

Allgemeines Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre



Universität Zürich

AVR – VL2

HS 2021

Die Auslegung des Verwaltungsrechts

§ 3



1. Grammatikalische Auslegung
2. Systematische Auslegung
3. Historische Auslegung
4. Zeitgemässe Auslegung
- 5. Teleologische Auslegung**

Pragmatischer Methodenpluralismus

ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis
(**teleologische Auslegung** [vgl. BGE 143 III 646 E. 3])

Interessenabwägung → Öffentliches Interesse

Analogieschluss – qualifiziertes Schweigen (und Lücken)

Verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung

BGE 129 III 335 ff., 350 E. 6

"Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen. [...] Wird [...] die schweizerische Ordnung einer ausländischen - hier der europäischen - angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt. [...] Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten."

(vgl. auch BGE 145 III 91 ff., 98 E. 2.2.2.2.; 144 III 285 ff., 290 E. 2.2.2)



BGE 145 II 153 ff.

Mit Schreiben vom 5. September 2016 und vom 12. Dezember 2016 beantragte A. den Erlass einer Verfügung bezüglich seiner Nichtanstellung als Zeitmilitär. Zur Begründung machte er geltend, ihm sei die Anstellung infolge seiner sexuellen Orientierung (Homosexualität) verweigert worden. Es sei daher abzuklären, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege.

Art. 3 Gleichstellungsgesetz lautet:

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf ihren Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft.

Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung [...]

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

101

vom 18. April 1999 (Stand am 1. Januar 2021)

Art. 8 Rechtsgleichheit

¹ Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

² Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

³ Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

⁴ Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor.

Fragen der Studierenden: Auslegung

Terrassenstreit

Wie ist der sog. "Terrassenstreit" unter Auslegungsgesichtspunkten zu beurteilen?



818.101.26

**Verordnung
über Massnahmen in der besonderen Lage zur
Bekämpfung der Covid-19-Epidemie
(Covid-19-Verordnung besondere Lage)**

vom 19. Juni 2020 (Stand am 1. März 2021)

Art. 5a²³ Besondere Bestimmungen für Restaurations-, Bar- und Clubbetriebe
sowie für Diskotheken und Tanzlokale

¹ Der Betrieb von Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben sowie von Diskotheken
und Tanzlokalen ist verboten.

Fragen der Studierenden: Auslegung

² Das Verbot gilt nicht für folgende Betriebe:

- a. Betriebe, die Speisen und Getränke als Takeaway anbieten, und Lieferdienste für Mahlzeiten;
- b. Betriebskantinen, die ausschliesslich im betreffenden Betrieb arbeitende Personen verköstigen und betreffend die Abgabe und die Konsumation von Speisen und Getränken folgende Massnahmen im Schutzkonzept vorsehen:
 1. für die Konsumation im Restaurationsbereich gilt eine Sitzpflicht,
 2. bei der Konsumation muss der erforderliche Abstand von jeder Person eingehalten werden;
- c. Mensen oder Tagesstrukturangebote der obligatorischen Schulen, die ausschliesslich Schülerinnen und Schüler, Lehrpersonen sowie die Angestellten der Schule verköstigen;
- d. Restaurations- und Barbetriebe, die lediglich für Hotelgäste zur Verfügung stehen; für diese gilt Folgendes:
 1. die Grösse der Gästegruppen darf höchstens 4 Personen pro Tisch betragen; dies gilt nicht für Eltern mit Kindern,
 2. für die Gäste gilt eine Sitzpflicht, namentlich dürfen Speisen und Getränke nur sitzend konsumiert werden,
 3. zwischen den Gästegruppen muss entweder der erforderliche Abstand eingehalten oder müssen wirksame Abschränkungen angebracht werden,
 4. die Betreiber müssen die Kontaktdaten von mindestens einem Gast pro Gästegruppe erheben.

³ Betriebe nach Absatz 2 Buchstaben a und d dürfen zwischen 06.00 und 23.00 Uhr geöffnet sein.

Fragen der Studierenden: Auslegung

Art. 5b²⁵ Besondere Bestimmungen für Wintersportorte

¹ Gemeinden mit Skigebieten und zahlreichen Wintersportgästen (Wintersportorte) müssen ein Schutzkonzept erarbeiten und umsetzen, das Massnahmen zur Gewährleistung der Abstandsvorgaben und zur Vermeidung von Menschenansammlungen im öffentlichen Raum vorsieht.

² Das Schutzkonzept muss namentlich Folgendes vorsehen:

- a. die Koordination der Öffnungszeiten von Geschäften und Restaurationsbetrieben sowie die Ausgestaltung der davor liegenden Zugangs- und Wartebereiche im öffentlichen Raum;
- b. die Lenkung des Personenflusses, namentlich im Bereich von Haltestellen des öffentlichen Verkehrs und bei Parkplätzen, in Koordination mit den Massnahmen des Betreibers des Skigebiets;
- c. die Angabe der Lokalitäten, in denen Covid-19-Tests durchgeführt werden können;
- d. den Einsatz von Personal, das die Einhaltung der Massnahmen überwacht.

Art. 5c²⁶ Besondere Bestimmungen für Betreiber von Skigebieten [...]





Terrassenstreit

- Grammatikalische Auslegung: nicht ergiebig bzw. eher für Verbot
- **Systematische Auslegung: Welche Bestimmung ist spezifischer (lex specialis) zur anderen?**
- Historische Auslegung: Quellen nicht schlüssig (Bedeutung der Erläuterungen des Bundes?)
- Zeitgemässe Auslegung: Neue Erkenntnisse?
- **Teleologische Auslegung: Was schützt besser?**
- Verfassungskonforme Auslegung: im Zweifel für die kantonale Autonomie?

Verwaltungsrecht und Privatrecht

§ 4



	Öffentliches Recht	Privatrecht
Subordinations- theorie	<p>Staat</p>  <p>Privater</p>	<p>Staat Privater</p> 
Interessenstheorie	<ul style="list-style-type: none"> • Wahrnehmung vorwiegend öffentlicher Interessen 	<ul style="list-style-type: none"> • Wahrnehmung vorwiegend privater Interessen
Funktionstheorie	<ul style="list-style-type: none"> • Erfüllung öffentlicher Aufgaben 	<ul style="list-style-type: none"> • Keine Erfüllung öffentlicher Aufgaben
Modale Theorie	<ul style="list-style-type: none"> • Öffentlich-rechtliche Sanktion 	<ul style="list-style-type: none"> • Privat-rechtliche Sanktion

Was (Norm, Rechtsbeziehung, Tätigkeit des Gemeinwesens, Organisationseinheit) würden Sie in folgenden Beispielen dem Privatrecht, was dem öffentlichen Recht zuordnen? Nach welchen Kriterien? Mit welchen Konsequenzen?

- § 238 des Zürcher Baugesetzes
"Bauten, Anlagen und Umschwung sind für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung im ganzen und in ihren einzelnen Teilen so zu gestalten, dass eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird; diese Anforderung gilt auch für Materialien und Farben."
- Rechtsnatur von Netzanschlussverhältnissen? (vgl. BGE 144 III 111 ff. bzw. nicht publizierte E. 3 in BGer, Urteil 4A_305/2017 vom 18.01.2018)
- Warnung des BAG betreffend den Verzehr von Vacherin Mont d'Or? (→ §§ 30-32)
- Rechtsnatur der Swisscom AG? (→ § 24)
- Aushängen von Plakaten im Bahnhof Zürich (vgl. BGE 138 I 274 ff.; → § 24, §§ 32-33)?

Bundespersonalgesetz (BPG)

172.220.1

vom 24. März 2000 (Stand am 1. Januar 2018)

Art. 6 Anwendbares Recht

¹ Das Personal steht in den von der Bundesverfassung und von der Gesetzgebung geregelten Rechten und Pflichten.

² Soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts²⁹ (OR).

[...]



BGE 138 I 113 ff., 120 f. E. 6.5

"Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die fristlose Entlassung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis für die kündigende Partei mit höheren Risiken verbunden ist als im Privatrecht, und zwar einerseits wegen den formellen Anforderungen an eine rechtmässige fristlose Entlassung und andererseits wegen den Folgen einer formell oder materiell widerrechtlichen fristlosen Entlassung für den Arbeitgeber und damit die öffentliche Hand. Daraus folgt, dass dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber eine längere Reaktionszeit zuzubilligen ist, damit er die Verfahrensvorschriften einhalten und den die Kündigung begründenden Sachverhalt abklären und nachweisen kann, bevor er die Kündigung ausspricht. [...] Während im Zivilrecht eine fristlose Kündigung in der Regel innert weniger Arbeitstage auszusprechen ist und eine längere Frist nur zugestanden wird, sofern praktische Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens dies als berechtigt erscheinen lassen, vermögen im öffentlichen Personalrecht weitere sachliche Gründe (z.B. rechtliches Gehör, Verfahrensvorschriften) ein längeres Zuwarten zu rechtfertigen [...]."

(vgl. auch BGer, Urteil 8C_719/2018 vom 17. Dezember 2019 E. 3.2.2)

Obergoms Tourismus AG

In den Semesterferien war ich im Goms auf Langlaufskiern unterwegs. Die Langlaufloipen werden von der "Obergoms Tourismus AG" betrieben, die, soweit ich das beurteilen kann, nach allen in § 4 erwähnten Theorien privatrechtlich auftritt, sie hat also keine verwaltungsrechtlichen Kompetenzen/Aufgaben. Die Loipen verlaufen jedoch teilweise auf öffentlichen (aufgrund des Schnees gesperrten) Strassen. Trifft meine Beurteilung zu und hat die Tatsache der öffentlichen Strassen einen Einfluss auf die Abgrenzung Privatrecht - Öffentliches Recht?

Fragen der Studierenden: Privatrecht



Obergoms Tourismus AG

- Rechtsform und Organisation: **Privatrecht** (HR-Auszug)
- Verhältnis zu den Gemeinden: **Öffentliches Recht**, da (vermutlich) Subventionen, Tätigkeit im öffentlichen Interesse / öff. Aufgabe
- Aussenverhältnis: **Privatrecht**, z.B. Ferienhausvermittlung, typische privatwirtschaftliche Tätigkeit
- Haftung: **vermutlich Privatrecht**, z.B. diffamierende Homepage etc., wie ein Privater
- Loipen: **eher öffentliches Recht**, auf jeden Fall bei hoheitlicher Tätigkeit (z.B. Bussen), Übertragung