRIED BROHM, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVdStRL, H. 30, Berlin/New York 1972, S. 245ff., 253ff.; PETER KRAUSE, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 229, Berlin 1974, passim.

esses machen kann. Mit der schlichten Bemerkung, das materielle Verwaltungsrecht oder wenigstens einzelne Problembereiche «eigneten» sich nicht für eine generell-abstrakte Regelung, ist diese Aufgabe jedenfalls nicht erfüllt!

Die geschilderte Säumnis der Wissenschaft ist Beleg für einen weitreichenden Mangel an *dogmatischer Durchdringung des heutigen Verwaltungsrechts* überhaupt. Verschiedentlich wurde in letzter Zeit darauf hingewiesen, aber unterschiedlich fielen die Vorschläge aus, in welcher Richtung die Verwaltungsrechtsdogmatik vorzutreiben sei[8]. Auffallend ist ihre häufig zu beobachtende Eindimensionalität; dies gilt auch für die in vielem treffenden Überlegungen PETER KRAUSES zu einem «offenen» System administrativer Handlungsformen[9]. Es ist (was hier nur signalisiert werden kann) die Aufgabe eines umfassenden, systematisch-dogmatischen Durchdenkens erst gestellt. Vielversprechend erscheint ein Ansatz OTTO BACHOFS[10], nämlich der Hinweis, «daß der Verwaltungsakt eine Momentaufnahme innerhalb sich entwickelnder Beziehungen darstellt; daß er ein *Rechtsverhältnis* begründet, verändert oder beendet, und daß dieses Rechtsverhältnis für eine materiell-rechtliche Betrachtungsweise viel wichtiger und interessanter ist als der Verwaltungsakt – zumal es ja zahlreiche Verwaltungsrechtsverhältnisse gibt, die auf ganz andere Weise begründet, verändert oder beendet werden als durch Verwaltungsakte». Hinzu wird das Bestreben kommen müssen, die verschiedenen Zentralprobleme des Verwaltungsrechts in ihrer Interdependenz zu erkennen und sie in konsequenter Unterstellung unter die (wenigen) einschlägigen Ver-

[8] Vgl. die Übersicht, welche OTTO BACHOF seinem Referat über die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung vorangestellt hat (VVdStRL, H. 30, Berlin/New York 1972, S. 193ff., 200ff.).

[9] Vgl. auch den in gleicher Richtung zielenden Versuch von WERNER THIEME, Zur Systematik verwaltungsrechtlicher Handlungsformen, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966, S. 157ff. Eindimensional ist in gewissem Sinne auch das – brillant vorgetragene – Postulat PETER BADURAS, es sei «die Theorie der Verwaltung auf der Basis der nicht weiter auflösbaren Verwaltungszwecke der Gefahrenabwehr, Abgabenerhebung, Leistung und Lenkung (zu) entwickeln» (Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat, H. 328, Tübingen 1966, S. 22).

[10] a.a.O. (Anm. 8), S. 231.

fassungsprinzipien zu lösen. Von daher wird es möglich sein, die Rückstände der Begriffsjurisprudenz, welche sich im Verwaltungsrecht so hartnäckig festgesetzt haben (etwa in der Gegenüberstellung von öffentlichem und privatem Recht, von Verfügung und Vertrag, von einseitig und zweiseitig verbindlichen Staatsakten, von Konzession und Bewilligung, in der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, in der Lehre von den drei Arten der Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch, in der Lehre von den drei Arten öffentlicher Abgaben), zu beseitigen, damit dogmatischen Ballast abzuwerfen und das System verwaltungsrechtlicher Dogmatik transparent und kohärent zu gestalten.

Solches Bemühen wird unweigerlich zur allgemeineren Frage nach *Sinn und Funktion verwaltungsrechtlicher Dogmatik* führen. Auch diese Frage ist – was nach dem Gesagten nicht erstaunt – noch nicht hinreichend umfassend und tiefgreifend gestellt, ungleich weniger intensiv jedenfalls als für den zivilrechtlichen Bereich; auch die vor kurzem ausgelöste Grundsatzdiskussion über Sinn und Funktion der Rechtsdogmatik überhaupt ist bis jetzt vor allem von Zivilrechtlern bestritten worden[11]. Zu wenig geklärt erscheint vor allem – auch in dieser allgemeinen Diskussion – das Verhältnis von Dogmatik und Gesetz; vorschnell wird oft die Autorität, in welcher dogmatisches Denken seinen Ausgangspunkt

[11] Vgl. etwa JOSEF ESSER, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP, Bd. 172, 1972, S. 97ff.; SPIROS SIMITIS, Die Bedeutung von System und Dogmatik – dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, AcP, Bd. 172, 1972, S. 131ff. (beides Referate an der Badener Tagung der Vereinigung der Zivilrechtslehrer); ULRICH MEYER-CORDING, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Recht und Staat, H. 428/29, Tübingen 1973; THEODOR VIEHWEG, Ideologie und Rechtsdogmatik, in: Ideologie und Recht, hg. von Werner Maihofer, Frankfurt a.M. 1969, S. 83ff.; FRANZ WIEACKER, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Hermeneutik und Dialektik, Festschrift für Hans-Georg Gadamer, Tübingen 1970, II, S. 311ff.; HANS DÖLLE, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, Rabels Zeitschrift, Bd. 34, 1970, S. 403ff.; KONRAD ZWEIGERT, Rechtsvergleichung, System, Dogmatik, in: Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969, S. 443ff.; neuerdings findet sich die Diskussion zusammengefaßt von GERHARD STRUCK, Dogmatische Diskussion über Dogmatik, JZ 1975, S. 84ff. Vgl. aber auch NIKLAUS LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart usw. 1974. Für das Verwaltungsrecht besonders bedeutsam: WINFRIED BROHM, a.a.O. (Anm. 7), S. 246ff.

nimmt und die es nicht hinterfragt[12], im Gesetz gesehen[13]; damit wird einerseits der Dualismus von Gesetz und Verfassung verdeckt, andrerseits übersehen, daß zwischen Gesetz und Dogmatik nicht eine Einweg-, sondern eine Wechselbeziehung besteht, daß sich auch der Gesetzgeber notwendig von der Dogmatik beeinflussen läßt[14]. Solche Problemverkürzung wirkt sich für die Fortentwicklung des Verwaltungsrechts notwendig verhängnisvoll aus.

Im folgenden soll lediglich eine Vorarbeit auf solche Grundsatzbesinnung hin geleistet werden: Ich will untersuchen, an welchen Stellen und in welcher Weise *die eidgenössischen Verwaltungsverfahrens- und -prozeßgesetze und die hiezu ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts Fragen des materiellen Rechts beantworten* – sei es «bewußt» oder «unbewußt», an zentraler Stelle oder beiläufig. Es wird sich zeigen, daß die Stellen überraschend zahlreich sind, ja daß kaum ein Grundproblem des materiellen Verwaltungsrechts zu nennen ist, welches von der prozeduralen Gesetzgebung und von der konkretisierenden Rechtsprechung nicht berührt wurde. Ferner wird sich fragen, ob jene Regelungen sachgerecht und kohärent sind, oder ob sie bewirken, «daß die Handlungsformen als Institute des Verwaltungsrechts und Verwaltungsverfahrensrechts, die Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung sind, in das Prokrustesbett eines erstarrten Prozeßrechts geworfen und bald gezerrt, bald zurechtgehauen werden, «um den optimalen Rechtsschutz zu ermöglichen», statt «daß sich das Prozeßrecht elastisch dem Recht, das es zu schützen behauptet, anpaßt, indem es sich auf seine dienende Aufgabe besinnt»[15]; mehr als eine vorläufige Auseinandersetzung mit dieser Frage ist freilich von den folgenden Seiten nicht zu erwarten. Nur streifen kann

[12] Vgl. hiezu etwa ESSER, a.a.O. (Anm. 11), S. 97; VIEHWEG, a.a.O. (Anm. 11), S. 85; LUHMANN, a.a.O. (Anm. 11), S. 15.

[13] So etwa SIMITIS, a.a.o. (Anm. 11), S. 132; im zivilrechtlichen Bereich ist diese «Verkürzung» begreiflich, im verwaltungsrechtlichen jedoch – Verwaltungsrecht ist «konkretisiertes Verfassungsrecht» (FRITZ WERNER) – gefährlich.

[14] Ähnlich wie sich der Verfassungsgeber vom Gesetzesrecht mitbestimmen läßt; vgl. hiezu WALTER LEISNER, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Tübingen 1964.

[15] KRAUSE, a.a.O. (Anm. 7), S. 106.

ich ferner das Problem, ob nicht auch Antworten des Bundesgesetzgebers auf eigentlich prozedurale Fragen unter der unfruchtbaren Bindung an gewisse tradierte Kategorien der Verwaltungsrechtsdogmatik leiden. – Die (positivierten) verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe und die allgemeinen (positivrechtlichen) Regeln über das Verwaltungsverfahren sollen so in ihrer Verflechtung mit dem Gesamtbereich des Verwaltungsrechts aufgewiesen werden. Damit will die Arbeit auch und ganz besonders *Hinweise für die anstehende Gesetzgebung* in den (noch nicht mit Verwaltungsrechtspflegegesetzen bestückten) Kantonen und – vielleicht später wieder – im Bund vermitteln.

1. Die Verfügung

1.1. Die Verfügung erscheint als Zentralbegriff der neuen eidgenössischen Verwaltungs-Verfahrens- und -Prozeßgesetzgebung: Ihre (angestrebte oder verwirklichte) Existenz ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 1 Abs. 1 VwG) und überdies für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht (Art. 97 Abs. 1 OG). Der Gesetzgeber hat den Begriff der Verfügung im Jahre 1968 erstmals für das eidgenössische Recht definiert (Art. 5 VwG) und sich dabei augenscheinlich um Vollständigkeit und Exaktheit bemüht; er wollte so den Rechtsfindungsprozeß in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit an entscheidender Stelle entlasten[16]. Es wird freilich zu fragen sein, ob ihm dies auch wirklich gelungen ist.

In ähnlicher Weise ist nach dem Entwurf zu einem *deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz* der Verwaltungsakt (neben dem öffentlich-rechtlichen Vertrag!) konstituierendes Element des Verwaltungsverfahrens-Begriffes und damit Bedingung für die Anwendbarkeit wenigstens großer Teile des Gesetzes[17]. Im Unterschied hiezu normiert die *österreichische Verwaltungsverfahrens-Gesetzgebung* den Be-

[16] Vgl. zur Entlastungsfunktion dogmatischer Festlegungen im Verwaltungsrecht vor allem BROHM, a.a.O. (Anm. 7), S. 247.

[17] Das Allgemeine Verwaltungsgesetz des Bundeslandes Schleswig-Holstein, vom 18. April 1967, regelt das Verwaltungshandeln durch Verordnung, Satzung, Verwaltungsakt und (öffentlich-rechtlichen) Vertrag.

scheid nur in einzelnen Abschnitten[18]. Die *schweizerischen Kantone*, welche das Verwaltungsverfahren geregelt haben (siehe Anhang), stellen die Verfügung fast durchwegs nicht mit gleicher Augenscheinlichkeit ins Zentrum ihrer Gesetzgebung[19], lassen aber keine Zweifel zu, daß sie das zum Erlaß von Verfügungen oder Entscheiden führende Verfahren regeln wollen; einzelne Bestimmungen erscheinen immerhin nicht notwendig an diesem Ziel orientiert, so etwa die Ermächtigung der Bürger, Eingaben zu machen[20]; überdies bieten die meisten Verwaltungsrechtspflegeerlasse auch die verwaltungsrechtliche Klage an (etwa zur Verfolgung von Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen), ausnahmsweise sogar den Rekurs gegen generell-abstrakte Erlasse[21]. Schließlich ist zu erwähnen, daß nicht alle einschlägigen kantonalen Erlasse den Begriff der Verfügung überhaupt verwenden[22].

Der vorstehende kurze Überblick zeigt, daß der Begriff der Verfügung – innerhalb des deutschen Sprachbereichs – nirgends so manifest zentrales Eingangstor zum prozeduralen Verwaltungsrecht ist wie im Bund.

1.2. Der Verfügungsbegriff des Art. 5 VwG ist durch *sechs Parameter* bestimmt: Rechtsverbindlichkeit, Einseitigkeit (Hoheitlichkeit), Ausrichtung auf einen Einzelfall, Abstützung auf öffentliches

[18] So im III. und im IV. Teil des AVG und in Einzelbestimmungen der übrigen Verwaltungsverfahrens-Gesetzgebung. Vgl. hiezu JOSEF KIMMEL, Österreichisches Verwaltungsverfahrensrecht, Wien 1961, S. 42ff.; GÜNTHER WINKLER, Der Bescheid, Wien 1956, S. 15ff.

[19] Eine Ausnahme macht etwa der Kanton Tessin, welcher den Anwendungsbereich der legge di procedura per le cause amministrative wie folgt umschreibt (Art. 1 Abs. 1):

«La presente legge si applica ai procedimenti di diritto amministrativo definibili mediante decisione di Autorità cantonali, comunali, patriziali, parrochiali et di altri enti pubblici analoghi.»

Vgl. auch § 4 und 7 des Luzerner Verwaltungsrechtspflegegesetzes.

[20] Vgl. etwa § 52 des Basellandschaftlichen Gesetzes über die Organisation der Staats- und Bezirksverwaltung.

[21] So das Aargauische (§§ 68ff.), das Luzernische (§§ 188ff.) und das Schaffhauser Verwaltungsrechtspflegegesetz (Art. 51ff.), ferner die Bündner Verordnung über das Verfahren..., Art. 3ff.

[22] So ist vereinzelt von «Anordnungen» die Rede (vgl. das Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetz, § 19 Abs. 1, § 29 Abs. 1 usw.). Definitionen der Verfügung finden sich in den Verwaltungsrechtspflegeerlassen der Kantone Solothurn (§ 20), Luzern (§ 4), Schwyz (§ 6), weitgehend übereinstimmend mit Art. 5 VwG.

Recht, Abstützung auf Bundesrecht, bestimmte inhaltliche Gestaltung[23].

Ausdrücklich werden bestimmte Kategorien von «Anordnungen» wie Vollstreckungsverfügungen, Zwischenverfügungen, Einspracheentscheidungen, Beschwerdeentscheide, Revisionsentscheide und – für den Anfechtungsprozeß vor Bundesgericht – auch die Verweigerung oder Verzögerung von Verfügungen in die Legaldefinition eingeschlossen, behördliche Erklärungen «über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind», dagegen ausgeklammert (Art. 5 Abs. 2/3 VwG, Art. 97 Abs. 2 OG).

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesrates zu VwG und Art. 97ff. OG hat allerdings gezeigt, daß der Gesetzgeber das Ziel einer Entlastung des Rechtsfindungsprozesses mit dem geschilderten Bemühen um terminologische Exaktheit nur teilweise erreicht hat. Beinahe sämtliche Parameter bereiten der Rechtsprechung und der Verwaltung Mühe: so vor allem die Frage, ob sich eine Verfügung auf öffentliches Recht des Bundes stütze[24], aber auch die Voraussetzung des «Einzelfalls»[25]; für die übrigen

[23] Ähnlich der deutsche Entwurf § 31; vgl. hiezu die Kritik von KRAUSE, a.a.O. (Anm. 7), S. 119ff.

[24] Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht hat hier, wie gerade aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 6 ZGB/64 BV und zu Art. 41ff. OG zu erwarten war, große Schwierigkeiten bereitet. Das Bundesgericht verwendet nebeneinander die Interessen-, die Subjektions-, die Funktionstheorie, meist ohne eingehende dogmatische Erwägungen, und geht in neuester Zeit immer mehr dazu über, apodiktisch diese Norm als öffentlich-rechtlich, jene als privat-rechtlich zu qualifizieren (vgl. etwa BGE 99 Ib 120; 100 Ib 114f.; zum ganzen ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 46ff.). Vgl. neuerdings die sehr willkommene Übersicht von CHRISTIAN-FRIEDRICH MENGER, Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, München 1973, S. 149ff.; auch etwa BROHM, a.a.O. (Anm. 7), S. 263ff. Mühe bereitet ferner die Frage, ob eine Verfügung, welche auf kantonales *und* (ausgesprochen oder implicite) auf Bundesrecht abgestützt wird (z. B. auf kantonale Ausführungserlasse oder auf kantonale Gesetze, welche eidgenössische Rahmenerlasse ausfüllen), den Anforderungen des Art. 5 VwG genügt; vgl. hiezu AUGUSTIN MACHERET, La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, Revue de droit administratif et de droit fiscal, Bd. 30, 1974, S. 1ff., 11ff.

[25] Dieses Problem stellt sich vor allem im Zusammenhang mit Planungsakten, mit der Genehmigung von Erlassen, mit Typenprüfungen (vgl. hiezu BGE 100 Ib

Parameter sind vergleichbare Schwierigkeiten abzusehen[26]. Die Genauigkeit der Definition scheint sich als Scheingenauigkeit zu erweisen.

Vor allem ist in Art. 5 VwG die Frage nicht gelöst, ob *gewisse Kategorien von Verwaltungshandlungen, deren Einordnung in das herkömmliche Normensystem Mühe bereitet,* den Regeln über das Verwaltungsverfahren und über die Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstehen sollen: so Pläne, Akte mit vertraglichen Elementen, innerdienstliche Weisungen mit «Außeneffekten», Einzelanordnungen mit Kollektivwirkungen. Verwaltung und Richter müssen durch Rückbesinnung auf die Leitideen der Gesetzgebung die Versäumnisse des Art. 5 VwG korrigieren. Allerdings ist Art. 5 VwG a principio in systematischem Zusammenhang mit Art. 99ff. OG zu deuten. Die beiden Gesetze sind gerade in der Rechtsfigur der Verfügung so eng miteinander verknüpft, daß die einschlägigen Bestimmungen des OG als (bewußte oder unbewußte) Konkretisierungen des Art. 5 VwG zu qualifizieren sind. So enthält der in Art. 99ff. OG statuierte – unnötig umfangreiche! – Katalog der Ausnahmen von der verwaltungsgerichtlichen Generalkompetenz (Art. 97 Abs. 1 OG) eine Reihe von Bestimmungen, welche die

222ff.), mit (polizeilichen) Allgemeinverfügungen (vgl. BGE 98 IV 266, 99 IV 166; 99 I b 54, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1975, Nr. 32), mit Tarifen (vgl. BGE 100 I b 330, 100 V 3), theoretisch auch mit der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (vgl. auch Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1973, Nr. 4, wo der Bundesrat die Einreihung eines Orts in eine beamtenrechtliche Zuschlagstufe nicht als Verfügung qualifizierte, weil die Zahl der «Adressaten» unbestimmt sei). Vgl. hiezu neuerdings BROHM, a.a.O. (Anm. 7), S. 282; FRITZ GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl., Bern 1974, S. 98ff.; MANFRED ABELEIN, Die Abgrenzung Verwaltungsakt – Verordnung, in: Recht und Staat, Festschrift für G. Küchenhoff, II, Berlin 1972, S. 419ff.; ALBERT VON MUTIUS, Rechtsnorm und Verwaltungsakt, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts (oben Anm. 24), S. 167ff., etwa 174ff., 201ff.

[26] So ist etwa unklar, ob das Bundesgericht innerdienstliche Weisungen mit «Außenwirkung» als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwG anerkennt (vgl. hiezu den leading case BGE 98 I a 508ff., zur Anfechtbarkeit von Verwaltungsverordnungen mit staatsrechtlicher Beschwerde); überdies ist die Aufzählung möglicher Inhalte von Verfügungen in Abs. 1 nicht so vollzählig, wie es der Gesetzgeber offenbar anstrebte. Vgl. zur Interpretation von Art. 5 VwG im einzelnen GYGI, a.a.O. (Anm. 25), S. 95ff.; MACHERET, a.a.O. (Anm. 24), S. 8ff.

Diskussion über die rechtliche Qualifizierung jener umstrittenen Handlungskategorien für das Bundesrecht autoritativ beenden: Verschiedene Typen von «Zwischenakten» zwischen Verfügung und Vertrag werden (weitgehend) eindeutig als Verfügung bezeichnet (s. dazu hinten Ziff. 2), ebenso die Genehmigung von Erlassen und die Festsetzung von Plänen (der Passus «Verfügungen über Pläne», Art. 99 lit. c OG, ist freilich ungenau, s. dazu hinten Ziff. 3).

Diese Konkretisierungen des OG ändern aber nichts daran, daß sich der Gesetzgeber seit Erlaß des VwG in einem Dilemma befindet: Wenn er es nämlich für angebracht hält, neue Normenkategorien einzuführen, so kann er für die Lösung des Rechtsschutzproblems zwei Wege einschlagen: Er kann entweder von speziellen Regeln absehen und ausdrücklich oder stillschweigend das VwG und das OG (Art. 97ff.) für anwendbar erklären; damit überläßt er das Problem, wie die neue Kategorie in das System des Art. 5 VwG einzuordnen sei, eben der Rechtsanwendung im Einzelfall – und verfehlt damit letztlich seine Aufgabe; er ist nicht legitimiert, die Lösung eines essentiell rechtlichen, durchaus allgemeinen und regelmäßig grundsätzlichen Problems solchermaßen abzuschieben, ebensowenig wie er nach überzeugender neuer Bundesgerichtspraxis seine legislatorischen Aufgaben vollständig an Rechtssetzungsinstanzen niedrigerer Stufe delegieren darf[27]. Die andere Möglichkeit besteht darin, den Rechtsweg zur Anfechtung neuartiger Akte spezifisch festzulegen oder solche Akte ausdrücklich als «Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwG» (oder etwa als «Verträge» im Sinne von Art. 116 OG) zu qualifizieren.

Im Bundesgesetz über die Raumplanung, vom 4. Oktober 1974 (BBl 1974 II, S. 816ff.) beschreitet der Gesetzgeber beide Wege zugleich. Für das kantonale Recht schreibt er die Möglichkeit der Einsprache und der Beschwerde gegen Nutzungspläne vor (Art. 59 Abs. 2), während er für den eidg. Bereich «die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege» anruft (Art. 60) und Nutzungspläne spezifisch der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterstellt (Art. 70). Damit bleibt aber etwa die Frage offen, ob den «Sachplänen» des Bundes (Art. 23) die von Art. 5 VwG geforderte Rechtsverbindlichkeit und damit auch die Anfechtbarkeit

[27] Hiezu BGE 97 I 346ff.; 98 Ia 109, 592; 99 Ia 542ff.; 100 Ia 66ff., 161f.; zum Verhältnis von Delegation und Interpretation THOMAS FLEINER, Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Fribourg 1972, S. 49ff.

(mittels Beschwerde an Departement und Bundesrat) zukommt; ebenso läßt der Gesetzgeber unklar, ob auch kantonale Richtpläne anfechtbar sein sollen oder dürfen[28]. Das neu erlassene eidg. Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (vom 4. Oktober 1974, AS 1975, S. 498ff.) läßt den Rechtsschutz sich «nach den allgemeinen Bestimmungen über die Rechtspflege» richten (Art. 59 Abs. 1), bezeichnet freilich gewisse Rechtsverhältnisse zwischen Bund und Privaten ausdrücklich als öffentlich-rechtliche Verträge (Art. 56 Abs. 2; Art. 57 Abs. 3) und unterstellt sie entsprechend – ebenfalls ausdrücklich – der verwaltungsrechtlichen Klage (Art. 59 Abs. 2). Damit sind jedoch keineswegs alle Probleme der Integrierung in die Ordnung des VwG und des OG gelöst: Sind etwa Beschlüsse betreffend die Einleitung von Umlegungen überbauter oder nicht überbauter Grundstücke als Verfügungen i.S. von Art. 5 VwG zu qualifizieren – vor allem, wenn sie von der Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer gefaßt werden? (Art. 8 Abs. 1; vgl. aber Art. 11 Abs. 1.)

Art. 5 kann, wie diese Beispiele zeigen, den Gesetzgeber der Illusion verfallen lassen, es sei mit dem Verweis auf VwG und OG die Frage des Rechtsschutzes auch gegenüber neuartigen Verwaltungshandlungen gelöst. Die vermeintliche All-Exaktheit der Definition von Art. 5 VwG mag ihm den Elan nehmen, den Rechtsschutz spezifisch zu normieren, sei es auch nur durch ausdrückliche Subsumierung solcher Handlungen unter diese oder jene Bestimmung des VwG oder des OG.

Wenn sich aber der Gesetzgeber dieser Problematik bewußt ist und für neuartige Handlungen spezifische Rechtspflegebestimmungen erläßt, entsteht der Schönheitsfehler, daß die allgemeine Gesetzgebung über Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß wiederum auf eine Partialordnung reduziert wird; der Unübersichtlichkeit des prozeduralen Verwaltungsrechts entgegenzuwirken war aber gerade ein wichtiges und richtiges Ziel der Gesetzgebung von 1968.

1.3. In der neuesten Verwaltungsrechtslehre wird mit Recht verlangt, es sei die Rechtsfigur des Verwaltungsakts aus seiner Verkümmerung zur «objektiven Beschwerdevoraussetzung» zu lösen und wiederum als *Gegenstand des materiellen Verwaltungsrechts* zu beleben; und es sei Aufgabe der Wissenschaft zu zeigen, welche Rechtsformen auch unter andern als prozessualen Gesichtspunk-

[28] Zur Problematik des Rechtsschutzes nach Raumplanungsgesetz vgl. ALFRED KUTTLER, Vom Bauplanungsrecht zum Raumordnungsrecht, WuR 1974, S. 145ff., 152ff.

ten für neuartige Verwaltungshandlungen zu wählen seien, welche ihrerseits von neuartigen Verwaltungsaufgaben gefordert werden. Welches sind aber diese andern Gesichtspunkte?

WINFRIED BROHM rügt die individualisierende Sicht der herkömmlichen Verwaltungsrechtsdogmatik, den punktuellen Charakter des «rocher de bronze» dieser Dogmatik, als welcher der Verwaltungsakt immer wieder dargestellt wird. Damit ist zunächst die Frage gestellt, ob dem individuell-konkreten Verwaltungsakt auch künftig materiell-rechtliche Bedeutung, und das heißt: eine hinreichend substantielle materielle Funktion zuzuerkennen sei – aber die Frage stellen heißt auch sogleich, sie mit Selbstverständlichkeit zu bejahen: Gewiß bedarf auch eine Verwaltung, welche das Schwergewicht ihrer Tätigkeit immer mehr auf Gestaltung und Leistung legt, in den vielfältigsten Ressorts des Rechtsaktes, der für den unmittelbar betroffenen Bürger (wie auch für Verwaltung und eventuell Gerichte) eindeutig und verbindlich festlegt, was für ihn rechtens ist; *die Rechtsklarheits- und Rechtssicherheitsfunktion,* welche dem Verwaltungsakt seit seiner wissenschaftlichen «Entdeckung» und schon länger eigen sind, wird immer zentral und unverzichtbar sein. Dasselbe gilt für die zweite materielle Funktion des Verwaltungsakts: nicht irgend einen, sondern *einen «gesetz- und rechtmäßigen» Zustand der Rechtssicherheit zu schaffen,* d.h. die übergeordneten Rechtsnormen irgend einer Stufe zu konkretisieren und so zur Wirkung zu bringen, gleichzeitig damit auch Rechtsgleichheit zu gewährleisten[29]. Freilich ist offenkundig, daß der (konkret-individuelle) Verwaltungsakt keineswegs die einzige Verwaltungshandlung ist, welche diese Funktionen zu erfüllen vermag; ja es gehen vielfach von andern Handlungen weitertragende und tiefergreifende Wirkungen für einen oder viele Bürger aus[30]. Auch diese andern Kategorien sind funktionsadäquat zu

[29] Vgl. zu den materiellen Funktionen des Verwaltungsakts KRAUSE, a.a.O. (Anm. 7), S. 144ff., 155ff., 189ff.; BACHOF, a.a.O. (Anm. 8), S. 232f.; WILHELM HENKE/WOLFGANG RÜFNER, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVdStRL, H. 28, Berlin/New York 1970, S. 156ff., 204ff.; KLAUS VOGEL, ebenda, S. 269f.; AXEL GÖRLITZ, Politische Funktionen der Lehre vom Verwaltungsakt, Politische Vierteljahreschrift 1971, S. 71ff., 84.

[30] Vgl. BROHM, a.a.O. (Anm. 7), etwa S. 258ff.

«verfassen»: «Das Recht darf die Handlungen der Verwaltung nicht als vorgegebene quasinatürliche Vorgänge hinnehmen und sie erst dann Handlungsformen zuordnen, nachdem sie vorgenommen wurden; es hat sie als Tätigkeit mit spezifischer Funktion in den Griff zu nehmen und durch Formen und Verfahren zu disziplinieren. Es gilt nicht erst soziale Schäden durch Verwaltungshandeln, das fehlgeht, auszugleichen oder seine Mängel zu sanktionieren, sondern die Stiftung sozialen Nutzens durch es zu sichern.»[31] Und rechtliche «Disziplinierung» heißt vor allem: *lükkenlose Einordnung in die Verfassungsordnung* und *Sicherung der Wirkungschancen* durch optimale Abstimmung von Handlungsinhalt und Handlungsform, besonders durch adäquate Regelung von Voraussetzungen und Rechtswirkungen des Akts; es heißt aber auch: adäquate Regelung des Verfahrens und besonders des Rechtsschutzes vor und nach dem Erlaß eines Aktes. Die prozeduralen Probleme dürfen also auch in der von BROHM, KRAUSE und andern geforderten neuen Optik nicht ausgeklammert werden, Verwaltungshandlungen sind immer auch (müssen immer auch sein, vgl. Art. 19 Abs. 4 GG!) Anknüpfungspunkt für Beschwerden und Klagen; aber der Rechtsschutz-Gesichtspunkt ist doch stets nur einer unter mehreren, ja nicht einmal der primäre.

Gefordert ist somit, daß sich Verwaltungsrechtsdogmatik und Gesetzgebung der rechtlichen «Verfassung» neuer Handlungskategorien aus verschiedenen Blickwinkeln zuwenden, d.h. zunächst: daß sie sich der sachlichen (durch Verfassungs- und Gesetzesaufträge ausgelösten) Notwendigkeit neuer Handlungskategorien bewußt werden, und zuletzt: daß sie sie einem hinreichenden Rechtsschutz erschließen und damit auch in einen systematischen Zusammenhang zum tradierten Rechtsschutzsystem bringen. Diesem Anliegen steht Art. 5 VwG im Wege. Er ist geeignet, ein «offenes Handlungssystem» zu vereiteln, er droht die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers allzusehr von jenen Primäraufgaben abzulenken. Dann kann es geschehen, daß auch die Rechtsschutzregelung inadäquat ausfällt[32].

[31] KRAUSE, a.a.O. (Anm. 7), S. 16.

[32] Was etwa zuträfe, wenn das Bundesgericht (oder der Bundesrat) auch die vor-

1.4. Die Parameter, nach denen die Verfügung in Art. 5 VwG bestimmt ist, entsprechen im großen und ganzen den Lehren traditioneller Verwaltungsrechtsdogmatik. Es verdient aber alle Aufmerksamkeit, daß der Gesetzgeber mit jener Umschreibung eine Reihe tradierter juristischer Kategorien fixiert hat, deren rechtliche Ausstrahlung weit über den verwaltungsprozeduralen Bezirk, geschweige denn über den Funktionsraum der Verfügung hinausreicht – und die heute immer mehr als problematisch erkannt werden.

Das gilt zunächst für die Unterscheidung zwischen *öffentlichem und privatem Recht*. Der Gesetzgeber hat von den literarischen Versuchen, für die expandierende «graue Zone» zwischen dem «eindeutig» öffentlich-rechtlichen und dem «eindeutig» privatrechtlichen Bereich eine adäquate rechtliche Ordnung zu finden[33], offenbar keine Kenntnis genommen. Und doch ist dies unerläßlich, wenn nicht die fingierte Tätigkeit einer Lehrbuchverwaltung, sondern das effektive heutige und künftige Verwaltungshandeln überzeugenden Verfahrensregeln unterworfen werden soll; alle Bestimmungen des positiven eidgenössischen Rechts, welche jene Unterscheidung ausdrücken, sind, wie bemerkt[34], in der Praxis zu ausgesprochenen Problemkindern geworden. Freilich ist die Unterscheidung nun einmal gerade im OG positiviert (Art. 41 ff.); aber die Aufgabe einer Totalrevision des OG, welche unter verschiedenen Gesichtspunkten sinnvoll erschiene, würde in einem zentralen Punkt erleichtert, wenn das Objekt des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsgerichtsbarkeit flexibler umschrieben wäre. Die Gegenüberstellung von öffentlichem und privatem Recht ist nun einmal kontingent, freilich auch nicht einfach vollständig wegzudenken, solange der Privatautonomie ein substantieller Bereich der Rechtsschöpfung zugewiesen bleibt[35]; aber als «Kolli-

frageweise Anfechtung von Richtplänen nach Raumplanungsgesetz ausschlösse; vgl. die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Anfechtung genereller Nationalstraßenprojekte, zuletzt BGE 97 I 580, 99 Ib 206 ff.

[33] Vgl. vor allem MARTIN BULLINGER, Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart usw. 1968; WILHELM HENKE, a.a.O. (Anm. 29), S. 154 ff.

[34] Vgl. vorn Anm. 24.

[35] Vgl. etwa HENKE, a.a.O. (Anm. 29), S. 154 ff.

sionsregel» vermag sie nur scheinbar zu fungieren, sie bedingt ihrerseits die Erarbeitung von Regeln zur Vermeidung der in ihr angelegten Kollisionen[36]. Diese Einsicht ist von der Gesetzgebung zum Teil honoriert worden: So verzichtet etwa das Schweizerische Obligationenrecht darauf, jene Antithese als Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung zwischen verschiedenen Arten staatlicher Haftung zu wählen[37]. Zur Kompetenzausscheidung des Art. 64 BV[38] ist zu sagen, daß sie atypisch ist, d.h. zu den hauptsächlichen Ausscheidungskriterien der Bundesverfassung quer liegt[39], entsprechend zu beträchtlichen Auslegungsschwierigkeiten führt und somit im Hinblick auf eine neue Bundesverfassung gründlich überdacht werden muß. – Diese Zusammenhänge, vor allem die Einsicht in die Kontingenz der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, riskieren durch Art. 5 VwG wiederum verdeckt, mindestens verdunkelt zu werden.

«Versteinert» ist sodann die ebenfalls immer problematischere Unterscheidung zwischen *Verfügung und Vertrag* (Art. 5 VwG/ Art. 97 OG – Art. 116 lit. b usw. OG); daran ändert auch die ausdrückliche Zuweisung verschiedener dogmatisch umstrittener Rechtsakte (im OG oder in Spezialgesetzen) zum Verfügungs- oder zum Vertragsbereich nichts. Zwar erscheinen die prozessualen Konsequenzen der Unterscheidung nicht gravierend:

So erwächst dem Rechtsuchenden kein Rechtsnachteil, wenn er aus Versehen die unrichtige Bundesinstanz belangt oder ein Rechtsmittel ans Bundesgericht

[36] Vgl. hiezu CHRISTIAN PESTALOZZA, Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, DÖV 1974, S. 188 ff.; PETER HÄBERLE, Öffentliches Interesse als Rechtsproblem, Bad Homburg 1970, etwa S. 69, 208 ff.

[37] Art. 61 OR macht es nicht vom öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen, sondern vom gewerblichen oder nichtgewerblichen Charakter der Tätigkeit eines öffentlichen Bediensteten abhängig, ob die Haftungsregeln des OR zwingend oder nur dispositiv, d.h. hinter spezifischen kantonal-rechtlichen Haftungsnormen zur Anwendung kommen. Der für das Staatshaftungsrecht so bedeutsame Entscheid 96 II 337 ff. ist in diesem Punkte unrichtig (siehe S. 343).

[38] Vgl. auch Art. 6 ZGB, ferner den Parallel-«Fall» des Art. 64bis BV.

[39] Vgl. hiezu MAX IMBODEN, Die Ausscheidung der Rechtssetzungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: Mélanges M. Bridel, Lausanne 1968, S. 253 ff.,

falsch bezeichnet; im ersten Fall – etwa wenn irrtümlich verwaltungsrechtliche Klage beim Bundesgericht statt vorgängiger Beschwerdeerhebung bei einer eidgenössischen «Mittelinstanz» (Abteilung, Departement) erhoben wird – muß das Bundesgericht den Fehler ex officio korrigieren (Art. 96 Abs. 1 OG), und im zweiten nimmt das Gericht nach konstanter, begrüßenswerter Praxis das Rechtsmittel unter richtigem Titel an die Hand, sofern die spezifischen Voraussetzungen des richtigen Rechtsmittels erfüllt sind[40]. Und auch die Stellung des Rechtsuchenden im Beschwerdeverfahren differiert in Wirklichkeit weniger von derjenigen im Klagverfahren, als es vor allem nach Art. 120 OG den Anschein macht – wenn auch Unterschiede nicht zu verkennen sind[41]; ähnliches gilt für die Unterschiede in der Bestandskraft zwischen der (vom Bundesgericht im Beschwerdeverfahren bestätigten) Verfügung und dem (auf Klage hin ergangenen) bundesgerichtlichen Urteil.

Verhängnisvoll hat sich aber die Unterscheidung für das primäre Verfahren ausgewirkt: Die Bindung des VwG (wie auch der kantonalen Verfahrensgesetze) an die Verfügung hat dazu geführt, daß das Verfahren zum Abschluß von staatlichen Verträgen überhaupt nicht allgemein geregelt ist.

Dies hat unter anderm zur Konsequenz, daß sich eine Reihe von «Instanzen und Organisationen außerhalb der Bundesverwaltung», die mit Verwaltungsaufgaben des Bundes betraut sind und nach der Absicht des Gesetzgebers dem VwG mitunterstellt sein sollen (Art. 1 Abs. 1 lit. e), u. U. dieser Unterstellung gleichwohl entziehen können mit der Begründung, sie handelten nicht mittels Verfügungen, sondern mittels Verträgen. Damit würde aber das wichtige legislatorische Ziel einer verfahrensrechtlichen Disziplinierung dieser (sehr zahlreichen!) Organisationen vereitelt.

Zu apodiktisch und zu einfach ist die Bemerkung in der bundesrätlichen Botschaft zum VwG[42], das Vertragsverfahren sei «schwer zu normieren, und die Vertragspartei (sei) nicht so sehr auf ein durchnormiertes Verfahren angewiesen wie der Adressat einer Verfügung». Der Entwurf zu einem deutschen Verwaltungsverfahrens-

255; neuerdings Yvo Hangartner, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a. M. 1974, S. 96ff.

40 Vgl. etwa BGE 98 Ib 88.

41 Vgl. hiezu Max Imboden, Die Verwaltungsrechtsprechung in der Schweiz, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 1, Karlsruhe 1963, S. 307ff., 324ff.; A. Kölz, Prozeßmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozeß, Zürich 1973, S. 20ff., 94ff., 142; Markus Metz, Die verwaltungsrechtliche Klage, Diss. Basel (erscheint demnächst).

42 Vom 24. September 1965, BBl 1965 II, S. 1265ff., 1280.

gesetz widmet dem öffentlich-rechtlichen Vertrag immerhin einen ganzen Abschnitt und beantwortet die Fragen der Zulässigkeit, der Nichtigkeit usw. – Auch hier ist also von Lehre und Praxis eine Unterscheidung mitzuschleppen, welche zwar nicht rundweg verfehlt ist, der aber doch jede Absolutheit abzusprechen ist; die vermeintliche Trennungslinie ist in Wirklichkeit wiederum ein Band, eine «graue Zone», in der sich verschiedenartigste «mitwirkungsbedürftige» Verwaltungshandlungen ansiedeln, von der Polizeibewilligung (welche ein Gesuch voraussetzt) über Subventionen, Beamtenanstellungen, Export- und Investitionsrisikoübernahmen, Konzessionen bis hin zu Pflichtlagerverträgen, Steuerabkommen, Rechtsverhältnissen zwischen Privaten und «services publics» usw.[43].

Schroffes Festhalten an der tradierten Antithese Vertrag–Verfügung ist nicht geeignet, den Weg zur funktionsadäquaten rechtlichen Verfassung solcher Akte zu öffnen; es verführt dazu, Vereinbarungen zwischen Staat und Privaten global zu verketzern, während es vielmehr darum geht, die bunte Rechtsfigur des öffentlich-rechtlichen Vertrags nahtlos in die Verfassungsordnung einzugliedern; die moderne Verwaltung kann ihr offenkundig nicht mehr entraten[44].

Entsprechendes gilt für die Ausgrenzung von *«Anordnungen im Einzelfall»*. Wie bereits bemerkt[44a], bleibt damit vor allem die Frage der verfahrens- und prozeßrechtlichen Behandlung von Plä-

[43] Vgl. hiezu neuerdings KRAUSE, a.a.O. (Anm. 7), S. 216ff., 219; JOACHIM SCHMIDT-SALZER, Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag, Verwaltungsarchiv, Bd. 62, 1972, S. 135ff., 138, 141ff.

[44] Immerhin hat der Bundesgesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Vertrag als etablierte Handlungsform der Verwaltung wenigstens anerkannt – im Unterschied zu ZACCARIA GIACOMETTI und zu einem erheblichen Teil der österreichischen Verwaltungsrechtslehre, welche ihm juristische Legitimität absprechen (vgl. ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 442; WALTER ANTONIOLLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, S. 201). – Zur Abgrenzung von verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag, sowie zur Frage der den verwaltungsrechtlichen Vertrag regierenden Rechtsnormen vgl. BGE 99 Ib 115ff.

[44a] Vgl. S. 317/318 und oben Anm. 25, 32.

nen vorerst im Unklaren, zumal die eidgenössische Spezialgesetzgebung zum Teil auch keine hinreichende Klärung bringt. Es wäre zu prüfen gewesen – und bleibt in den anstehenden Gesetzgebungsarbeiten zu prüfen –, ob nicht generelle prozedurale Mindeststandards für Raum- und für «Aktionspläne» wünschbar wären – Mindeststandards, die dann in der Einzelgesetzgebung verfeinert und ergänzt werden müßten[45]. Ähnliches ist für den gesamten Zwischenbereich zwischen generell-abstrakten und individuell-konkreten Akten zu sagen (wie etwa für generell-konkrete oder individuell-abstrakte Akte oder für Anordnungen, welche unmittelbar konkret, mittelbar jedoch abstrakt wirken).

Die starre Unterscheidung zwischen *einseitig und zweiseitig verbindlichen Akten* droht die Weiterentwicklung des «besonderen Rechtsverhältnisses» zu hemmen (siehe dazu hinten, Ziff. 8); und schließlich wird gerade das Bemühen um funktionsgerechte juristische Verfassung des Verwaltungshandelns in seiner zunehmenden Vielfalt beeinträchtigt durch die Aufzählung hauptsächlicher, nicht aller, und jedenfalls nur traditioneller *Inhalte von Verwaltungsakten.*

2. Die rechtliche Qualifizierung von Konzessionen, Beamtenverhältnissen, Subventionen und vergleichbaren Rechtsverhältnissen

2.1. Die beträchtlichen literarischen Mühen und Bemühungen um die rechtliche Einordnung der Konzession, des Beamtenverhältnisses, der staatlichen Subventionen und Garantieleistungen usf. haben wenigstens – in der Schweiz – ein Resultat gezeitigt: Alle diese Rechtsverhältnisse – wie auch eine ganze Reihe anderer – enthalten in der Regel sowohl verfügungsmäßige wie auch ver-

[45] Gerade hier wäre es auch erwünscht gewesen, wenn der Gesetzgeber einen Beitrag zur Lösung materiell-rechtlicher Probleme geleistet hätte: etwa zur Frage der Gültigkeitsvoraussetzungen, der Abänderbarkeit (vgl. hiezu BGE 94 I 343 ff., 350 f.; 96 I 243; 97 I 652; 98 Ia 377) oder der Vor- und Rückwirkung von Raumplänen (vgl. zur Vorwirkung von Baurechtsnormen neuerdings BGE 100 Ia 195). – Vgl. hinten Ziff. 3.

tragliche Elemente[46]. Zum Teil hat sich darüber hinaus eine «herrschende Lehre» auch zu Einzelfragen gebildet, etwa zu den Rechtsfragen der Begründung und Beendigung von Konzessionsverhältnissen; das tradierte Rechtsdenken über die Subvention ist hingegen vor kurzem gründlich in Frage gestellt worden[47]. Freilich ist sogleich zweierlei beizufügen: Einmal geht es hier um Kategorien, welche zum Teil sehr verschiedenartige Rechtsverhältnisse begrifflich zusammenfassen. Darum ist es denn auch nicht erstaunlich, wenn sich der Gesetzgeber oft keineswegs daran hält, was die Dogmatik über jene Kategorien schematisierend aussagt: Dies gilt beispielsweise für die Konzession und ihre Abgrenzung gegenüber Bewilligungen.

Im Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie... (vom 23. Dezember 1959, SR 732.0) sind die Voraussetzungen für Erteilung und Widerruf von Bewilligungen, etwa für die Errichtung von Kernkraftwerken[48], fast identisch gleich geregelt wie im Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen... (vom 4. Oktober 1963, SR 746.1) die Voraussetzungen für Erteilung und Widerruf von Rohrleitungskonzessionen; weder im einen noch im andern Fall ist die Erteilung ins Ermessen der Behörden gestellt. Ebenso ist der Entzug einer Bewilligung nach Atomenergiegesetz (wie auch nach andern eidgenössischen und kantonalen Gesetzen) «aus Gründen..., für die der Bewilligungsinhaber nicht einzustehen hat», nur gegen «angemessene Entschädigung» zulässig (Art. 9 Abs. 5); auch diese Regelung stimmt mit der Widerrufsregelung des Rohrleitungsgesetzes (Art. 9 Abs. 3) überein; es ist darum unfruchtbar, wenn in Lehre und Praxis immer wieder behauptet wird, Konzessionen, nicht aber Bewilligungen verliehen subjektive wohlerworbene Rechte und könnten nur gegen Entschädigung entzogen werden[49].

Das OG hat nun mit kühnem Strich die Konzessionserteilungen und Subventionszusprachen generell (wenn auch indirekt) als Verfügungen qualifiziert (Art. 99 lit. d und h)[50] und damit dem dog-

[46] Vgl. MAX IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958, S. 128ff., 169ff.

[47] Von RENÉ RHINOW, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Basel 1971.

[48] Vgl. hiezu auch BGE 99 Ia 247ff.

[49] Vgl. etwa MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 4. Aufl., Basel 1971, II, S. 562; NIKOLA KORRODI, Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht, Diss. Zürich 1973, S. 87ff.

[50] Hätte der Gesetzgeber anders geurteilt, so hätte er Konzessionen und Sub-

matischen Suchen nach Differenzierungen eine vorläufige Absage erteilt. Der Gesetzgeber hat zugleich eines der (nach der Lehre) entscheidenden Kriterien für die Unterscheidung zwischen (Polizei-)Bewilligungen und Konzessionen relativiert: Er spricht ausdrücklich von Konzessionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch gewährt – und setzt damit (eben dem positiven Recht gemäß!) die Existenz von Konzessionen voraus, auf deren Erteilung ein Rechtsanspruch besteht. Ebenso qualifiziert er allgemein als Verfügungen Subventions- und Garantiezusprachen, d.h. (wiederum indirekt!) selbst und gerade jene Gewährungen, auf welche das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt, deren Erteilung also im Ermessen der Behörden steht und die sich damit verschiedenartigen Absprachen zwischen Staat und Privaten an sich besonders gut erschließen. Einzig der Beamtenstatus ist als «gemischtes» Verhältnis processualiter anerkannt: So wird zwar die Begründung des Dienstverhältnisses, auch eine Versetzung, eine Nichtwiederwahl, die Verhängung einer Disziplinarstrafe usf. als Verfügung bezeichnet (Art. 100 lit. e OG)[50a]; vermögenswerte Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis hingegen sind ins Klageverfahren verwiesen (Art. 116 lit. a OG).

Es stellt sich die Frage, ob damit der Bundesgesetzgeber auch die Lösung *materiell-rechtlicher Fragen* präjudiziert hat: vor allem der Frage nach Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit der Begründung oder Aufhebung solcher Rechtsverhältnisse. Eine Analyse des prozeduralen Bundesverwaltungsrechts ergibt hiefür folgendes: Die Zusprache einer Subvention oder Garantie und die Erteilung einer Konzession, nicht aber die erstmalige, erstinstanzliche Begründung eines Beamtenverhältnisses (Art. 3 lit. b VwG) unterstehen als Verfügungen den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes (und allfälligen weitergehenden, mit dem VwG vereinbaren Verfahrens-

ventionen in Art. 99 OG nicht nennen dürfen, da nach Art. 97, Abs. 1 OG a priori nur Verfügungen (im Sinne von Art. 5 VwG) als Objekt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Betracht fallen. Vgl. zu diesen Bestimmungen im einzelnen CHRISTIAN VOGEL, Einschränkungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, Diss. Zürich 1973.

[50a] Vgl. hiezu auch etwa BGE 98 I b 63 ff.; 97 I 540 ff.

normen, Art. 4 VwG). Wohl ist im VwG nicht ausdrücklich statuiert, daß die Qualifizierungen des OG für die Frage der Anwendbarkeit von VwG-Normen maßgebend sind; aber es wurden die beiden Erlasse, wie schon bemerkt, vom Gesetzgeber als legislatorisches Ensemble begriffen und müssen daher auch in der Anwendung als systematische Einheit verstanden werden (was nicht heißt, daß die Harmonisierung ausnahmslos geglückt ist). Subventions- und Garantiezusprachen sind entsprechend ebenso wie Konzessionserteilungen fehlerhaft, wenn etwa die Bestimmungen über rechtliches Gehör und Akteneinsicht nicht oder unrichtig beachtet wurden. Noch nicht beantwortet ist damit aber die Frage, ob etwa die allgemeinen, von Lehre und Praxis entwickelten Regeln über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, oder auch die Regeln über die Widerruflichkeit von Verfügungen auf jene Kategorien anzuwenden seien, denn die eidgenössische Prozeß- und Verfahrensgesetzgebung schweigt sich hiezu, wie bereits festgestellt, bewußt aus. Ein rechtslogischer Zwang besteht nicht; die Bestimmungen der Art. 99ff. verfolgen prozedurale Ziele. Indessen ist die Frage nur bedingt richtig gestellt. Maßgebend muß die Überlegung sein, daß das Kriteriengefüge, mit dem das Bundesgericht die Widerrufsprobleme löst, auf Verfassungsgrundsätzen ruht, und daß diese Grundsätze letztlich den Ausgang jeglichen Streites um den Widerruf irgendwelcher Staatsakte bestimmen. Dasselbe gilt für die Kriterien der Nichtigkeit[51]. Nicht auf dem Umweg einer Qualifizierung als «Verfügung» oder «Erlaß», also auch nicht von solcher Qualifizierung im OG allein, sondern unmittelbar von einer adäquaten Ausdifferenzierung jener Grundsätze durch Verwaltungsbehörden und Richter (soweit das Gesetz keine präzisen Lösungen anbietet) ist also die Antwort auf konkrete Fragen der Widerruflichkeit und der Nichtigkeit zu erwarten; das OG kann hierbei Verständnishilfen leisten.

[51] Keine Schwierigkeiten sollten sich im besondern auch aus dem Erfordernis der Zustimmung des Bürgers ergeben: fehlendes Einverständnis macht die Verfügung fehlerhaft, ja – da die Zustimmung (in einem nichttechnischen Sinne) konstitutiv ist – nichtig (bzw. «unwirksam»); vgl. HANS J. WOLFF, Verwaltungsrecht II, 3. Aufl., München 1970, § 11 Vb 2.

3. Pläne

Dem eidgenössischen Gesetzgeber ist ähnliches widerfahren wie dem bundesdeutschen: Beide wollten die Streitfrage der Rechtsnatur von (Raum-)Plänen «erledigen», aber keinem ist dies vollständig gelungen[52]. Das VwG nennt Pläne nicht – und läßt so die Frage offen, ob etwa Nutzungspläne oder kantonale Richtpläne (welche sich mindestens teilweise auf Bundesrecht, z. B. auf das eidg. Gewässerschutzgesetz, inskünftig – hoffentlich! – auf das eidg. Raumplanungsgesetz stützen mögen) als «Verfügungen» im Sinne von Art. 5 VwG zu qualifizieren sind. Das OG entzieht «Verfügungen über Pläne» der Verwaltungsgerichtsbeschwerde («soweit es sich nicht um Entscheide über Einsprachen gegen Enteignungen oder Landumlegungen handelt», Art. 99 lit. c)[53]. In dieser Formulierung ist nicht klar, ob «Verfügungen über Pläne» lediglich Genehmigungs- (oder Nichtgenehmigungs-)Entscheide, Einspracheentscheide, Beschwerdeentscheide usw. sind, welche sich auf Pläne beziehen, oder auch etwa die Planfestsetzungsentscheide selbst.

Das Bundesgericht hat bisher Verwaltungsgerichtsbeschwerden zugelassen gegen: den Entscheid einer kantonalen Regierung, mit dem «die vom Beschwerdeführer gestellten Begehren um Wiederholung des Einspracheverfahrens und um Änderung der Pläne abgewiesen» und die kantonale Baudirektion ermächtigt wurde, «das Land des Beschwerdeführers freihändig oder auf dem Enteignungswege zu erwerben»[54]; ferner den Einspracheentscheid des Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartements, mit dem das Begehren einer Beschwerdeführerin abgewiesen wurde, «es sei die geplante Linienführung der Rohrleitungsanlage außerhalb ihrer Liegenschaft zu verlegen»[55]; ebenso einen kantonalen Einspracheentscheid gemäß Art. 27 Abs. 2 des Nationalstraßengesetzes[56].

[52] Zum deutschen Recht vgl. § 10 des Bundesbaugesetzes; hiezu etwa den Kohlhammer-Kommentar, N. II zu § 10.

[53] Diese Ausnahme von der Ausnahme wird vom Bundesgericht extensiv interpretiert, vgl. BGE 98 I b 281; nach der Auffassung des Bundesrates erstreckt sie sich jedoch nicht auf Pläne, welche materielle Enteignungen bewirken (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, 1974 Nr. 104). Vgl. auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Befugnis Privater, die generelle Linienführung von Nationalstraßen anzufechten, vorn Anm. 32.

[54] BGE 97 I 579; vgl. auch 99 I b 70ff.

[55] BGE 98 I b 280; ähnlich 98 I b 428.

[56] BGE 99 I b 204f.

Unter dem Gesichtspunkt der «Nichteignung zur richterlichen Überprüfung» (FRITZ GYGI) ist der Unterschied zwischen «Planfestsetzungs-» und «Plangenehmigungsakten» (u. ä.) nicht wesentlich; nach Art. 99 lit. c OG müssen somit alle Verfügungen, welche Pläne zum Gegenstand haben, als der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entzogen gelten (sofern sie nicht Einsprachen gegen Enteignungen oder Landumlegungen gutheißen oder abweisen).

Die «Planfestsetzung» erhält nach OG *Verfügungsqualität*[56a], unabhängig von der Art und der allfälligen räumlichen Ausdehnung eines Plans. Dies hat zur Folge, daß Verfügungen, welche aufgrund von Plänen erlassen werden, «Vollstreckungscharakter» haben und damit der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogen sind (Art. 101 lit. c) – sofern der Plan die übrigen Voraussetzungen des Art. 5 VwG erfüllt, vor allem diejenige der Rechtsverbindlichkeit[57]. Der eidgenössische Gesetzgeber hat so eine rechtliche Konzeption des Raumplanes positiviert, welche sich in verschiedenen Beziehungen deutlich von derjenigen unterscheidet, die das Bundesgericht vor allem im Rahmen seiner Verfassungsrechtsprechung entwickelt hat. Bis heute hat das Gericht auf eine eindeutige Verortung des Plans im System staatlicher Rechtsnormen verzichtet; es bezeichnet Zonen- und andere Pläne als «Zwischengebilde eigener Art..., die sich, wenn sie sich auf ein großes Gebiet, z. B. auf die ganze Stadt Zürich beziehen, dem verordnungsmäßigen Rechtssatz nähern und nur schwer als Summe von Einzelverfügungen verstehen lassen, während sie dann, wenn sie einige wenige Grundstücke oder nur ein einziges betreffen, sich von einer Einzelverfügung kaum mehr unterscheiden» (BGE 94 I 342). Entsprechend hat das Gericht richtigerweise – wenn auch nicht durchwegs konsequent – die Beantwortung einzelner konkreter Verfahrensfragen (z. B. der Frage, ob die Verweigerung der Baubewilligung nach Maßgabe eines Bebauungsplans noch mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten

[56a] Vgl. auch Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1973, Nr. 25.

[57] Anders BGE 100 Ib 208ff.: hier trat das Bundesgericht auf eine Beschwerde wegen Verweigerung einer Baubewilligung ein, die sich ihrerseits auf das (in der Gemeinde Schwyz anstelle eines Zonenplans maßgebende) generelle Kanalisationsprojekt abstützte.

werden könne) nicht von einer ein für allemal festgelegten (materiellen) Definition des Raumplans, sondern von der Analyse der in casu maßgebenden ratio legis abhängig gemacht[58].

Der Bundesgesetzgeber hat nun aber – aus prozessualer Optik – das dogmatische Urteil verbindlich gesprochen. Dies heißt zunächst, daß grundsätzlich – aus derselben Erwägung, wie sie vorn, in Ziff. 2 angestellt wurde – der Erlaß von Plänen den Regeln des VwG untersteht. Diese Normen genügen freilich keineswegs, wenn man etwa an die Notwendigkeit eines ausgebauten präventiven Rechtsschutzes denkt[59]; so ist das Instrument der Einsprache im VwG selbst nicht geregelt[60]. Die Verfahrensregeln des Nationalstraßengesetzes müssen als ergänzende (soweit sie kompatibel sind), diejenigen des Raumplanungs- und des – dringend zu erwartenden – Umweltschutzgesetzes als ergänzende, eventuell als derogierende Normen betrachtet werden. Freilich wäre es, wie bemerkt, doch sehr erwägenswert gewesen, das Planfeststellungsverfahren, wie es der deutsche Entwurf vorsieht, eigenen, generellen, ergänzungsfähigen Regeln zu unterstellen und so auch im Planungswesen eine gewisse Rechtsvereinheitlichung zu erzielen. – Auf Pläne läßt sich ferner übertragen, was in Ziff. 2 zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der bundesgerichtlichen Regeln über Fehlerhaftigkeit und Widerruflichkeit von Verfügungen bemerkt wurde; gerade in «Planungsfällen» hat ja das Bundesgericht vordemonstriert, daß der Unterscheidung zwischen Verfügung und Rechtssatz letztlich keine maßgebende Bedeutung zukommen kann, wenn man die Widerrufsfrage durch Abwägen in concreto zwischen zwei verschiedenen Verfassungsprinzipien entscheidet (vgl. hiezu unten Ziff. 4).

[58] Vgl. BGE 90 I 350ff.; 94 I 341f.; ferner – zur Frage des Anspruchs auf Anhörung im Bauplanungsverfahren – einen Entscheid vom 11. September 1963, Zbl 65, 1964, S. 218; zuletzt BGE 98 Ia 478/479.

[59] Vgl. §§ 68 ff. des deutschen Entwurfs, welche das Planfeststellungsverfahren ausdrücklich und ausführlich unmittelbar regeln, ohne sich zur Qualität der Pläne zu äußern. Vgl. vorn, zu Anm. 45.

[60] Vgl. hiezu GYGI, a.a.O. (Anm. 25), S. 118.

4. Widerruf und Wiedererwägung

Es rechtfertigt sich, die Widerrufsproblematik, wie sie von der bundesgerichtlichen Praxis und nunmehr in OG und VwG gelöst oder auch nicht gelöst ist, noch etwas eingehender zu analysieren. Das VwG verzichtet auf eine Regelung von Widerruf und Wiedererwägung fast vollständig (im Unterschied zum deutschen Entwurf, §§ 44ff., und zum österreichischen AVG, §§ 68ff.), bietet jedoch – wie auch das OG – das Rechtsmittel der Revision an (gegenüber Beschwerdeentscheiden, Art. 66ff. VwG, bzw. gegenüber Urteilen des Bundesgerichts, Art. 136ff. OG).

Indessen sind die Probleme der Wiedererwägung[61] – verstanden als Verfahren des Wiederaufnehmens einer abgeschlossenen Verwaltungssache – und des Widerrufs – d.h. des Entscheids, welcher jenes Verfahren abschließt und auf Änderung oder Aufhebung der ursprünglichen Verfügung lautet –, wie bemerkt, interdependent: Eine Wiedererwägung ist sinnlos, wenn der Widerruf (aus irgendwelchen Gründen) ausgeschlossen ist, und jeder Widerruf setzt ein Wiedererwägungsverfahren voraus[62], wobei sich die Frage stellt, wer dieses Verfahren einleiten kann, Behörde oder betroffener Bürger oder beide[63].

Auch wenn OG und VwG (mit zwei Ausnahmen) weder Wiedererwägung noch Widerruf regeln, so sind aus den beiden Gesetzen doch verschiedene Schlüsse für diese Problemkreise zu ziehen.

So entzieht *Art. 101 lit. d OG* «Verfügungen über den ganzen oder teilweisen Widerruf von Verfügungen, gegen welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig ist», der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, ausgenommen den Widerruf gewisser begünstigender Verfügungen. Auf Einzelheiten dieser Bestimmung ist hier nicht

[61] Zur Mehrdeutigkeit des Wiedererwägungsbegriffs in schweizerischer Literatur und Praxis vgl. GYGI, a.a.O., S. 23, 111.

[62] Vgl. hiezu BERNARD KROUG, La demande de reconsidération des décisions administratives, thèse Fribourg 1974, S. 51. Der Bundesrat selbst spricht in seiner Botschaft zum VwG von «Konnexität» (S. 1353).

[63] Zur Frage des Anspruchs auf Einleitung eines Wiedererwägungsverfahrens s. hinten S. 334ff.

einzugehen[64]. Wichtig ist indessen die Feststellung, daß die dogmatisch problematische und praktisch schwierige Unterscheidung zwischen begünstigenden Verfügungen, auf welche das Bundesrecht «keinen Anspruch einräumt», und solchen, deren Erlaß bundesrechtlich geboten ist, *im Widerrufsfall preisgegeben wird*[65]. Damit ist zur Frage der Widerruflichkeit solcher Verfügungen noch nichts gesagt: Indessen hat die prozessuale Ungleichbehandlung des Widerrufs im Verhältnis zu den ursprünglichen Verfügungen letztlich nur dann einen Sinn, wenn der Widerruf einer Ermessensverfügung – in den Augen des Gesetzgebers – nicht oder jedenfalls nicht im selben Maß Gegenstand behördlichen Ermessens ist. Der Gesetzgeber setzt also rechtliche Einschränkungen des Widerrufs voraus – und dachte hierbei gewiß an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Widerruflichkeit (s. hinten). Das Bundesgericht wird also, schon nur um dieser Vorstellung des Gesetzgebers gerecht zu werden, an rechtlichen Schranken der Widerruflichkeit festhalten müssen. Überdies bewirkt die Bestimmung des Art. 101 lit. d OG, daß das Bundesgericht fortan zur Behandlung der praktisch heikelsten Widerrufsprobleme *umfassend zuständig ist;* dies wird es ihm erlauben, die Ausdifferenzierung der einschlägigen Verfassungsprinzipien erheblich zu verfeinern. – Sodann gestattet *Art. 58 VwG* der Vorinstanz, die angefochtene Verfügung «bis zu ihrer Vernehmlassung» in Wiedererwägung zu ziehen[66]. Diese Bestimmung hat rein prozessualen Charakter (Einschränkung des

[64] Immerhin sei bemerkt, daß nicht einzusehen ist, warum nur der Widerruf einer begünstigenden (Ermessens-)verfügung, nicht auch – unter Umständen – der Widerruf einer belastenden der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellt wurde: Für einen (berührten) Dritten ist die Interessenlage nach dem Widerruf einer belastenden Verfügung u. U. dieselbe wie für den Adressaten des Widerrufs einer begünstigenden. Es hätte sich gerechtfertigt, die «Ausnahme von der Ausnahme» in Art. 101 lit. d OG «prozessual» zu fixieren, d. h. die Zulässigkeit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegenüber dem Widerruf von Ermessensakten von der spezifischen Beschwer des Beschwerdeführers abhängig zu machen – oder die Ausnahmen selbst zu streichen.

[65] Vgl. hiezu BGE 99 Ib 421 ff.; MACHERET, a.a.O. (Anm. 24), S. 23 ff.; vgl. auch BROHM, a.a.O. (Anm. 7), S. 272.

[66] Freilich ist nicht einzusehen, warum die Wiedererwägung nur gerade bis zu diesem Zeitpunkt möglich sein soll; vgl. hiezu GYGI, a.a.O. (Anm. 25), S. 131, Zbl 73, 1972, S. 282 ff.

Devolutiveffekts) und sagt für sich selbst nichts aus über die Widerruflichkeit. – Beschwerdeentscheidungen können in *Revision* gezogen werden (Art. 66ff. VwG), von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei. Daraus ist aber nicht zu schließen, das Fehlen einer vergleichbaren Regelung für andere (vor allem erstinstanzliche) Verfügungen sei als «qualifiziertes Schweigen» des Gesetzgebers, d.h. als bewußte Ablehnung der Wiedererwägbarkeit zu deuten; vielmehr sollte der Problemkreis, wie die Botschaft des Bundesrates zeigt, (nahezu) vollständig ungeregelt bleiben[67]. Nach bundesgerichtlicher Feststellung hat jeder, der ein «schutzwürdiges Interesse» nachweist, *Anspruch auf Erlaß einer Verfügung*, gleichgültig, ob er eine Feststellungs- oder eine andere Verfügung verlangt[68]. Es ist nicht einzusehen, warum sich dieser Anspruch nicht auch auf eine Widerrufsverfügung beziehen soll (s. S. 336). Entscheidend ist dann, was als «schutzwürdiges Interesse» am Widerruf zu werten ist. Hiefür wird man zunächst die Parallele zu den Legitimationsbestimmungen des VwG und des OG ziehen und neben der Anrufung eines «schutzwürdigen Interesses» auch ein «Berührt-Sein» verlangen; andernfalls wären «Popularbegehren» zulässig, welche die Verwaltung übermäßig belasten könnten.

Die Deutung des «schutzwürdigen Interesses» ist umstritten. Nach mehr oder weniger konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen beide Legitimationserfordernisse im Ergebnis praktisch zusammen[69]; dies widerspricht aber der Intention «des Gesetzgebers»[70] und läuft dem Gebot zuwider, positives Recht möglichst «sinnerfüllend» zu interpretieren[71]; warum hätte sonst der Gesetzgeber die

[67] S. 1353.

[68] Vgl. BGE 98 Ib 58ff., extensive Interpretation von Art. 25 Abs. 2 VwG; vgl. Anm. 96.

[69] Besonders deutlich BGE 99 Ib 206: «Das Interesse des Beschwerdeführers ist im Sinne des Gesetzes schutzwürdig, wenn er durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Stellung betroffen wird. Erforderlich ist somit eine beachtenswerte, nahe Beziehung des Beschwerdeführers zur Streitsache. Der Beschwerdeführer muß demnach durch die angefochtene Verfügung in höherem Maße als irgend jemand oder die Allgemeinheit berührt sein.» Vgl. zuletzt BGE 99 Ib 378, 219, 213, 106f.

[70] Vgl. die bundesrätliche Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, BBl 1965 II, S. 1265ff., 1320/21.

[71] Vgl. hiezu etwa HANS GEORG HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, Bern 1971, S. 104f.

Beschwerdebefugnis an zwei Voraussetzungen geknüpft? Richtig erscheint eine Deutung im (erwähnten) Sinne der bundesrätlichen Botschaft (zum revidierten OG), wonach der Beschwerdeführer «ein Interesse behaupten (muß), das vom geltenden Recht geschützt oder im Lichte der dominierenden Grundsätze unserer Rechtsordnung schützenswert ist». Indessen vermag diese Umschreibung wohl für die Behandlung von Beschwerden, nicht aber für Wiedererwägungsbegehren zu genügen[72]. Das (verfassungsmäßige) Gebot der Rechtssicherheit verlangt, daß ohne zwingende Gründe eine einmal entschiedene Rechtsfrage nicht wieder zur Diskussion gestellt werde. Ein «schutzwürdiges Interesse» am Wiedererwägungsverfahren vermag also nur geltend zu machen, wer besondere, qualifizierte Gründe für einen Widerruf anführen kann; er muß (in der Eintretensphase) dartun, daß der beanstandete Verwaltungsakt in schwerwiegender Weise, in besonders hohem Maße unrichtig (rechtswidrig oder unangemessen) ist. Diese besondern Gründe lassen sich etwa nach dem Muster verschiedener kantonaler Verwaltungsrechtspflegegesetze[73] und auch nach demjenigen des VwG und des OG – für die Revision – bestimmen. Freilich sollte auch der Hinweis auf einen besonders gravierenden inhaltlichen Fehler genügen – stets unter der Voraussetzung, daß eine frühere Rüge (im ordentlichen Beschwerdeverfahren) nicht möglich oder nicht zumutbar war[74]. Liegt ein Grund für die Annahme von Nichtigkeit vor, genügt ein Begehren um Feststellung dieser Nichtigkeit[75].

Aber auch auf die *Widerrufspraxis des Bundesgerichts im engeren Sinn* bleiben VwG und OG nicht ohne Einfluß. Nach konstanter Rechtsprechung sind Verfügungen dann unwiderrufbar, wenn das

[72] BERNARD KROUG (op.cit. oben Anm. 62, S. 84) leitet aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine grundsätzlich unbeschränkte Verpflichtung der angerufenen Behörde ab, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, verwendet hier aber offensichtlich einen sehr weiten, «nicht-technischen» Eintretensbegriff (vgl. auch S. 86ff.).

[73] So kann etwa nach § 28 des Solothurner Verwaltungsrechtspflegegesetzes Wiedererwägung nur begehrt werden, wenn neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorliegen oder geltend gemacht werden; vgl. auch § 26 des Aargauer Verwaltungsrechtspflegegesetzes und Art. 27/28 des St. Galler Verwaltungsrechtspflegegesetzes. Im Ergebnis ebenso GYGI, a.a.O. (Anm. 25), S. 111.

[74] Diese Schranke ist im Prinzip von Treu und Glauben begründet, welches Staat und Private in ihren wechselseitigen Rechtsbeziehungen bindet. Vgl. hiezu PETER SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairneß, in: «Erhaltung und Entfaltung des Rechts...», Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 56ff. Vgl. auch § 47 des deutschen Entwurfs, §§ 69f. des österreichischen AVG.

[75] Vgl. EYERMANN/FRÖHLER, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl., München 1974, N. 8/9 zu § 43.

Rechtssicherheitsanliegen des betroffenen Privaten in concreto schwerer wiegt als das Interesse des Staats an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts. Das Rechtssicherheitsinteresse überwiegt – immer nach Bundesgericht – in der Regel dann, wenn die Verfügung wohlerworbene Rechte begründet hat, oder wenn der Betroffene, gestützt auf die Verfügung, Anstalten getroffen hat, die er nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand rückgängig machen kann, oder endlich, wenn dem Akt ein Ermittlungsverfahren vorausgegangen ist, welches allen Beteiligten hinreichende Gelegenheit zur Darlegung ihres Standpunkts gab[76]. – Diese letzte Voraussetzung muß nun aber jedes Mal als erfüllt gelten, wenn eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwG ergeht, jedenfalls dann, wenn sie in einem Verfahren zustande kommt, auf das das VwG (oder auch ein kantonaler Verwaltungsverfahrenserlaß) integral anwendbar ist (Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 VwG). Nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung müßte also die überwiegende Mehrzahl der von Bundesinstanzen erlassenen (sowie zahlreiche kantonale) Verfügungen in «materielle Rechtskraft» erwachsen. Dieses Ergebnis kann nicht sinnvoll sein und ist vom Bundesgesetzgeber nicht gewollt (s. S. 334); er könnte nicht gegenüber Beschwerdeentscheiden die Revision zulassen und zugleich erstinstanzliche Verfügungen fast jeglicher Änderung entziehen. Das Bundesgericht wird also seine Widerrufsregeln überdenken müssen; das «eingehende Ermittlungsverfahren» wird als Grund für den Ausschluß des Widerrufs wegfallen müssen und nur in einer Beziehung für die Widerrufsfrage relevant bleiben können: Ist nämlich ein intensives Ermittlungsverfahren der Ver-

[76] Vgl. zuletzt BGE 99 I a 454ff.; 98 I b 249/250; 97 I 753; 94 I 343ff., 450; 88 I 224ff. usw. (vgl. auch die etwas gröbere Argumentation des Bundesrates in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1974, Nr. 21); hiezu YVO HANGARTNER, Widerruf und Abänderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Au (St. Gallen) 1959; PETER SALADIN, Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basel 1960, S. 14ff. Zum neuesten Stand von Lehre und Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland vgl. HANS J. WOLFF/OTTO BACHOF, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974, S. 442ff.; HANS JOACHIM BECKER, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte und Rückforderung ohne Grund gewährter Leistungen, DÖV 1973, S. 379ff.; BVerwGE 41, 277ff.

fügung vorangegangen, so kann es in concreto gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Behörde, ohne daß sich die Lage geändert hätte, auf ihre Verfügung zurückkommen möchte. – Aber auch die «wohlerworbenen Rechte» als Hindernis für den Widerruf halten einer vertieften Analyse nicht stand. Dies soll im nächsten Abschnitt erörtert werden.

5. Wohlerworbene Rechte

Zu den unbewältigten Relikten vergangener Rechtssysteme gehört die Rechtsfigur der wohlerworbenen Rechte. Gelegentlich erscheint sie in der eidgenössischen und in der kantonalen Gesetzgebung[77], an wichtigen Stellen überdies in der bundesgerichtlichen Staats- und Verwaltungsrechtspflege: So läßt nach konstanter Praxis die Begründung wohlerworbener Rechte, wie soeben berichtet, regelmäßig das Rechtssicherheitsanliegen gegenüber dem behördlichen Interesse am Widerruf einer Verfügung überwiegen[78]. Ebenso schließt die Existenz wohlerworbener Rechte eine Rückwirkung von Verwaltungsgesetzen aus[79]. Wohlerworbene Rechte können ferner der Abänderung von Lohn- und Pensionserlassen im Wege stehen[80]; allgemein sind sie Schutzobjekt der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie[81].

VwG und OG verwenden den Begriff des wohlerworbenen Rechts nicht, wohl aber jenen des «Anspruchs» (auf die Erteilung einer Konzession, auf die Gewährung eines Beitrags). Dieser Be-

[77] Vgl. etwa Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, vom 22. Dezember 1916, SR 721.40.

[78] Vgl. oben Anm. 76; ferner BGE 93 I 674ff.; 92 I 233ff.

[79] Vgl. zuletzt BGE 100 Ia 155 (in einem Fall, der sich mit der «Vorwirkung» von Art. 36 des Tessiner Baugesetzes befaßte).

[80] Vgl. BGE 77 I 136ff.; 70 I 10 ff.; 67 I 177 ff.; vgl. auch 74 I 465ff.

[81] Vgl. etwa Hans Huber, Der Schutz wohlerworbener Rechte in der Schweiz, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 457; Imboden, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (oben Anm. 49), I, Nr. 341; vgl. ferner Gewährleistungsbestimmungen verschiedener Kantonsverfassungen (Zürich § 4, Solothurn Art. 15, Basel-Landschaft § 9, Schaffhausen Art. 19 und Graubünden Art. 9).

griff wiederum ist – wie der französische Text der einschlägigen OG-Bestimmungen zeigt – äquivalent mit dem Ausdruck «subjektives Recht». In BGE 99 I b 422/23 umschreibt das Bundesgericht den Begriff des «Anspruchs» wie folgt:

«Pour qu'on puisse dire de la législation fédérale ainsi comprise qu'elle confère un droit, il faut qu'elle définisse de façon exhaustive les conditions dont dépend l'octroi de la subvention, et que la décision ne soit pas laissée à l'appréciation de l'autorité administrative, ce qui est normalement le cas lorsque la loi dit que la subvention ‹peut› être accordée (RO 98 I b 78/79).»

Hier zeigt sich, daß «wohlerworbenes» und «subjektives» Recht, so wie die Begriffe in der bundesgerichtlichen Praxis regelmäßig verwendet werden, nicht identisch sind. «Subjektives Recht» bedeutet: Ausschluß des Ermessens, jedenfalls des «Rechtsfolgeermessens» im engsten Sinne[82], Verpflichtung der Behörden, eine Leistung zu gewähren oder einen Status zu begründen usw., wenn immer bestimmte, gesetzlich festgelegte Voraussetzungen erfüllt sind. Art. 99 lit. d und h, sowie Art. 100 lit. b Ziff. 3, oder auch – implicite – Art. 100 lit. c und e Ziff. 1 haben somit lediglich den Sinn, Verfügungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu entziehen, welche ins Ermessen der Behörden gestellt sind. Sie sind Relikte des ursprünglich vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 100 lit. i, nach der alle «Verfügungen, die das Bundesrecht in das Ermessen legt oder überwiegend an unbestimmte oder technische Voraussetzungen knüpft», dem Bundesrat zur Beurteilung zugewiesen worden wären. «Wohlerworbenes Recht» dagegen bedeutet: eine besonders verfestigte Rechtsposition, welche nicht nur gegen Verfügungen, sondern sogar gegen Akte des Gesetzgebers erfolgreich verteidigt werden kann, welche den Schutz der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie genießt.

Freilich ist die so begriffene Rechtsfigur des «wohlerworbenen

[82] nicht unbedingt des «intermittierenden Ermessens» (vgl. BGE 99 I b 422/23); auch eine «Kannformel» ist im übrigen – nach richtiger Auffassung des Bundesgerichts und des Bundesrates – nicht zwingender Hinweis auf behördliches Rechtsfolgeermessen (vgl. denselben Entscheid; ferner PETER SALADIN, Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsprechung der Jahre 1962–1964, ZSR 83 I, 1964, S. 395ff.).

Rechts» in dogmatischer Hinsicht fragwürdig. Sie gehört, wie bemerkt, einem vergangenen Rechtssystem an und läßt sich daher in die moderne, von Gesetz und Gesetzmäßigkeitsprinzip beherrschte Rechtsordnung letztlich nicht integrieren. Dieser Gedanke kann in der vorliegenden Arbeit nicht weiterverfolgt werden. Hier nur soviel: Wohlerworbene Rechte als Barrieren zu bezeichnen für den Widerruf von Verfügungen oder für den Erlaß rückwirkender Verwaltungsgesetze läuft auf einen Zirkelschluß hinaus: Unwiderruflich sollen Akte sein, welche nach traditioneller Vorstellung Rechtspositionen begründen, denen besondere Festigkeit und Beständigkeit zukommen soll (z. B. Konzessionen). Die eigentliche Rechtsfrage ist also, welchen Rechtspositionen solche Beständigkeit gebührt. Gelegentlich – und nicht einmal zu selten – erteilt das positive Recht selbst eine Antwort hierauf – sei es in Spezial-, sei es in allgemeinen (kantonalen) Verwaltungsrechtspflegeerlassen. Schweigt das positive Recht, so kann nur von einer Besinnung auf die einschlägigen Verfassungsprinzipien die Antwort erwartet werden. In Betracht fallen hauptsächlich das Gebot der Rechtssicherheit und das Gebot von Treu und Glauben, das Legalitätsprinzip – verstanden als das Gebot, das positive Recht ausnahmslos und «richtig» auszuführen –, unter Umständen auch die Eigentumsgarantie und das Gleichheitsgebot (vgl. vorn Ziff. 4). Vor allem wird jeweils abzuwägen sein zwischen dem verfassungsmäßigen Anspruch des Individuums auf Vertrauensschutz und dem – ebenfalls verfassungsmäßigen – Interesse an der «Durchsetzung des objektiven Rechts», oder der (gleichermaßen verfassungslegitimen) Notwendigkeit vertretbarer Haushaltspolitik (Kürzung von Lohn- und Pensionsansprüchen! u. ä.[83]). Die Berufung auf «wohlerwor-

[83] Letztlich läßt sich die Frage nach der Zulässigkeit von Eingriffen in an sich verfassungsmäßig geschützte Positionen durch den Gesetzgeber anhand der Eigentumsgarantie allein nicht lösen; aus dem Dilemma, in welches man gerät, wenn man einerseits das private Eigentum nur nach Maßgabe des Gesetzes schützen, dem Gesetzgeber aber doch nicht jeden beliebigen Eingriff gestatten will, hilft nur der Rückgriff auf andere Verfassungsprinzipien (und unter Umständen auf den Wesenskerngedanken), so etwa – hier bedeutsam – auf den Grundsatz von Treu und Glauben: Beamtenansprüche beispielsweise sind dann für den Gesetzgeber unantastbar, wenn sich in concreto ausgeprägte Vertrauens-

bene Rechte» verschleiert solche Rechtswirkungen verfassungsmäßiger Prinzipien ebenso wie ihre mangelnde Koinzidenz und damit die Notwendigkeit des Abwägens.

VwG und OG verzichten, wie bemerkt, auf die Rechtsfigur der wohlerworbenen Rechte, freilich auch auf eine Verankerung des Grundsatzes von Treu und Glauben (im Unterschied zum Verwaltungspflegegesetz des Kantons Aargau)[84]. Sie «zementieren» damit zwar die überholte Theorie von den wohlerworbenen Rechten nicht, leisten aber auch keine Hilfe zu ihrer Überwindung. Immerhin geben sie einen wichtigen Hinweis: Sie zerstören die Illusion, daß jede Konzession das Produkt vertraglicher Vereinbarung und kraft dieser Herkunft zum wohlerworbenen Recht geboren sei[85].

6. Gesetzmäßigkeit

Das VwG verzichtet auf eine umfassende Regelung der *Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen* für Verwaltungsakte; vor allem fehlen ausdrückliche Hinweise auf das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, wiederum im Unterschied zu einzelnen kantonalen Verwaltungsrechtspflegeerlassen[86]. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Legalitätsprinzip ist eigenartig unbestimmt; in obiter dictis erst hat es sich zur notwendigen Legalität allen Verwaltungshandelns bekannt, und neuerdings stellt es sie – im Anschluß an ANDRÉ GRISEL[87] – sogar wiederum ausdrücklich in Frage:

Die Ausstellung eines Leumundszeugnisses «ne constitue pas en soi une mesure de police portant atteinte aux libertés garanties par la constitution et n'est donc

positionen herausgebildet haben. Dies ist letztlich auch der Gedanke, der das Bundesgericht in seinen einschlägigen Entscheidungen geleitet hat, wenn er auch nicht sehr deutlich zum Ausdruck kommt (vgl. vorn Anm. 80).

84 Vgl. § 3 Abs. 2 des aargauischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes.

85 Zu diesem «ius saguinis» vgl. IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (oben Anm. 46), S. 100.

86 Vgl. wiederum das Aargauische Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 2 Abs. 1): «Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.»

87 L'administration et la loi, in: Regards sur le droit suisse, Basel 1964, S. 31 ff.; DERSELBE, Droit administratif suisse (oben Anm. 24), S. 164 ff.

pas comme telle soumise au principe de la réserve de la loi... Toutefois, selon une opinion qui tend à se répandre, l'activité administrative tout entière serait subordonnée à ce principe, y compris l'exécution de prestations (‹Leistungsverwaltung›). Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer expressément sur cette question à propos de laquelle s'affrontent théorie traditionelle et doctrine nouvelle... Il paraît d'ailleurs douteux que l'ordre juridique existant soumette à l'exigence d'une base légale toute activité administrative; car s'il autorise bien l'application du principe de réserve de la loi à certains domaines de la ‹Leistungsverwaltung›, il semble s'y opposer dans d'autres... Ces questions n'auront cependant pas à être tranchées en l'espèce, si l'on peut admettre que le règlement relatif à la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs est un règlement de police qui est de la compétence du Conseil d'Etat en vertu de l'art. 125 Cst. cant.» (BGE 100 Ia 195).

In diesem Passus häufen sich die Mißverständnisse: Einmal hat sich das Bundesgericht selbst schon, wie erwähnt, und zu Recht in gegenteiligem Sinn geäußert; sodann ist die «doctrine nouvelle» durchaus nicht neu, sondern seit der 8. Auflage der FLEINERschen «Institutionen» herrschende Meinung in der Schweiz[88]; ferner bedeutet «Erfordernis der gesetzlichen Grundlage» gerade nach bundesgerichtlicher Praxis in der Regel nicht Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn. Und vor allem heißt «Legalität» keineswegs, daß das Gesetz (im formellen oder im materiellen Sinne) jede konkrete Rechtsfrage bis ins Detail zu regeln hätte; unbestimmte Rechtsbegriffe unterschiedlichen Unbestimmtheitsgrades bleiben im Rahmen des Erfordernisses, soweit die zu regelnde Materie eine «Durchnormierung» gar nicht als sinnvoll erscheinen läßt[89]. Freilich ist die Auffassung durchaus vertretbar, daß für bestimmte Kategorien staatlicher Verfügungen besonders strenge Anforderungen an gesetzliche Vorbestimmtheit gestellt

[88] Vgl. etwa IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (oben Anm. 49), I, S. 50f.; CHRISTOPH JEZLER, Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, insbesondere im Bund, Diss. Zürich 1967, S. 105ff.

[89] Ähnlich auch GRISEL, Droit administratif suisse (oben Anm. 24), S. 166. Vgl. hiezu auch BGE 99 Ia 262, ferner ein Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 1965, ZBl 66, 1965, S. 322ff., in dem es den Grundsatz der Bestimmtheit und Klarheit staatlicher Eingriffe festhält (in ausdrücklichem Anschluß an die auf das Rechtsstaatsprinzip gestützte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts); zum Prinzip der «Durchnormierung» vgl. GIACOMETTI, op.cit. Anm. 44, S. 194ff.

werden. Das Bundesgericht verfährt so, wenngleich wenig systematisch: Seit langem verlangt es für öffentliche Abgaben[90] und für Strafen[91] eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn; überdies neigt es heute – weniger anspruchsvoll – dazu, besonders schwere Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur aufgrund einer «klaren gesetzlichen Grundlage» zuzulassen, oder – nach neuester Sprachregelung – «an die gesetzliche Grundlage um so strengere Anforderungen (zu stellen), je schwerer der Eingriff ist»[92], oder auch einfach die Frage der gesetzlichen Grundlage in solchen Fällen frei zu prüfen[93]. Es fließen hier rechtsstaatliche und demokratische Motivierung des Legalitätserfordernisses ineinander über, besonders wenn man hinzurechnet, daß das Bundesgericht neuerdings – und mit Recht! – sich nicht mit irgend einem, sondern nur mit einem hinreichend substantiierten Erlaß des Gesetzgebers zufrieden gibt[94]. Die skizzierte Rechtsprechung läßt verschiedene Fragen offen: so die Frage, wie es zu rechtfertigen sei, daß eine öffentliche Abgabe, nicht aber eine gravierende Beeinträchtigung körperlicher oder psychischer Integrität durch formelle Gesetze sanktioniert sein muß! Ebensowenig ist einzusehen, warum der Legalitätsgrundsatz im Abgaben- und im Strafbereich «Ausfluß» des Art. 4 BV und somit (abgeleitetes) «verfassungsmäßiges Recht» sein soll[95], nicht aber in andern Bereichen (etwa im Recht der Verwaltungssanktionen).

Wenn die Verwaltungsprozeß- und -verfahrensgesetzgebung des Bundes das Legalitätsprinzip auch nirgends ausdrücklich verankert, so erhebt sie doch die Gesetzmäßigkeit *indirekt zu einem Leitprinzip allen Verwaltungshandelns:* Rechtswidrigkeit – und das heißt im wesentlichen: Verfassungs- und Gesetzwidrigkeit – ist Grund für die Beschwerdeführung und zwingender Anlaß für die Aufhebung angefochtener Verfügungen (siehe Art. 104 lit. a OG, Art. 49 lit. a VwG). Dies muß für belastende *und* für begünstigende

[90] Vgl. zuletzt BGE 100 Ia 66; 99 Ia 542, 701.

[91] Wenn auch nicht eindeutig; vgl. BGE 75 I 216ff., 96 I 28f.

[92] BGE 99 Ia 412; 90 I 39 (persönliche Freiheit).

[93] Vgl. zuletzt BGE 99 Ia 485 (Eigentumsgarantie).

[94] Siehe vorn Anm. 27.

[95] Vgl. oben Anm. 90/91; vgl. aber BGE 100 Ia 152 («Verfassungsgrundsatz»).

Verfügungen gelten, denn auch der durch eine begünstigende Verfügung benachteiligte Dritte kann beschwerdebefugt sein (vgl. Art. 103 OG, Art. 48 VwG). Gesetzwidrigkeit tritt nach der ausdrücklichen Regelung von OG und VwG auch dann ein, wenn ein Ermessenspielraum verlassen oder wenn die ratio einer Ermessensbestimmung grundsätzlich verfehlt wird (Ermessensüberschreitung, Ermessensmißbrauch). Bleibt schließlich eine Behörde untätig, obwohl sie rechtlich zum Handeln verpflichtet wäre, so kann dies zunächst durch spezielle Rechtsbehelfe gerügt werden, nämlich (alternativ) durch förmliche Beanspruchung administrativen Handelns gemäß Art. 25 VwG oder mittels Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 70 VwG)[96]; überdies ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (Art. 97 Abs. 2 OG). Hingegen läßt das OG die zentrale Frage offen, ob auch das Fehlen einer (bundes-)gesetzlichen Grundlage als Rechtswidrigkeit zu qualifizieren ist. Als Gegenstände des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsprozesses hat aber der Bundesgesetzgeber im vorneherein nur Verfügungen zugelassen, welche sich «auf öffentliches Recht des Bundes stützen» (Art. 5 Abs. 1 VwG), die also in irgend einer übergeordneten Norm des Bundesrechts verankert sind; hierbei kann es sich um eine Norm der Verordnungs-, der Gesetzes- oder auch der Verfassungsstufe handeln, aber (grundsätzlich) nur um eine generell-abstrakte Norm, weil eine «legalisierende» übergeordnete Verfügung ihrerseits wiederum in höherstufigem Bundesrecht abgestützt sein müßte. Im Unterschied zur (freilich nicht konsequent durchgedachten) Auffassung des Bundesgerichts stipuliert also die eidgenössische Verfahrensgesetzgebung *ein Legalitätsprinzip im umfassenden Sinne,* für alle Ver-

[96] Vgl. FRITZ GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 1. Aufl., Bern 1969, S. 100: «Auf ein Begehren um Durchführung eines Verwaltungsverfahrens, gerichtet auf den Erlaß einer Verfügung (vgl. Art. 13, lit. a VwG), ist unter der Voraussetzung des zureichenden Interesses an der beantragten Verfügung einzutreten. Das wird im Verwaltungsverfahrensgesetz – gleichermaßen wie im Prozeßrecht ganz allgemein – nur für das Feststellungsverfahren ausdrücklich gesagt (Art. 25 Abs. 2 VwG), gilt aber ebensosehr für Leistungs- oder Gestaltungsverfügungen...» Ebenso BGE 98 Ib 59; vgl. vorn, S. 334.

fügungen, wenn auch nicht Verankerung jeder Verfügung in einem formellen Gesetz; dieses Postulat folgt letztlich aus Gewaltenteilungsprinzip und demokratischer Staatsstruktur. Keine Auskunft geben OG und VwG auch darüber, unter welchen Umständen unmittelbare Abstützung einer Verfügung in der Verfassung zulässig ist.

7. Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe

Auch in die Diskussion über die Unterscheidung zwischen Ermessens- und unbestimmten Rechts- (oder Gesetzes-)begriffen hat der Bundesgesetzgeber eingegriffen: Einfache Ermessensfehler können im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht grundsätzlich nicht gerügt werden (Art. 104 OG, im Unterschied zum verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren, Art. 49 VwG), wohl aber die fehlerhafte Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe. Der Ausdruck «Unangemessenheit» ist freilich nicht eindeutig und ließe an sich auch eine Interpretation zu, welche die fehlerhafte Ausfüllung von Beurteilungsspielräumen miteinschlösse; aber dies war jedenfalls nicht die Vorstellung des Gesetzgebers[97]. Das Bundesgericht hat sie sich ebensowenig zu eigen gemacht, es betrachtet die unrichtige Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe als Rechtsverletzung. Indessen legt es sich – in fast konstanter Rechtsprechung – Zurückhaltung in der Kognition auf, d.h. es beschränkt sich (im Ergebnis) mehr oder weniger ausgeprägt auf eine Willkürprüfung: Ein unbestimmter Rechtsbegriff läßt «für die Auslegung und vor allem bei der Subsumption im Einzelfall der rechtsanwendenden Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum... Bei der Überprüfung der Auslegung und Anwendung eines solchen Begriffs auf den Einzelfall legt sich das Bundesgericht Zu-

[97] Vgl. die bundesrätliche Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund, a.a.O. (Anm. 70), S. 1315 in Verbindung mit S. 1322. Der berühmte Art. 100 lit. i des bundesrätlichen Entwurfs hatte gelautet: Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig gegen «andere Verfügungen, die das Bundesrecht in das Ermessen legt oder überwiegend an unbestimmte oder technische Voraussetzungen knüpft...».

rückhaltung auf...»[98]. Ohne dogmatische Erörterungen ist so das Bundesgericht zu einem überzeugenden Ergebnis gelangt, um das die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung bis in die neueste Zeit gerungen hat und noch ringt[99]. (Allerdings ist die Konstanz des Bundesgerichts durch Ausnahmen beeinträchtigt: So anerkennt es zwar den Rechtsbegriff der «unsittlichen Natur» als unbestimmt, läßt daraus aber für die Verwaltung keinen Beurteilungsspielraum erwachsen[99a].) – Unbestimmte Rechtsbegriffe werden also vom Bundesgericht (regelmäßig) in vergleichbarem Rahmen nachkonkretisiert wie Ermessensbegriffe. Die bundesgerichtliche Praxis hat damit eine dogmatische Unterscheidung überspielt, welche in der Literatur zu Unrecht dramatisiert worden ist – freilich im wesentlichen auch wieder nur aus prozessualer Optik[100]. Aber der Bundesgesetzgeber hat den Unterschied immerhin festgenagelt.

[98] BGE 98 Ib 230; vgl. zuletzt 99 Ib 513. Bemerkenswert ist, daß sich auch der Bundesrat in der Nachprüfung der Angemessenheit von Verfügungen mindestens für bestimmte Rechtsbereiche eine Zurückhaltung auferlegt, die die Kognitionsweite des Bundesgerichts und des Bundesrates im Ergebnis zusammenfallen läßt – und dies trotz der ausdrücklichen legislatorischen Differenzierung! So verständlich die bundesrätliche Haltung von der Sache her ist, so problematisch erscheint sie aus dem Gesichtswinkel des positiven Rechts (vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1975, Nr. 31).

[99] Vgl. für den neuesten Stand der Rechtsprechung BVerwGE 39, 197ff., wo die Fiktion der einzigen im konkreten Fall richtigen rechtlichen Lösung preisgegeben wird; dazu etwa die Anmerkung von Otto Bachof in JZ 1972, S. 208; Roland Jarosch, Die Fiktion des unbestimmten Rechtsbegriffs, DÖV 1974, S. 123ff.; zur Divergenz der neuesten Entwicklung in der deutschen und in der französischen Verwaltungsrechtsprechung Martin Bullinger, Unbestimmte Gesetzesbetriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss, Köln usw. 1974, S. 19ff.

[99a] In BGE 100 Ib 386f.; vgl. 99 Ib 67.

[100] Wegweisend ist noch immer die Bemerkung Horst Ehmkes («Ermessen» und «unbestimmter Rechtsbegriff» im Verwaltungsrecht, Recht und Staat, Heft 230/31, Tübingen 1960, S. 45: «Bei allen Unterschieden in Form und Umfang der Bindung der Verwaltung ist das Ermessensproblem ein allgemeines und einheitliches verwaltungsrechtliches Problem: das der verwaltungsgerichtlich nicht nachprüfbaren Handlungsfreiheit der Verwaltung. Das Ermessen ist nicht ein defizienter Modus der Gesetzesanwendung, sondern gehört zum Wesen der Verwaltung.»

8. Besondere Rechtsverhältnisse

Das «besondere Gewaltverhältnis» ist Relikt früherer Rechtsstrukturen ebenso wie die Konzession, wenigstens in der rechtlichen Ausgestaltung, die ihm nach traditioneller Dogmatik zukommt: «zumeist aus der Haus- und Herrengewalt entwickelt»[101], zum Teil besondere Treuepflichten konstituierend, entsprechend mit lehnsrechtlichen Vorstellungen durchsetzt[102], «Relikt des Obrigkeitsstaats»[103], jedenfalls die Gehorsamspflicht des Bürgers steigernd, den Behörden weitestes Ermessen einräumend[104]. So begriffen ist das besondere Gewaltverhältnis Fremdkörper in der modernen rechtssatzmäßig durchnormierten Rechtsordnung, ja es lassen sich Praxis und Literatur leicht dazu verführen, sogar die Verfassungsordnung darin durchbrochen zu sehen. Das Bundesgericht ist während langer Zeit dieser Versuchung wenigstens in einer Hinsicht erlegen: Bis in die neueste Zeit hat es die Behörden im besondern Gewaltverhältnis vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtsbeschränkungen dispensiert[105]; heute erklärt es (immer noch weniger deutlich als das deutsche Bundesverfassungsgericht)[106]: «Aus rechtsstaatlichen Gründen erscheint es unerläßlich, die wichtigsten mit Untersuchungshaft oder Strafvollzug verbundenen Freiheitsbeschränkungen durch einen allgemeinen Erlaß zu regeln, um den Gefangenen vor Willkür zu schüt-

[101] HANS J. WOLFF/OTTO BACHOF, Verwaltungsrecht, I, 9. Aufl., München 1974, S. 212.

[102] So IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (oben Anm. 46), S. 79/80; zur deutschen Sicht des Beamtenverhältnisses vgl. BGHZ 16, 200, ferner etwa die Referate von HERBERT KRÜGER und CARL HERMANN ULE über das Besondere Gewaltverhältnis in VVdStRL, H. 15, 1957.

[103] ERICH BECKER, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVdStRL, H. 14, 1956, S. 96.

[104] Vgl. etwa FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 166f.

[105] So noch in BGE 97 I 52, 842/843; 98 Ib 305.

[106] Vgl. BVerfGE 33, 1ff.; zur Entwicklung der deutschen Doktrin und Rechtsprechung HANS-UWE ERICHSEN, Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts (oben Anm. 24), S. 219ff.; vgl. neuerdings einen Beschluß des BVerwG vom 15.11.1974, DÖV 1975, S. 347ff.

zen. ... Jede allgemeine Ordnung dieser Art wird (indessen) gewisse Generalklauseln enthalten, da nicht alle im Einzelfall sich stellenden Probleme voraussehbar sind.»[107] Und ferner: «Ganz allgemein ist der Träger der Anstalt bei der Ausgestaltung der Beziehungen zwischen ihr und ihren Benützern an die für alle Verwaltungstätigkeit geltenden Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, Rechtsgleichheit und Verhältnismäßigkeit gebunden...»[108] In ständiger Rechtsprechung hat dagegen das Bundesgericht auch die «besonderer Gewalt» unterstellten Bürger als Grundrechtssubjekte anerkannt – auch die Beamten, selbst in politisch bewegtesten Zeiten[109].

Die völlige Integrierung des besonderen Gewaltverhältnisses in die heutige rechtsstaatliche Verfassungsordnung ist eine Aufgabe von hoher dogmatischer und praktischer Bedeutung, und wenn das Bundesgericht in wenigen Entscheidungen den Ausdruck «besonderes Gewaltverhältnis» überzeugend durch «besonderes Rechtsverhältnis» oder «besonderes Pflichtverhältnis» ersetzte[110], so war das nicht nur ein psychologisches Zückerchen (wie das Bundesgericht später antönte)[111], sondern der terminologische Nachvollzug eines wichtigen dogmatischen Umdenkens: «Wir können... Abschied nehmen vom besonderen Gewaltverhältnis»[112]. Wie

[107] BGE 99 Ia 268; vgl. auch schon 98 Ia 365/66.

[108] BGE 98 Ia 366.

[109] Vgl. hiezu etwa André Grisel, Droit administratif suisse (oben Anm. 24), S. 249 ff.; Otto K. Kaufmann, Grundzüge des schweizerischen Beamtenrechts, ZBl 73, 1972, S. 379 ff., 386 ff.; Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., Bern 1975, S. 325 f.

[110] So in BGE 98 Ia 365; 98 Ib 305.

[111] BGE 99 Ia 268: «Ob dieses spezifische Abhängigkeitsverhältnis entsprechend der herkömmlichen Terminologie als besonderes Gewaltverhältnis bezeichnet wird oder ob man aus psychologischen Gründen (!) den Begriff der Gewalt vermeidet und – nicht klarer, aber weniger hart – von einem besonderen Rechtsverhältnis... oder einem besonderen Pflichtverhältnis spricht, hat auf die sich dabei stellenden verfassungsrechtlichen Fragen keinen Einfluß...»

[112] Erichsen, a.a.O. (Anm. 106), S. 242, im Anschluß an Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, S. 212, und andere; vgl. auch Guido Köhl, Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1955, S. 73 ff.

kurze Blicke etwa in den gegenwärtigen Strafvollzug erkennen lassen, ist aber noch ein weiter Weg zurückzulegen, bis von jener dogmatischen Erkenntnis die soziale Wirklichkeit durchdrungen ist.

Weder VwG noch OG erwähnen die Rechtsfigur des «besondern Rechts- (oder Gewalt-)Verhältnisses», aber sie nehmen auf besondere Rechtsverhältnisse Bezug: so durch Sonderregeln für die prozessuale Verfolgung von Streitigkeiten aus Beamtenverhältnissen (Art. 98, lit. a; 100 lit. e [verbunden mit 101 lit. d], 116 lit. a OG; ferner: Art. 3 lit. b VwG, 104 lit. c Ziff. 2 OG) und aus militärischen Rechtsverhältnissen (Art. 100 lit. d OG, Art. 3 lit. d, 46 lit. c, 74 lit. d VwG); ferner sind die autonomen eidgenössischen Anstalten und Betriebe dem VwG und – grundsätzlich – dem bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren unterstellt, ebenso wie «andere Instanzen oder Organisationen außerhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen» (Art. 1 Abs. 2 lit. c und e VwG, Art. 98 lit. d und h OG). Es bietet sich also das Bild weitestgehender Einbeziehung besonderer Rechtsverhältnisse in das System prozeduralen Bundesverwaltungsrechts, vor allem in das System des eidgenössischen Verwaltungsrechtsschutzes; Ausnahme ist bloß der militärische Bereich, der in prozeduraler Hinsicht weitgehend isoliert, «autonom» geblieben ist – keineswegs zu seinem Vorteil: Die zuständigen Instanzen tun sich offensichtlich schwer mit der Einführung hinreichenden Rechtsschutzes, und auch eine befriedigende Ausbalancierung zwischen individuellen Grundrechtsansprüchen und Anforderungen der – notwendig streng hierarchisierten und notwendig strenge Sonderpflichten begründenden – militärischen Ordnung bereitet Mühe[113].

Für alle andern (eidgenössisch geregelten) besondern Rechtsverhältnisse aber bewirkt die Unterstellung unter VwG und OG integrale Bindung an die Herrschaft der Gesetze, wie sie im voran-

[113] Zur rechtsstaatlichen Absicherung des militärischen Subordinationsverhältnisses vgl. GERHARD JAKOB, Die rechtsstaatliche Stellung des schweizerischen Wehrmannes, ZBl 75, 1974, S. 12ff., ferner den unlängst ergangenen, höchst bemerkenswerten Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. November 1973, DÖV 1974, S. 169ff.

gehenden Abschnitt skizziert wurde. Und es wird in VwG und OG auch bestätigt, daß besondere Rechtsverhältnisse integral der Verfassung unterworfen sind; denn als «Rechtswidrigkeit», welche im streitigen Verwaltungsverfahren stets gerügt werden kann (Art. 104 lit. a OG/Art. 49 lit. a VwG) gilt immer auch, ja primär: Verfassungswidrigkeit.

Allerdings ist dem positiven Befund ein Vorbehalt anzufügen: Wichtige besondere Rechtsverhältnisse entziehen sich der Herrschaft von OG und VwG, weil sie nicht von eidgenössischem, sondern von kantonalem Recht regiert werden (Schulwesen – mit gewissen Ausnahmen –, Strafvollzugswesen, kantonale Beamtenverhältnisse). Aber das Bundesgericht hat sich vielleicht nicht zuletzt vom neuen eidgenössischen Verwaltungsverfahrens- und -prozeßrecht bestimmen lassen, als es auch kantonale besondere Rechtsverhältnisse – auf staatsrechtliche Beschwerden hin – konsequenter als früher den einschlägigen Verfassungsnormen und dem Gesetzmäßigkeitsprinzip unterstellte.

Schluß

Die Grundthese der vorliegenden Arbeit hat sich in vielfältiger Weise bestätigt: Die Ausstrahlungen des prozeduralen positiven Verwaltungsrechts und der dazu ergangenen Rechtsprechung auf das materielle Recht sind zahlreich und intensiv, sie treffen die zentralen Problembereiche des materiellen Verwaltungsrechts. Es kann dies auch gar nicht anders sein, wenn man sich die «Hilfsfunktion» des Verwaltungsprozeßrechts und seine notwendige Anknüpfung an Verwaltungshandlungen vergegenwärtigt, und wenn man ferner die «neue» Erkenntnis nachvollzieht, daß der administrative Entscheid weithin Funktion des administrativen Entscheidungsverfahrens ist. Materielles und prozedurales Verwaltungsrecht – wie materielles und prozedurales Recht in irgendeinem Rechtsbereich – sind interdependent, sie beeinflussen einander wechselseitig. Rechtssetzende und rechtsanwendende Behörden und eben auch die Wissenschaft haben sich diese Verkoppelung gleichermaßen bewußt zu machen: die kantonalen Gesetzgeber,

von denen einige, wie bemerkt, die Aufgabe einer Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens- und -prozeßrechts erst noch zu bewältigen haben, ebenso wie Bundesgericht, Bundesrat und kantonale Rechtsanwendungsbehörden, die, wie sich gezeigt hat, durch ihre Konkretisierung prozeduralen Gesetzesrechts die Auswirkungen auf materielles Recht in gewissem Rahmen steuern können. Gerade der bedeutsame Anlaß des vorliegenden Bandes, der hundertjährige Geburtstag des schweizerischen Bundesgerichts, drängt dazu, auf diese Bedingtheit und Wirkungsmöglichkeiten des prozeduralen Rechts und der mit seiner Anwendung betrauten Behörden hinzuweisen.

Anhang: Übersicht über die wichtigsten kantonalen Verwaltungsrechtspflegeerlasse

Zürich
Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959

Bern
Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Oktober 1961
Gesetz über Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens... vom 7. Juni 1970

Luzern
Gesetz über die Organisation des Verwaltungsgerichts und die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972

Schwyz
Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974

Obwalden
Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 4. März 1973
Verordnung über das Verwaltungsgerichtsverfahren vom 9. März 1973

Nidwalden
Gesetz über die Organisation und das Verfahren der Gerichte (Gerichtsgesetz) vom 28. April 1960

Solothurn
Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 15. November 1970

Basel-Stadt
Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 14. Juni 1928

Basel-Landschaft
Gesetz über die Rechtspflege in Verwaltungs- und Sozialversicherungssachen vom 22. Juni 1959/25. September 1972
Gesetz über die Organisation der Staats- und Bezirksverwaltung und das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Kantons und der Bezirke vom 28. April 1958

Schaffhausen
Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971

St. Gallen
Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965

Graubünden
Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 9. April 1967
Verordnung über das Verfahren in Verfassungs- und Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat vom 30. November 1966 (GR)

Aargau
Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968

Tessin
Legge di procedura per le cause amministrative vom 19. April 1966

Waadt
Arrêté fixant la procédure pour les recours administratifs du 15 septembre 1952

Wallis
Loi sur l'organisation et les attributions du tribunal du contentieux de l'administration du 1er décembre 1877
Siehe auch: Beschluß des Staatsrates vom 11. Oktober 1966 über das Verwaltungsverfahren vor dem Staatsrat und seinen Departementen

Genf
Loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970
Loi instituant un code de procédure administrative du 6 décembre 1968