

Allgemeines Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre



Universität Zürich

AVR – VL4

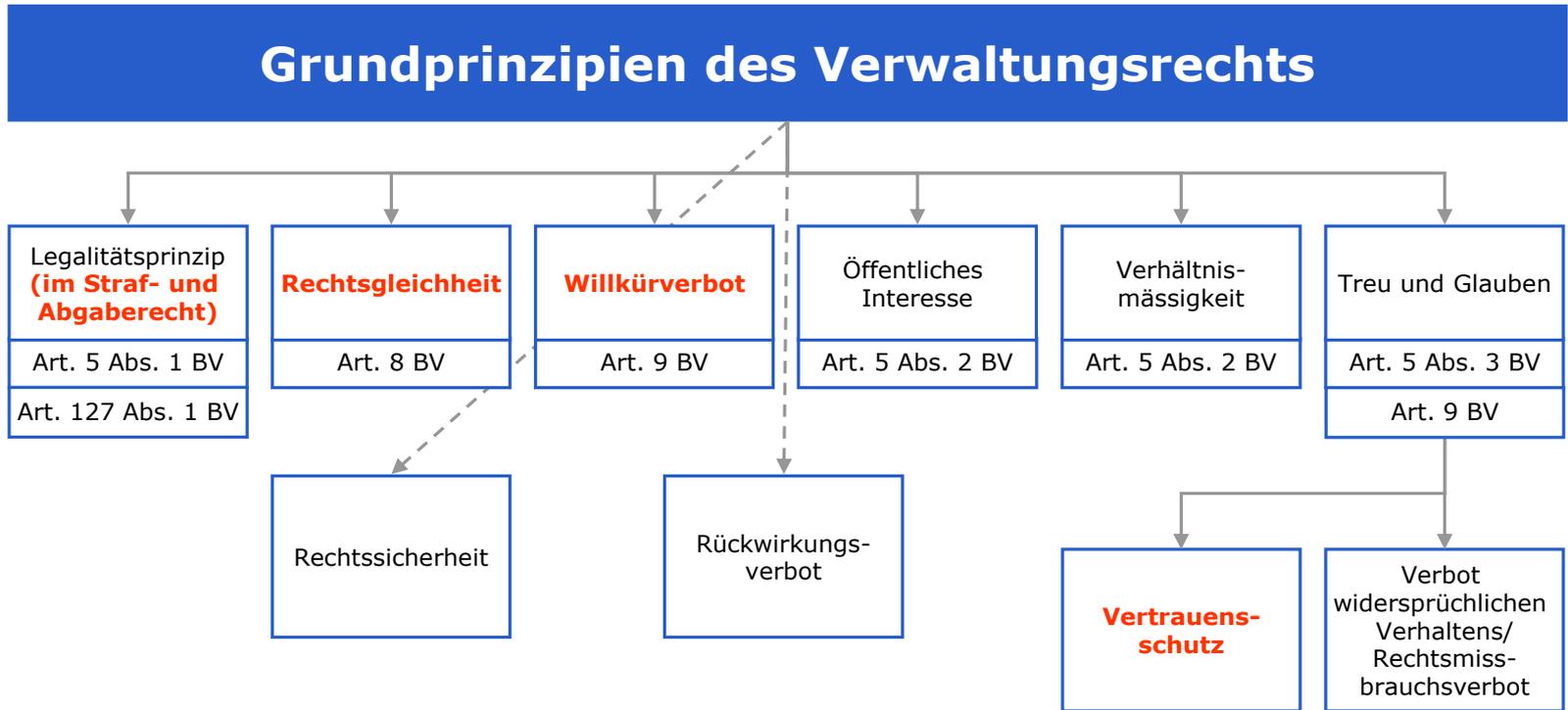
HS 2021

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit

§ 6

der Verwaltung





= verfassungsmässige Rechte (vgl. BGE 140 I 381, 386)

Weitere einschlägige verfassungsmässige Rechte (keine Grundprinzipien):
Grundrechte, Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV), Verbot der Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV), derogatorische Kraft von Bundesrecht (Art. 49 Abs. 1 BV), Grundsatz der Gewaltentrennung etc.

Art. 116 BGG Beschwerdegründe

Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von **verfassungsmässigen Rechten** gerügt werden.

Art. 115 BGG Beschwerderecht

Zur Verfassungsbeschwerde ist berechtigt, wer:

[...]

- b. ein **rechtlich geschütztes Interesse** an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat.

Beurteilen Sie § 2 des deutschen, heute nicht mehr in Kraft stehenden Strafgesetzbuchs vom 18. Juli 1935:

«Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanken auf sie am besten zutrifft.»



Genügend bestimmte Norm
(Erfordernis des Rechtsatzes)



"Wichtiges" gehört ins Gesetz
(Erfordernis der Gesetzesform)

BGE 109 Ia 273 ff.

«[D]as Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...].»

BGE 141 II 169, 171 f. E. 3.2

«[Nach Art. 164 Abs. 1 BV] sind die wichtigen Recht setzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen.»

BGE 143 II 162, 169 E. 3.2.1

«Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in die Verfassungsrechte sowie von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen sachgerechten Entscheidung ab.»

(vgl. ebenso BGE 139 I 280, 284 E. 5.1; 131 II 13 ff.)

Art. 164 Gesetzgebung

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

- a. die Ausübung der politischen Rechte; → «Wichtiges» gehört ins Gesetz
- b. die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;
- c. die Rechte und Pflichten von Personen;
- d. den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;
- e. die Aufgaben und die Leistungen des Bundes;
- f. die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;
- g. die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.

² Rechtsetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird.

Was ist «wichtig»?

- Eingriffsintensität
- Zahl der Betroffenen
- Finanzielle Auswirkungen
- Akzeptanz und politische Bedeutung
- (- Eignung und Flexibilität)

BVGer, Urteil A-2743/2018 vom 20. März 2019, E. 4.2

«Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, das heisst die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind [...].»

- Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein.
- Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein.
- Die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken.
- Die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein.

(Siehe auch BGE 144 II 376, 379 E. 7.2)



BGE 141 II 169 ff.

«Die grundlegenden Bestimmungen als dem formellen Gesetzgeber vorbehaltene Befugnisse dürfen nicht delegiert werden. Andere Rechtsetzungsbefugnisse können jedoch durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Art. 164 Abs. 2 BV).»

- Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein.
- Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein.
- Die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken.
- Die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein.

=

«Wichtiges» gehört ins Gesetz?

Gesetzliche Grundlage

- Die Gesetzesdelegation darf nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein.
- Die Delegationsnorm muss in einem Gesetz enthalten sein.
- Die Delegation muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken.
- Die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, müssen in einem Gesetz umschrieben sein.

Gesetzesvertretende Verordnung

Abgrenzung:
gesetzesvertretende Verordnung

Gesetzliche Grundlage

Keine Delegation!

Vollziehungs- verordnung

Vollziehungsverordnung

Prüfung der Gesetzmässigkeit

1. Erfordernis des Rechtssatzes

- a) Generell-abstrakt?
- b) Zuständige Behörde?
- c) Genügend bestimmt?



Nein (a): → Allgemeinverfügung? Rechtsnatur?
Nein (b od. c): → Gesetzmässigkeitsprinzip **verletzt**

Prüfung der Gesetzmässigkeit

Ja (a, b und c erfüllt)

2. Erfordernis der Gesetzesform

- **erfüllt**, wenn wie Gesetz oder Verfassung erlassen (Verfahren!)
- falls Rechtssatz eine Verordnung ist:
Genügende Grundlage der Verordnung
 - entweder in **Verfassung** (selbstständige Verordnungen, v. a. Vollziehungsverordnungen, bspw. Polizeinotverordnung)?
 - oder in **Gesetz** (unselbstständige, gesetzesvertretende Verordnungen)?, dann:

Voraussetzungen der **Gesetzesdelegation** erfüllt?

- nicht durch Verfassung verboten?
- Delegationsnorm im Gesetz enthalten?
- auf bestimmte Materie beschränkt?
- Grundzüge der Regelung ("wichtige" Regelungen) im Gesetz enthalten?
- oder Ausnahme (Sonderstatusverhältnis, Verwaltung öffentlicher Grund, Aussenpolitik etc.)

§ 3 Verordnung über den Ortsbildschutz

Bauten und Reklamen dürfen die Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen. Sie müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht.

§ 228 Baugesetz

Der Regierungsrat erlässt Vorschriften

- a) ...
- b) ...
- c) über den Schutz der Ortsbilder,
- d) ...

Eine Verfügung verbietet das neue Reklameschild an Ihrem Geschäft. Nach Meinung der Behörde entstehe am Ortsbild keine gute Gesamtwirkung. Besteht eine hinreichende gesetzliche Grundlage?

Was ist die Verfügungsgrundlage?

§ 3 Verordnung über den Ortsbilschutz

Prüfung der Gesetzmässigkeit

1. Erfordernis des Rechtssatzes

- a) Generell-abstrakt?
- b) Zuständige Behörde?
- c) Genügend bestimmt?

- a) Ja
- b) Ja
- c) Ja (diskutabel)

→ **Nein** (a): → Allgemeinverfügung? Rechtsnatur?
Nein (b od. c): → Gesetzmässigkeitsprinzip **verletzt**

Rechtssatz ist Verordnung (§3)
Selbständig oder **unselbständig**?

Prüfung der Gesetzmässigkeit

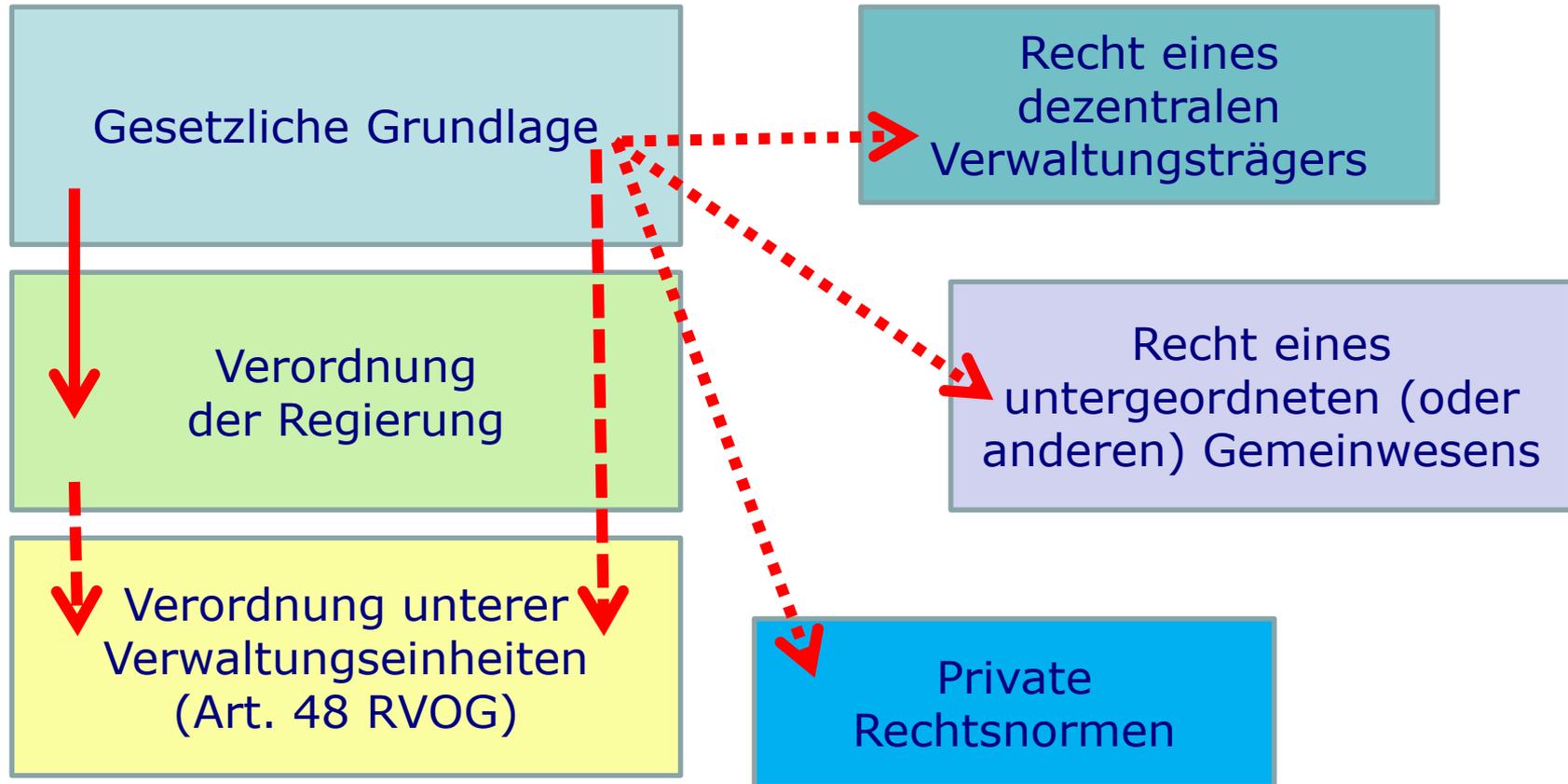
Ja (a, b und c erfüllt)

2. Erfordernis der Gesetzesform

- **erfüllt**, wenn wie Gesetz oder Verfassung erlassen (Verfahren!)
- wenn Rechtssatz eine Verordnung ist:
Genügende Grundlage der Verordnung
 - entweder in **Verfassung** (selbstständige Verordnungen, v. a. Vollziehungsverordnungen, bspw. Polizeinotverordnung)?
 - oder in **Gesetz** (unselbstständige, gesetzesvertretende Verordnungen)?, dann:
Voraussetzungen der **Gesetzesdelegation** erfüllt?
 - nicht durch Verfassung verboten?
 - Delegationsnorm im Gesetz enthalten?
 - auf bestimmte Materie beschränkt?
 - Grundzüge der Regelung ("wichtige" Regelungen) im Gesetz enthalten?
- oder Ausnahme (Sonderstatusverhältnis, Verwaltung öffentlicher Grund, Aussenpolitik etc.)

Unselbständige Verordnung

- Ja
- Ja
- Ja (diskutabel)
- Ja (diskutabel)



1. Legalitätsprinzip im Abgaberecht

(→ §§ 42 ff.; BGE 145 I 52, 65 E. 5.2.1)

2. Legalitätsprinzip und Aussenpolitik

Bundesgesetz über die Pflege des schweizerischen Erscheinungsbildes im Ausland

194.1

vom 24. März 2000 (Stand am 1. Januar 2009)

1. Legalitätsprinzip im Abgaberecht
(→ §§ 42 ff.)
2. Legalitätsprinzip und Aussenpolitik
3. Legalitätsprinzip und administrative Hilfstätigkeit
4. Legalitätsprinzip im Sonderstatusverhältnis

BGE 139 I 280, 286 f. E. 5.3.1

«Personengruppen, die in einer besonders engen Rechtsbeziehung stehen, sind ebenfalls in ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützt; die Anforderungen an Normstufe und Normdichte der Eingriffsgrundlage sind jedoch dann weniger streng, wenn Grundrechtseinschränkungen infrage stehen, **die sich in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses** [Hervorhebung nur hier] ergeben [...].»

VGer. ZH, AN.2020.7 vom 8. Juli 2021

"[Aus dem Sonderstatusverhältnis] fliesst jedoch lediglich die Befugnis, solche Disziplinar massnahmen vorzusehen, die sich aus dem zwischen ihr und den Studierenden bestehenden Verhältnis ergeben bzw. welche mit diesem in Zusammenhang stehen. Dies gilt bei entsprechenden Verstössen etwa für die Verweigerung von Leistungen, welche die Beschwerdegegnerin gegenüber Studierenden aufgrund ihres Auftrags grundsätzlich erbringt, oder für den Ausschluss Studierender von der Nutzung entsprechender Einrichtungen. [...] Disziplinarische Massnahmen, die keinen direkten Zusammenhang mit dem Anstaltsverhältnis haben, lassen sich demgegenüber nicht mehr mit der Anstaltsautonomie begründen. Derartige Massnahmen – worunter die hier strittige Verwaltungsbusse fällt – bedürfen vielmehr einer Grundlage im formellen Gesetz."

1. Legalitätsprinzip im Abgaberecht
(→ §§ 42 ff.; BGE 145 I 52, 65 E. 5.2.1)
2. Legalitätsprinzip und Aussenpolitik
3. Legalitätsprinzip und administrative Hilfstätigkeit
4. Legalitätsprinzip im Sonderstatusverhältnis
5. Legalitätsprinzip und Benutzung öffentlicher Sachen
(→ §§ 32 ff.)
6. Polizeiliche Generalklausel
(→ § 38)

Gesetzmässigkeit (Impfgutscheine)

§ 6



**Bundesgesetz
über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten
des Menschen
(Epidemiengesetz, EpG)**

818.101

vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020)

Gibt es eine gesetzliche Grundlage im Epidemiengesetz (bzw. könnte gestützt auf das EpG eine Verordnungsbestimmung geschaffen werden)?

2. Kapitel: Information und Informationsaustausch

Art. 9 Information

¹ Das BAG informiert die Öffentlichkeit, bestimmte Personengruppen sowie Behörden und Fachpersonen über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und über die Möglichkeiten zu deren Verhütung und Bekämpfung.

² Es veröffentlicht regelmässig Zusammenstellungen und Analysen über die Art, das Auftreten, die Ursachen und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten.

³ Es veröffentlicht Empfehlungen zu Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten und zum Umgang mit Krankheitserregern und passt sie regelmässig dem aktuellen Stand der Wissenschaft an. Sind andere Bundesämter betroffen, so handelt das BAG im Einvernehmen mit diesen.

⁴ Das BAG und die zuständigen kantonalen Behörden koordinieren ihre Informationstätigkeit.

Art. 21 Förderung von Impfungen

¹ Die Kantone fördern Impfungen, indem sie:

- a. die von den Impfempfehlungen betroffenen Personen über den nationalen Impfplan informieren;
- b. den Impfstatus von Kindern und Jugendlichen während der obligatorischen Schulzeit regelmässig überprüfen;
- c. dafür sorgen, dass die von den Impfempfehlungen betroffenen Personen vollständig geimpft sind.

² Sie können insbesondere:

- a. Impfungen im Rahmen des Schulgesundheitsdienstes anbieten;
- b. Impfungen unentgeltlich durchführen oder Impfstoffe unter dem Marktpreis abgeben.

6. Kapitel: Förderungsmassnahmen

Art. 50 Finanzhilfen an öffentliche und private Organisationen

Das BAG kann im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfen gewähren an öffentliche und private Organisationen für Massnahmen im nationalen öffentlichen Interesse zur Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten.

Art. 6 Besondere Lage

¹ Eine besondere Lage liegt vor, wenn:

- a. die ordentlichen Vollzugsorgane nicht in der Lage sind, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen, und eine der folgenden Gefahren besteht:
 1. eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr,
 2. eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit,
 3. schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche;
- b. die Weltgesundheitsorganisation (WHO) festgestellt hat, dass eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite besteht und durch diese in der Schweiz eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht.

² Der Bundesrat kann nach Anhörung der Kantone folgende Massnahmen anordnen:

- a. Massnahmen gegenüber einzelnen Personen;
- b. Massnahmen gegenüber der Bevölkerung;
- c. Ärztinnen, Ärzte und weitere Gesundheitsfachpersonen verpflichten, bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten mitzuwirken;
- d. Impfungen bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären.

³ Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) koordiniert die Massnahmen des Bundes.

2. Abschnitt:

Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen

Art. 40

¹ Die zuständigen kantonalen Behörden ordnen Massnahmen an, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Sie koordinieren ihre Massnahmen untereinander.

² Sie können insbesondere folgende Massnahmen treffen:

- a. Veranstaltungen verbieten oder einschränken;
- b. Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen;
- c. das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken.

³ Die Massnahmen dürfen nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen.

Selbst wenn die Impfgutscheine mit dem EpG kompatibel wären:

Sind die Impfgutscheine nicht so wichtig, dass sie eigentlich vom Gesetzgeber erlassen werden müssten (finanzielle Auswirkungen, Anzahl Betroffene, politische Bedeutung, neue Rechte)?

Oder ist es zulässig, den Begriff der "Information" auf Verordnung durch eine Vollziehungsverordnung zu "präzisieren"?

a) Materiell-rechtlich

Prüfung der Gesetzmässigkeit

Erfordernis des Rechtssatzes

- a) Generell-abstrakt?
- b) Zuständige Behörde?
- c) **Genügend bestimmt?**

b) Prozessual

Art. 49 VwVG

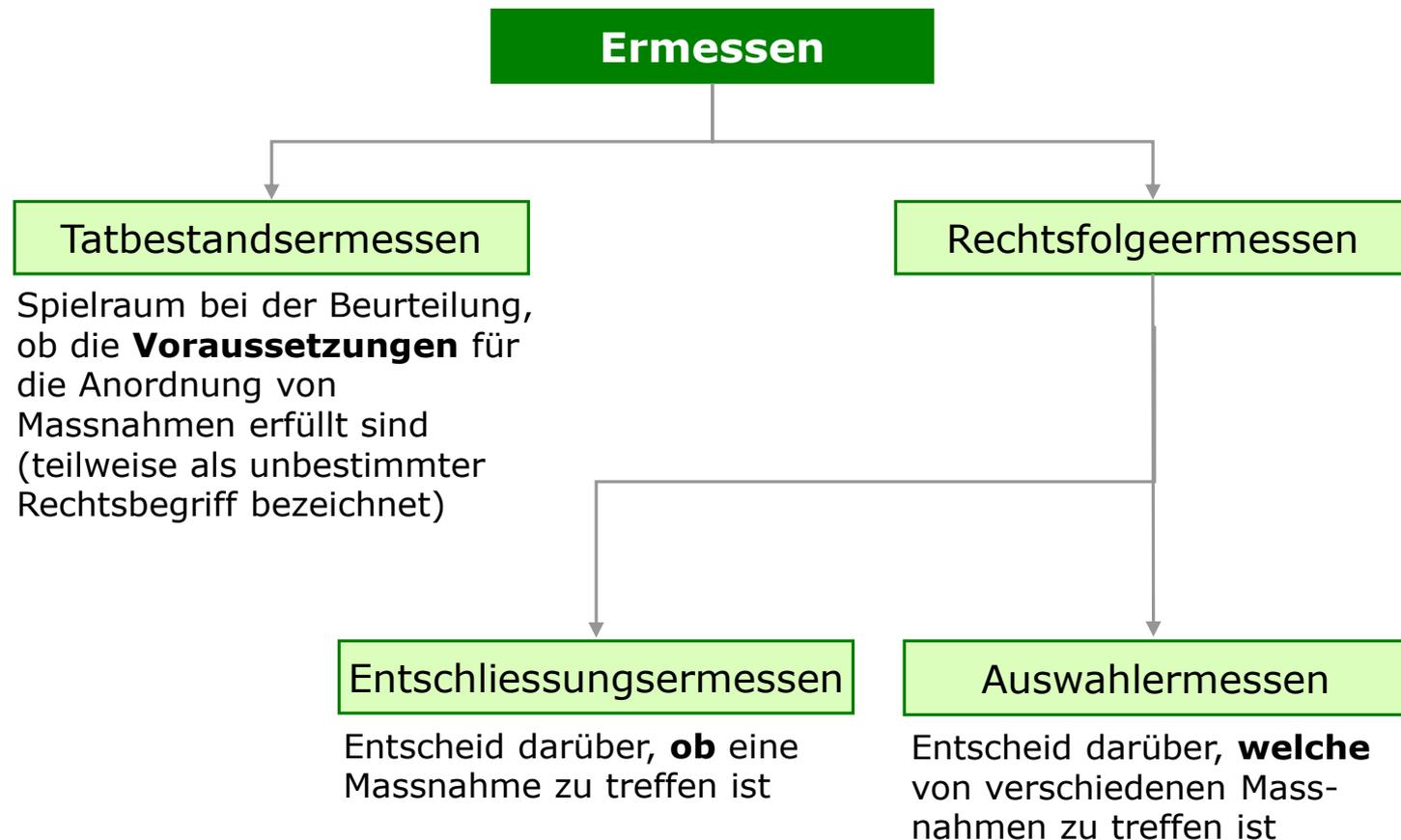
Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;
- b. Unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes;
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Qualifizierter Fehler?

Ermessen oder unbestimmter Rechtsbegriff?

Ermessensbegriff (abweichende Auffassung) § 6



Typologie nach dem Ermessenszweck (vgl. Habil. Schindler, § 7):

Einzelfallermessen

im Einzelfall angemessene Umsetzung des Gesetzes

Anpassungsermessen

flexible Umsetzung des Gesetzes an sich wandelnde Umstände

Sachverständigenermessen

Nutzung von spezialisiertem Sachverstand bei der Umsetzung des Gesetzes

Politisches Ermessen

politisch gestaltende Fortsetzung und Ergänzung des Gesetzes

Managementermessen

wirtschaftliche (effiziente) Umsetzung des Gesetzes

Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor,

- wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt, oder
- wenn Tatbestandsermessen gegeben ist (abweichende Definition).

[Nach der neueren Lehre räumen alle offenen Normen Ermessen ein. Auf die Figur des unbestimmten Rechtsbegriffs kann verzichtet werden; vgl. Habil. Schindler, Rz. 242 ff.]

Bedeutung der Abgrenzung des unbestimmten Rechtsbegriffs zum Ermessen: Wer ist für die Konkretisierung zuständig (Verwaltung oder Gerichte)?

Kriterium der Abgrenzung ist (nach der hier vertretenen Auffassung) die **Eignung** von Verwaltung oder Gerichten zur Konkretisierung der Norm, wobei soweit möglich auf Sinn und Zweck des massgebenden Gesetzes abzustellen ist.



Unangemessenheit

Keine Rechtsverletzung;
i.d.R. keine Prüfung durch
Verwaltungsgerichte



Ermessensmissbrauch



Ermessensüberschreitung

Rechtsverletzung;
Prüfung durch
Verwaltungsgerichte



Ermessensunterschreitung

 = Ermessensbereich