

sui generis

KEIT IM EN RECHT

Die Nichtigkeit
im öffentlichen Recht
Von der Evidenztheorie zum
verfassungsunmittelbaren
Nichtigkeitsbegriff
Yannick Weber

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Yannick Weber

Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht

**Von der Evidenztheorie zum
verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff**

«Nur das Nichtige hat Bestand»
Friedrich Dürrenmatt

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Oktober 2023 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation abgenommen. Lehre und Rechtsprechung wurden bis Frühjahr 2023 berücksichtigt.

Mein Dank gebührt zahlreichen Personen, in erster Linie meiner Doktormutter und akademischen Lehrerin Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Helen Keller. Als ihr Assistent und Doktorand durfte ich eine schöne und lehrreiche Zeit an ihrem Lehrstuhl verbringen, wofür ich ihr stets in Dankbarkeit verbunden bleiben werde. Prof. Dr. iur. Thomas Gächter vermochte mein Interesse für methodische Fragen in der Anwendung des öffentlichen Rechts zu wecken. Dafür, für spannende inhaltliche Diskussionen und für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens bin ich ihm zu grossem Dank verpflichtet. Prof. Dr. iur. Christoph Beat Graber hat mir während meiner Zeit als Hilfsassistent an seinem Lehrstuhl den Wert neuer Perspektiven beim kritischen Nachdenken über die Rechtsordnung vermittelt. Dafür danke ich ihm von Herzen.

Für die Lektüre verschiedener Versionen des Manuskripts und ihre kritischen Anmerkungen danke ich den Herren Dr. iur. Christoph Raess, MLaw Jan Ruflin und Dr. iur. Gabriel Speck. Ihnen und allen weiteren Personen, denen ich aus unterschiedlichen Gründen zu Dank verpflichtet bin, sei hiermit ein Druckexemplar dieser Arbeit versprochen, und es sei ihnen bereits vorab verziehen, falls selbiges ungelesen im Regal verstauben sollte.

Zürich, im Herbst 2023

Yannick Weber

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXV

Einleitende Bemerkungen	1
§1 Einleitung	1
§2 Aufbau und Vorgehen	4

1. Teil: Die tradierte Nichtigkeitsdefinition	9
§3 Anwendungsbereich der Nichtigkeitsdefinition	10
§4 Elemente der tradierten Definition	30
§5 Kritik der Evidenztheorie	87

2. Teil: Die Nichtigkeitsdefinition im Lichte ihrer Funktion und ihrer dogmatischen Grundlagen	101
§6 Funktion einer Differenzierung von Fehlerfolgen	101
§7 Rechtliche Grundlage der Nichtigkeit	110
§8 Eine neue Nichtigkeitsdefinition	133

3. Teil: Die verfahrensrechtliche Behandlung nichtiger Akte	149
§9 Nichtigkeit als Verfahrensgegenstand	149
§10 Konsequenzen einer Feststellung der Nichtigkeit	167

Ergebnisse	173
§11 Fazit	173
§12 Zusammenfassung	177

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXV

Einleitende Bemerkungen	1
§1 Einleitung	1
§2 Aufbau und Vorgehen	4

1. Teil: Die tradierte Nichtigkeitsdefinition	9
§3 Anwendungsbereich der Nichtigkeitsdefinition	10
I. Einseitige hoheitliche Anordnungen	10
1. Verfügungen	10
2. Urteile	13
3. «Nichturteile»	14
II. Verträge	15
1. Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge	15
2. Bloss indirekte Bedeutung bei privatrechtlichem Staatshandeln	18
III. Nichtstaatliche Anordnungen	21
1. Verbindlichkeit beanspruchende private Handlungen	21
2. Schiedsgerichtsbarkeit	23
IV. Realakte?	24
V. Generell-abstrakte Regelungen	26
1. Nichtigkeit als Folge der Normenhierarchie?	26
2. Nicht publizierte Rechtssätze	29
§4 Elemente der tradierten Definition	30
I. Schwer(wiegend)er Mangel	30
1. Unzuständigkeit	32
a) Erfordernis der «qualifizierten» Unzuständigkeit	33
b) Sachliche Unzuständigkeit	38
i) <i>Schwerwiegendes Fehlen</i>	38
ii) <i>Analogie zum Zivilprozessrecht</i>	44

	iii) «Allgemeine Entscheidungsgewalt» der Behörde	46
	iv) Ergebnis	53
	c) Funktionelle Unzuständigkeit	54
	d) Örtliche Unzuständigkeit	58
	e) Zwischenfazit	60
	2. Verfahrens-, Form- und Eröffnungsfehler	62
	3. Inhaltliche Mängel	66
	a) Lehre	66
	b) Rechtsprechung	69
	c) Zwischenfazit	74
	II. Offensichtlichkeit oder Erkennbarkeit	75
	1. Für wen?	75
	2. Wann?	78
	3. Wie?	79
	4. Ergebnis	81
	III. Keine Gefährdung der Rechtssicherheit	82
§5	Kritik der Evidenztheorie	87
	I. Konturlosigkeit der Evidenztheorie	87
	1. Problem des Vergleichsobjekts	89
	2. Unklarer Erkenntnishorizont der Erkennbarkeit	91
	3. Rechtssicherheit als untauglicher Orientierungspunkt	92
	II. Vermischung von Fehlerhaftigkeit und Nichtzustandekommen	94
	III. Nicht überzeugende Anknüpfung an die Erkennbarkeit	95
	IV. Abschied von der Evidenztheorie als Gebot der Rechtssicherheit	98
<hr/>		
	2. Teil: Die Nichtigkeitsdefinition im Lichte ihrer Funktion und ihrer dogmatischen Grundlagen	101
§6	Funktion einer Differenzierung von Fehlerfolgen	101
	I. Unwerturteil	103
	II. Herbeiführung nicht anders erzielbarer Verfahrensergebnisse	103
	III. Aufhebung nicht streitgegenständlicher Entscheide	107
	IV. Nichtigkeitskognition als Notventil	108
	V. Zwischenfazit	109
§7	Rechtliche Grundlage der Nichtigkeit	110
	I. Dogmatische Relevanz	110
	II. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte	113

1. Legalitätsprinzip	113
a) Recht als notwendige Grundlage von Hoheitsakten	113
b) Art. 5 Abs. 1 BV als Verfassungsgrundlage der Nichtigkeit	115
2. Vertrauensschutz	118
3. Willkürverbot	120
4. Nichtige Anordnungen als Grundrechtsbeeinträchtigungen?	122
III. Nichtigkeitsbegriffe in Normtexten	
des öffentlichen Rechts	123
1. Verfassung	123
2. Schuldbetreibungsrecht	124
3. Öffentliches Personalrecht	126
4. Bürgerrecht	130
IV. Zwischenfazit	131
§8 Eine neue Nichtigkeitsdefinition	133
I. Dogmatische und praktische Anforderungen	133
II. Untauglichkeit einer Privatrechtsanalogie	135
III. Der verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff	139
IV. Vorgehen zur Prüfung der Nichtigkeit	142
<hr/>	
3. Teil: Die verfahrensrechtliche Behandlung nichtiger Akte	149
§9 Nichtigkeit als Verfahrensgegenstand	149
I. Vorfrageweise Ausübung der Nichtigkeitskognition	150
II. Hauptfrageweise Behandlung der Nichtigkeit	152
1. Behördenseitige Feststellung der Nichtigkeit ohne Gesuch	152
2. Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit	154
a) Vor Ablauf der Rechtsmittelfrist	155
i) <i>Geltendmachung der Nichtigkeit durch</i> <i>Rechtsmittelerhebung</i>	155
ii) <i>Feststellung der Nichtigkeit als Fall der Gutheissung</i>	156
iii) <i>Unveränderte Geltung der Prozessvoraussetzungen</i>	159
b) Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist	162
c) Aufschiebende Wirkung	165
III. Ergebnisse	166
§10 Konsequenzen einer Feststellung der Nichtigkeit	167
I. Unheilbares Ausbleiben der Rechtskraft	168
II. Erfolgte Vollzugshandlungen und Folgeentscheide	170

Ergebnisse	173
§11 Fazit	173
§12 Zusammenfassung	177

Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführte Literatur wird mit den Nachnamen ihrer Autorinnen und Autoren sowie gegebenenfalls den *kursiv* gesetzten Titelstichwörtern oder gemäss dem in Klammern gesetzten Hinweis zitiert. Einzelne Angaben nur einmal zitierter Quellen von untergeordneter Bedeutung finden sich in den entsprechenden Fussnoten.

ABEGG ANDREAS, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge, Habil. Freiburg 2008, Zürich 2009

ACKERMANN JÜRG-BEAT, Absolute Nichtigkeit von amtlichen Prozesshandlungen im Zürcher Strafprozess – eine Skizze, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 315 ff.

ACKERMANN SCHWENDENER CHRISTINE, Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts, Zürich 2000

ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 2000

ALIG JONAS, Revisionsbedürftige eidgenössische Volksinitiative: Analyse eines Rechtsinstituts im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Rechtsstaat, Zürich 2023

AMONN KURT / WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013

AMSTUTZ MARC

- Form und Funktion im *Wettbewerbsbeschränkungsrecht*: Bemerkungen zu BGE 127 II 32, in: SZW 2001, S. 248 ff.
- Der *Text des Gesetzes*: Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, in: ZSR 126/2007, S. 237 ff.

ANNACKER CLAUDIA, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht, Wien 1998

ARIOLI SILVIO, Das Verbot der willkürlichen und rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1968

- AUBRY GIRARDIN FLORENCE / DONZALLAZ YVES / BOVEY GRÉGORY / FRÉSARD JEAN-MAURICE (Hrsg.), *Commentaire de la LTF*, 3. A., Bern 2022 (zit. BEARBEITER, Art. ... LTF, N. ...)
- AUER ANDREAS, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Bern 2016
- AUER CHRISTOPH / MÜLLER MARKUS / SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), *VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar*, 2. A., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER, Art. ... VwVG, N. ...)
- BACHMANN GREGOR, *Anspruch auf Verfahren und Entscheid*, Bern 2019
- BAUMANN ANDREAS, *Das Baubewilligungsverfahren nach aargauischem Recht*, Zürich 2007
- BAUMBERGER XAVER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006
- BEETSCHEN BRUNO, *Die materielle Rechtskraft der Verfügungen*, Diss. Zürich 1923
- BERNARD FRÉDÉRIC, *La protection de la bonne foi*, in: Bellanger, François; Bernard, Frédéric (Hrsg.), *Les grands principes du droit administratif*, Zürich 2022, S. 155 ff.
- BERNATZIK EDMUND, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886
- BIAGGINI GIOVANNI
- *Verfassung und Richterrecht*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Basel 1991
 - *Methodik in der Rechtsanwendung*, in: Peters Anne / Schefer Markus (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts; Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow*, Bern 2004, S. 27 ff.
 - Art. 2, in: Rüssli Markus / Häner Isabelle / Schwarzenbach Heusser Evi (Hrsg.), *Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung*, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, Art. 2 KV/ZH, N. ...)
 - *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, 2. A., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. ... N. ...)
- BICKEL JÜRIG, *Auslegung von Verwaltungsrechtsakten*, Diss. Freiburg 2013, Bern 2014

BINDER ANJA MARTINA

- *Expertenwissen* und Verfahrensgarantien, Zürich 2016
- *Verwaltungsrechtspflege* des Kantons Zürich, Zürich / St. Gallen 2021

BISAZ CORSIN

- Die direkte *Anfechtbarkeit von Realakten* im Verfahrensrecht des Kantons Graubünden, in: ZBl 121/2020, S. 3 ff.
- *Nicht eintreten* oder abweisen?, in: ZBl 124/2023, S. 3 ff.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, Aktienrecht mit Rechnungslegung, Zürich/Genf 2022.

BOCKSANG HOLA GABRIEL, Voidness and voidability of unilateral administrative acts in the Western tradition, in: Rose-Ackerman Susan / Lindseth Peter L. / Emerson Blake (Hrsg.), *Comparative administrative law*, 2. A., Cheltenham/Northampton 2017, S. 420 ff.

BOLLER MARCEL, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie, Zürich 2016

BOMMER FELIX, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, in: ZBJV 151/2015, S. 350 ff.

BOSSHARDT OSKAR, Verfassungswidrige Steuerabkommen, in: ZBl 52/1951, S. 33 ff.

BOUCHAT CLÉA, L'effet suspensif en procédure administrative, Basel 2014

BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, Bern 2000

BRUNNER ARTHUR / BÜRKI CHRISTOPH, Allgemeine Rechtsgrundsätze im öffentlichen Prozessrecht, in: Brunner Arthur / Kocher Martin / Seiler Moritz / Stadelmann Thomas (Hrsg.), νόμοις πείθου – gehorche den Gesetzen: Liber amicorum für Hansjörg Seiler, Bern 2022, S. 263 ff.

BRUNNER FLORIAN, Verfahren mit mehreren Parteien im öffentlichen Recht, Von Verfügungsadressatinnen, Streitgenossen, Beigeladenen und anderen Parteien, Zürich 2021

BURCKHARDT JENNY HELENE, Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung im Bundespersonalgesetz im Vergleich mit den Regelungen des Obligationenrechts, Zürich 2021

BURCKHARDT WALTHER, Methode und System des Rechts, Zürich 1936

BÜRKI CHRISTOPH, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Bern 2011

- CADOTSCH GISEP, Die Nichtigkeit und die Nichtigkeitsbeschwerde in der Verwaltungsrechtspflege der schweizerischen Kantone: Unter Berücksichtigung der bezüglichen Lehre und Rechtsprechung der an die Schweiz angrenzenden Staaten, Diss. Freiburg, Disentis 1916
- CAHIER PHILIPPE, Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, in: RGDIP 1972, S. 645 ff.
- CARONI MARTINA / TAYLAN MAYA, Zwingendes Völkerrecht, in: recht 2015, S. 55 ff.
- CHAKSAD DAVID, Die verwaltungsrechtliche Aufsichtsanzeige, Zürich 2015
- CORLETTO DANIELE, Sulla nullità degli atti amministrativi, in: Casetta Elio / Romano Alberto / Scoca Franco Gaetano (Hrsg.), Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Padova 2007, S. 51 ff.
- COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1983, 2. A., Zürich 1991
- DROESE LORENZ, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2015
- DRUEY JEAN NICOLAS, Interessenabwägung – eine Methode?, in: Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 131 ff.
- DUBEY JACQUES, Art. 5, in: Martenet Vincent / Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. DUBEY, Art. 5 BV, N. ...)
- DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014
- DUBS HANS, Richterrecht und Rechtssicherheit, in: SJZ 87/1991, S. 293 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD / EGLI PATRICIA / HETTICH PETER / HONGLER PETER / SCHINDLER BENJAMIN / SCHMID STEFAN G. / SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich / St. Gallen 2023 (zit. BEARBEITER, St. Galler Kommentar BV, Art. ... BV, N. ...)

- ENGI LORENZ, Zum Prinzipienbegriff im öffentlichen Recht, in: ZBl 118/2017, S. 59 ff.
- ENGLER THOMAS, Die nichtige Betreibung, in: ZZZ 37/2016, S. 44 ff.
- ERICHSEN HANS-UWE, Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess, ein dogmengeschichtlicher Beitrag zu Rechtsbindung, Rechtswidrigkeit und Rechtsschutz im Bereich staatlicher Eingriffsverwaltung, Frankfurt am Main 1971
- ERRASS CHRISTOPH, Zur Notwendigkeit der Einführung einer Popularchwerde im Verwaltungsrecht, in: AJP 2010, S. 1351 ff.
- ESCHER ELISABETH / LEVANTE MARCO, Schnittstellen zwischen SchKG und Verwaltungsrecht, in: ZZZ 56/2021, S. 737 ff.
- FASSBENDER BARDO, Verfassung als plurales Gefüge, in: Diggelmann Oliver / Hertig Randall Maya / Schindler Benjamin / Thüerer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 187 ff.
- FELLER RETO, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, Diss. Bern 2006, Zürich/St. Gallen 2007
- FISCHER EUGEN, Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt, in: BJM 1980, S. 113 ff.
- FLEINER FRITZ, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Tübingen 1928
- FLEINER-GERSTER THOMAS, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1980
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand?, Bern 1998
- FORSTHOFF ERNST, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. A., München 1973
- FORSYTH CHRISTOPHER, The Metaphysic of Nullity: Invalidity, Conceptual Reasoning and the Rule of Law, in: Derselbe / Hare Ivan (Hrsg.), The golden metwand and the crooked cord, Essays on public law in honour of Sir William Wade QC, Oxford 1998, S. 141 ff.

- FRANK MARTIN, Rechtsfragen der Nichtigkeit von Verwaltungsakten (§§ 43 Abs. 3, 44 VwVfG), Neuerliche Durchleuchtung eines überkommenen Rechtsinstituts, Saarbrücken 2014
- FREY ERIKA DIANE, Der Leistungsvertrag und dessen Anwendung auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs, Zürich 2019
- FROWEIN JOCHEN A., Zum Begriff und zu den Folgen der Nichtigkeit von Verträgen im Völkerrecht, in: Ehmke Horst (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 107 ff.
- FUHRER CORINA, Die Umsetzung kantonaler Volksinitiativen, Zürich 2019
- FÜRER JACOB, Willkür – ein Verstoss gegen die Rechtsgleichheit, Diss. Freiburg 1916
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Zürich 2005
- GADOLA ATTILIO R., Die unverzichtbaren und unverjähmbaren Grundrechte als verfahrensrechtliches Scheinproblem, Rückbesinnung auf die Dogmatik der Nichtigkeitsgründe, in: recht 1995, S. 34 ff.
- GÄHWILER FABIAN, Das erstinstanzliche Verfahren im allgemeinen Staatshaftungsrecht, Darstellung und Vergleich der Regelungen von Bund und Kantonen sowie Reformvorschläge de lege ferenda, Zürich 2021
- GAUCH PETER, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, in: Bau-recht 2003, S. 3 ff.
- GENNER SUSANNE, Zur Abgrenzung von Rechtsakt und Realakt im öffentlichen Recht, in: AJP 2011, S. 1153 ff.
- GIACOMETTI ZACCARIA
- Die *Verfassungsgerichtsbarkeit* des schweizerischen Bundesgerichtes, Die Staatsrechtliche Beschwerde, Zürich 1933
 - *Allgemeine Lehren* des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), Zürich 1960
- GONIN LUC, Droit constitutionnel suisse, Zürich/Basel/Genf 2021
- GRIFFEL ALAIN
- (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. A., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER, Kommentar VRG, § ..., N. ...)

- Privatrechtliche *Anstellungen* durch öffentliche Arbeitgeber, in: ZSR139/2020, S. 451 ff.
- Allgemeines *Verwaltungsrecht* im Spiegel der Rechtsprechung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2022

GRISEL ANDRÉ

- *Droit administratif suisse*, 1. A., Neuenburg 1970
- *Traité de droit administratif*, Neuenburg 1984

GRISEL RAPIN CLÉMENCE, *La légalité*, in: Bellanger François/Bernard Frédéric (Hrsg.), *Les grands principes du droit administratif*, Zürich 2022, S. 37 ff.

GUCKELBERGER ANNETTE, *Der Widerruf von Verfügungen im schweizerischen Verwaltungsrecht*, in: ZBl 108/2007, S. 293 ff.

GUENG URS, *Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen*, in: ZBl 71/1970, S. 449-465; 473-489; 497-512

GUGGENHEIM DANIEL, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, *Essai d'une théorie générale*, Diss. Genf, Paris 1970

GUGGENHEIM PAUL, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, in: *Recueil des cours = Collected Courses of The Hague Academy of International Law 1949 I*, S. 195 ff.

GULDENER MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 1979

GUTH MICHÈLE, *Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht*, Zürich 2017

GUTMANNBAUER HEIDRUN, *Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln*, Zürich 2011

GYGI FRITZ

- *Zur Rechtsbeständigkeit von Verfügungen*, in: ZBl 83/1982, S. 149 ff.
- *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983
- *Verwaltungsrecht*, Eine Einführung, Bern 1986

HABSCHIED WALTHER J., *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. A., Basel 1990

HÄFELIN ULRICH, *Vermutungen im öffentlichen Recht*, in: Müller Georg (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, *Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel 1982, S. 625 ff.

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2020

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich, St. Gallen 2020

HALLER WALTER / KÖLZ ALFRED / GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, Eine juristische Einführung in die allgemeine Staatslehre, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2020

HÄNER ISABELLE, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsprozesses im Bund, Zürich 2000

HANGARTNER YVO

- *Bundesgericht*, II. öffentlichrechtliche Abteilung, 8.5.1992, L. c. Kantonspolizei Zürich, Verwaltungspolizeiabteilung (2P.283/1991), Staatsrechtliche Beschwerde, in: AJP 1993, S. 76 ff.
- Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von *Scheinverfügungen*, in: AJP 2003, S.1053 ff.
- Behördenrechtliche *Kognitionsbeschränkungen* in der Verwaltungsrechtspflege, in: Bovay Benoît / Nguyen Minh Son (Hrsg.), *Mélanges Pierre Moor*, Bern 2005, S. 319 ff.

HÄNNI JULIA

- *Unabhängigkeit* der Gerichte – worum geht es?, Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts und unter Berücksichtigung der EMRK, ZSR 141/2022, S. 551 ff.
- *Verfassungsstruktur* des judikativen Rechts, Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidungsfindung unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Zürich 2022

HERING LAURA, Fehlerfolgen im europäischen Eigenverwaltungsrecht, Heilung und Unbeachtlichkeit in rechtsvergleichender Perspektive, Diss. Hamburg, Berlin/Heidelberg 2019

HIGI PETER, Betrachtungen zum richterlichen Nichtentscheid, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 59 ff.

HILL NOÉMIE M., Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen, Diss. Basel 2015

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II: Organisation, compétence et procédure, Bern 2010

HONSELL HEINRICH, Römisches Recht, 3. A., Berlin 1994

HUGUENIN CLAIRE

- Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlichrechtlichen *Vertrag*, in: ZBJV 118/1982, S. 489 ff.
- Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher *Vertragsmängel*, Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR, Bern 1984

HUNKELER DANIEL / AMACKER ARIANE (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, KUKO SchKG, Art. ... N. ...)

HURNI CHRISTOPH, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2018

IMBODEN MAX

- *Bundesrecht* bricht kantonales Recht, Ein Beitrag zur Lehre vom Bundesstaat unter Verarbeitung der schweizerischen Staatsrechtspraxis, Aarau 1940
- Der nichtige *Staatsakt*, Eine verwaltungsrechtliche Studie, Habil. Zürich 1944
- Der verwaltungsrechtliche *Vertrag*, Basel 1958

IMBODEN MAX / RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band 1: Allgemeiner Teil, 5. A., Basel 1976

JAAG TOBIAS

- Die Abgrenzung zwischen *Rechtssatz* und Einzelakt, Zürich 1985
- *Sanktionen*, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 933 ff.

JELLINEK WALTER, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Eine verwaltungs- und prozessrechtliche Studie, Tübingen 1908

JENNINGS ROBERT YEW DALL, Nullity and Effectiveness in International Law, in: Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair, London 1965, S. 64 ff.

JENT-SØRENSEN INGRID, Materielle Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit: Das Spannungsfeld zwischen Verbindlichkeit und Abänderbarkeit, in: SJZ 100/2004, S. 533 ff.

- JOSI CHRISTIAN, Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche in der Schweiz, Unter Berücksichtigung der Staatsverträge, des eidgenössischen Rechts, der kantonalen Konkordate sowie der bernischen Zivilprozessordnung, Bern 2005
- KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018
- KELLER HELEN, Rezeption des Völkerrechts, Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, Habil. Zürich 2002, Berlin/Heidelberg 2003
- KELLER HELEN / WEBER YANNICK
- Folgen für den *Grundrechtsschutz* und verfassungsrechtliche Gültigkeit der «Selbstbestimmungsinitiative», in: AJP 2016, S. 1007 ff.
 - Die *Zuständigkeit* zur Kündigung völkerrechtlicher Verträge, in: ZBl 121/2020, S. 119 ff.
- KELSEN HANS
- Über *Staatsunrecht*, Zugleich ein Betrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 1914, S. 1 ff.
 - *Allgemeine Staatslehre*, Berlin/Heidelberg/New York 1925
 - *Reine Rechtslehre*, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. A., Wien 1960
- KIENER REGINA / RÜTSCH BERNHARD / KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. A., Zürich 2021
- KLEIN FRANK, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003
- KLETT KATHRIN, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1984
- KLEY ANDREAS
- Anwendung und *Auslegung* des Verwaltungsrechts, in: Anwaltsrevue 2001, S. 15 ff.
 - Die *Feststellungsverfügung*, in: Ehrenzeller Bernhard / Mastronardi Philippe / Schaffhauser René / Schweizer Rainer J. / Vallender Klaus A. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 229 ff.

KNAPP BLAISE

- *Précis de droit administratif*, 4. A., Basel 1991
- *Nullité, annulabilité et inopposabilité ou comment empêcher un acte étatique de déployer ses effets*, in: Zen-Ruffinen Piermarco / Auer Andreas (Hrsg.), *De la constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel / Frankfurt am Main 1996, S. 587 ff.

KNEUBÜHLER LORENZ, *Die Begründungspflicht, Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide*, Bern 1998

KOCHER MARTIN, *Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen, Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien*, Bern 2018

KÖLZ ALFRED

- *Intertemporales Verwaltungsrecht*, in: ZSR102/1983, S. 105 ff.
- *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bern 2004

KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013

KÖLZ ALFRED / KOTTUSCH PETER, *Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahrenrecht: Eine Problemübersicht*, in: ZBl 79/1978, S. 421 ff.

KÖLZ CHRISTIAN, *Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Unter Berücksichtigung ausgewählter kantonalen Verfahrensgesetze und des Entwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich 2007

KORMANN KARL, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin 1910

KRADOLFER MATTHIAS, *Intertemporales öffentliches Recht, Ein Beitrag zum zeitlichen Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrechts*, Habil. Zürich 2019, Zürich / St. Gallen 2020

KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 6. A., München, Wien/Bern 2019

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, *SchKG, Kommentar: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 20. A., Zürich 2020

- KRIELE MARTIN, Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung, in: Lampe Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band X, Opladen 1985, S. 23 ff.
- KRUGMANN MICHAEL, Evidenzfunktionen, Diss. Hamburg, 1995, Berlin 1996
- KUDLICH HANS, Nichtigte Urteile im Zivil- und Strafprozessrecht, in: Uzunalli Sevilay (Hrsg.), Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Izmir 2015, S. 201 ff.
- LAUTERPACT ELIHU, The Legal Effect of Illegal Acts of International Organizations, in: Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair, London 1965, S. 88 ff.
- LEISNER WALTER GEORG, Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit?, Kritik an der Evidenzlehre zu § 44 Abs. 1 VwVfG, in: DöV 2007, S. 669 ff.
- LERCHE PETER, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin/Köln 1953
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Bern 1976
- LORANDI FRANCO, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Basel 2000
- MÄCHLER AUGUST
- *Vertrag* und Verwaltungsrechtspflege, Ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege, Habil. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2005
 - Die (unzureichende) gesetzliche Grundlage für staatliche *Ausgaben*, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, 15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 101 ff.
- MAHLMANN MATTHIAS, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. A., Baden-Baden/Basel 2023
- MAHON PASCAL, Art. 5, in: Aubert Jean-François / Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. MAHON, Art. 5 BV, N. ...)

- MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL / HERTIG RANDALL MAYA / FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'Etat, 4. A., Bern 2021
- MÄRKLI BENJAMIN, *Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone*, Zürich 2022
- MARTI ARNOLD, *Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit*, in: Diggelmann Oliver / Hertig Randall Maya / Schindler Benjamin / Thürer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 595 ff.
- MARTIN JÜRIG, *Leitfaden für den Erlass von Verfügungen, Grundlagen – Inhalt – Form – Rechtswirkungen*, Zürich 1996
- MARTIN JÜRIG / SELTMANN JAN / LOHER SILVAN, *Die Verfügung in der Praxis, Ein Leitfaden für Behörden, Adressaten und Anwälte*, 2. A., Zürich 2016
- MAYER OTTO, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, Leipzig 1895
- MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER / SETHE ROLF, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform*, 12. A., Bern 2018
- MERKL ADOLF, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig/Wien 1923
- MÖCKLI DANIEL, «Auf unehrliche Weise in unseren Staatsverband eingeschlichen», *Die Nichtigerklärung der Einbürgerung*, in: ZSR 138/2019, S. 381 ff.
- MOHLER MARKUS, *Diskriminierende Personenkontrollen: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorgaben – Rechtslage und Praxis*, in: Jusletter, 6. März 2017
- MÖLLERS THOMAS M. J., *Juristische Methodenlehre*, München 2017
- MOOR PIERRE
- *Le juge administratif et l'application de la loi*, in: Müller Jörg Paul / Badura Peter (Hrsg.), *Recht als Prozess und Gefüge*, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 667 ff.
 - *De la place de la prohibition de l'arbitraire dans l'ordre juridique, Réflexions sur le droit et la justice* in: Ehrenzeller Bernhard / Mastronardi Philippe / Schaffhauser René / Schweizer Rainer J. / Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 605 ff.

- «La *nullité* doit être constatée en tout temps et par toute autorité», in: Rüssli Markus / Hänni Julia / Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 41 ff.

MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I: Les fondements, 3. A., Bern 2012

MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, Droit administratif II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3. A., Bern 2011

MORET SÉBASTIEN, Zum Verhältnis zwischen Nichtigkeit und Novenrecht in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: ZZZ 33-34/2014-2015, S. 29 ff.

MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011

MOSIMANN HANS-JAKOB / VÖLGER WINSKY MARION / PLÜSS KASPAR, Öffentliches Recht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. A., Zürich 2017

MÜLLER GEORG

- Reservate staatlicher *Willkür* – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Müller Jörg Paul / Badura Peter (Hrsg.), Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 109 ff.
- Legitimation und *Kognition* in der Verwaltungsrechtspflege, in: ZBl 83/1982, S. 281 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen *Grundrechtstheorie*, Bern 1982

MÜLLER MARKUS

- *Legalitätssprinzip* – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, in: ZBJV 136/2000, S. 725 ff.
- *Verwaltungsrecht*, Eigenheit und Herkunft, Bern 2006
- *Rechtsdogmatik* als Staatsaufgabe?, in: Belser Eva Maria / Waldmann, Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 575 ff.
- Art. 49, in: Herzog Ruth / Daum Michel (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG; BSG 155.21), 2. A., Bern 2020 (zit. MÜLLER, Art. 49 VRPG, N. ...)
- Bernische *Verwaltungsrechtspflege*, 3. A., Bern 2021

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung (StPO / JStPO), Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. ... StPO, N. ...)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / UEBERSAX PETER / WIPRÄCHTIGER HANS / KNEUBÜHLER LORENZ / AEMISEGGER HEINZ (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. ... BGG, N. ...)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS / ACKERMANN JÜRG-BEAT (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht: Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. ... StGB, N. ...)

NOVAK RICHARD, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, Wien / New York 1967

OBERHAMMER PAUL, Vor Art. 236-242, in: Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik / Honsell Heinrich (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 1. A., Basel 2010

OBERHAMMER PAUL / DOMEJ TANJA / HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. A., Basel 2021 (zit. Bearbeiter, KUKO ZPO, Art. ... ZPO, N. ...)

OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Bern 2008

PAPPA CHRISTOPH / JAGGI DANIEL, Rechtsschutz Dritter beim Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen, in: AJP 2012, S. 800 ff.

PLAMPER BERNHARD, Die Nichtigkeit völkerrechtlicher Gerichtsentscheidungen, Unter besonderer Berücksichtigung von Entscheidungen zu Staatenstreitigkeiten, Diss. Potsdam 2009, Frankfurt am Main 2010

PLÜSS KASPAR

- *Zustellung* verwaltungsrechtlicher Verfügungen ins Ausland, Aktuelle Rechtslage und künftige Entwicklungen, in: ZBl 119/2018, S. 455 ff.
- *Eröffnungsfehler* und ihre Folgen, in: Häner Isabelle / Waldmann Bernhard (Hrsg.), 8. Forum für Verwaltungsrecht: Brennpunkt «Verfügung», Bern 2022, S. 103 ff.

RAESS CHRISTOPH, Die Grundrechtsbeeinträchtigung, Zürich 2020

- REISMAN W. MICHAEL / PULKOWSKI DIRK, Nullity in International Law, in: Peters Anne / Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), Oxford 2008 ff. (online)
- REUSSER CHRISTOPH / RUDOLPH ROGER, So nicht! Das Bundesgericht setzt der Zürcher Verwaltungsgerichtspraxis zur Evidenztheorie in personalrechtlichen Kündigungsstreitigkeiten Grenzen, in: Geiser Thomas / Hilb Martin / Pärli Kurt / Stengel Manuel / Wittmer Andreas (Hrsg.), Ein Kunstflug durch das Recht und die Governance, Festschrift zum 65. Geburtstag von Roland Müller, Zürich / St. Gallen 2021, S. 35 ff.
- RHINOW RENÉ / KOLLER HEINRICH / KISS-PETER CHRISTINA / THURNHERR DANIELA / BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 4. A., Basel 2021
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS / UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016
- RHINOW RENÉ A.
– Rechtsetzung und *Methodik*, Habil. Basel 1977, Basel/Stuttgart 1979
– *Verfügung*, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen; Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 295 ff.
- RHINOW RENÉ A. / KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Basel 1990
- RIEMER ERICH, Der gegenwärtige Stand der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, Breslau 1929
- RODRIGUEZ RODRIGO / GUBLER PATRIK, Die Abwehr von Betreibungsregister-einträgen ab dem 1. Januar 2019, in: ZBJV 155/2019, S. 12 ff.
- ROTH FLORIAN, Zur Nichtigkeit von Kündigungsverfügungen im Personalrecht, in: Jusletter, 9. März 2020
- ROUILLER NICOLAS, Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit, Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst, Diss. Basel, Bern 2002
- RUCH PASCAL, Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2013

RUCK ERWIN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Erster Band, 3. A., Zürich 1951

RUSCH ARNOLD F., Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil Zürich, Zürich / St. Gallen 2010

RÜTSCH BERNHARD, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosser Inspirationsquelle?, in: Schmid Jörg / Morawa Alexander H. E. / Heckendorn Urscheler Lukas (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Praxis, Legitimität und Methodik; Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich / Basel / Genf 2014, S. 119 ff.

SALADIN PETER, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Haller Walter (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 539 ff.

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001

SCHINDLER BENJAMIN

– 100 Jahre *Verwaltungsrecht* in der Schweiz, in: ZSR 2011 II S. 331 ff.

– *Verwaltungsersessen*, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich / St. Gallen 2010

SCHMALENBACH KIRSTEN, Art. 26, in: Dörr Oliver / Dieselbe (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, A commentary, Dordrecht 2018

SCHMID LUZIUS, Die Rechtskraft des negativen Verwaltungsaktes, Diss. Bern 1980

SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. A., Berlin 2004

SCHNEIDER ULRICH, Legalitätsprinzip und finales Recht, Ein Beitrag zur Diskussion über das New Public Management in der Schweiz, Bern 2001

SCHUHR JAN C., Rechtsdogmatik als Wissenschaft, Rechtliche Theorien und Modelle, Berlin 2006

SCHULTHESS STEFAN / WIEDERKEHR RENÉ, Aufsicht und Legalitätsprinzip, in: ZBl 110/2009, S. 181 ff.

SCHUMACHER RAINER / REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, System und Anwendung, 4. A., Zürich 2021

SCHWARZENBACH HANS RUDOLF, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine Einführung für Studierende und für die Praxis, 11. A., Bern 1997

SCHWEIZER RAINER J.

- *Verträge* und Abmachungen zwischen der Verwaltung und Privaten in der Schweiz, in: VVDStRL 1992, S. 314 ff.
- Zur *Nachführung* des Legalitätsprinzips, in: Bovay Benoît / Nguyen Minh Son (Hrsg.), *Mélanges Pierre Moor*, Bern 2005, S. 517 ff.

SCOLARI ADELIO, Diritto Amministrativo, Parte generale, Bellinzona 2002

SEILER BENEDIKT, Die erbrechtliche *Ungültigkeit*, Habil. Basel 2016, Zürich 2017

SEILER HANSJÖRG

- Praktische *Rechtsanwendung*, Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009
- *Rechtsbeständigkeit* und Änderung von Verfügungen in: Häner Isabelle / Waldmann Bernhard (Hrsg.), 8. Forum für Verwaltungsrecht: Brennpunkt «Verfügung», Bern 2022, S. 123 ff.

SPÜHLER KARL, Die Änderungen beim Beschwerdeverfahren nach dem revidierten Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, in: AJP 1996, S. 1345 ff.

STACHER MARCO

- Der unzuständige *Schiedsrichter*, Zu seiner Stellung in punkto Rechtsprechungskompetenz und seinem Rechtsverhältnis zu den Parteien, in: ZZZ 29/2013, S. 32 ff.
- Nicht- und *Scheinschiedssprüche* sowie nichtige Schiedssprüche, in: ZZZ 40/2016, S. 321 ff.

STAEHELIN DANIEL / BAUER THOMAS / LORANDI FRANCO (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. ... SchKG, N. ...)

STADELWIESER JÜRIG, Die Eröffnung von Verfügungen, Unter besonderer Berücksichtigung des eidgenössischen und des st. gallischen Rechts, St. Gallen 1994

STADLER MARCUS, Verwirkung wegen Treu und Glauben? Die Bedeutung dieses Grundsatzes für Verfahrensrügen der beschuldigten Person, Diss. Luzern 2021, Zürich 2022

SUTTER KASPAR, Vertrauen im Recht, Eine Theorie für den demokratischen Verfassungsstaat, Habil. Bern 2020, Zürich / St. Gallen 2020

TANNER MARTIN, Wiedererwägung, Revision von ursprünglich fehlerhaften und Anpassung von nachträglich fehlerhaft gewordenen Verfügungen, Zürich 2021

TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2018

THOUVENIN FLORENT, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im Markenrecht, in: *sic!* 2009, S. 544 ff.

THÜRER DANIEL, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, in: ZSR 106 II/1987, S. 415 ff.

THURNHERR DANIELA

- Die *Verwaltungsrechtspflege* im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, in: BJM 2013, S. 217 ff.
- *Verfahrensgrundrechte* und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Habil. Basel 2012, Zürich 2013

TRECHSEL STEFAN / PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. A., Zürich / St. Gallen 2021 (zit. Bearbeiter, Praxiskommentar StGB, Art. ..., N. ...)

TSCHANNEN PIERRE

- *Systeme* des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008
- *Staatsrecht* der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. A., Bern 2021

TSCHANNEN PIERRE / MÜLLER MARKUS / KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022

TSCHENTSCHER AXEL / LIENHARD ANDREAS / SPRECHER FRANZISKA, Öffentliches Recht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, öffentliches Verfahrensrecht, 2. A., Zürich / St. Gallen 2019

UHLMANN FELIX

- Die Schweizermacher, Widerruf und *Nichtigkeit* einer Verfügungsverfügung, in: *recht* 1995, 203 ff.
- Das *Willkürverbot* (Art. 9 BV), Habil. Basel 2005, Bern 2005
- Was tun eigentlich *Verfassungsgerichte*, wenn sie nicht zuständig sind? Problemzonen verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit, in: Good Andrea / Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie, Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 215 ff.

- *Legalitätsprinzip*, in: Diggelmann Oliver / Hertig Randall Maya / Schindler Benjamin / Thürer Daniel / Aubert Jean-François / Müller Jörg Paul (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 121 ff.

UHLMANN FELIX / FLEISCHMANN FLORIAN, *Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft*, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), *Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre*, 15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 7 ff.

VERHOEVEN JOE

- *Les nullités du droit des gens*, Paris 1981
- *Invalidity of Treaties: Anything New in/under the Vienna Conventions?*, in: Cannizzaro Enzo / Arsanjani Mahnoush H. (Hrsg.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford 2011, S. 297 ff.

VILLIGER MARK E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston 2009

VON DER CRONE HANS CASPAR, *Aktienrecht*, 2. A., Bern 2020

VON HIPPEL ERNST, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin/Heidelberg 1960

WALDER HANS ULRICH, *Zur Bedeutung des Begriffes absolut nichtiger Urteile im Lichte der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtslehre*, in: Lindacher Walter F. (Hrsg.), *Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag* 6. April 1989, Bielefeld 1989, S. 335 ff.

WALDMANN BERNHARD

- *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Eine Einführung, in: Derselbe/Häner Isabelle (Hrsg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zürich 2007, S. 1 ff.
- *«Bundesrecht bricht kantonales Recht»*. Eine Formel mit Fragezeichen, in: Rüssli Markus / Hänni Julia / Häggi Furrer Reto (Hrsg.), *Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen*, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 533 ff.

WALDMANN BERNHARD / BELSER EVA MARIA / EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK-BEARBEITER, Art. ... BV, N. ...)

WALDMANN BERNHARD / HÄNNI PETER, *Raumplanungsgesetz*, Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Bern 2006

- WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BEARBEITER, Praxiskommentar VwVG, Art. ..., N. ...)
- WALDMANN BERNHARD / WIEDERKEHR RENÉ, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019
- WALTER HANS PETER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, in: recht 1999, S. 157 ff.
- WALTHER FRIDOLIN, Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, in: SZPP 2005, S. 207 ff.
- WEBER YANNICK
- United Nations Security Council Resolutions and the European Court of Human Rights: Conflict or *Systemic Integration*?, A Case Study of Switzerland, in: Vidmar Jure / Kok Ruth A. (Hrsg.), Hague Yearbook of International Law 2017, Leiden/Boston 2019, S. 119 ff.
 - Die Rolle der *Verwaltungsrechtspflege* im Strafprozess, in: Bopp Dominik / Kistler Alexander / Lisik Nathalie / Reber Kristof (Hrsg.), Der Prozess, APARIUZ Band XXIV, Zürich 2023
- WEBER-DÜRLER BEATRICE
- *Vertrauensschutz* im öffentlichen Recht, Habil. Zürich, Basel 1983
 - Neuere *Entwicklung* des Vertrauensschutzes, in: ZBl 103/2002, S. 281 ff.
- WEISS MARCO, Vertragsanpassung bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, in: ZBJV 157/2021, S. 401 ff.
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE / OSER DAVID (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK-Bearbeiter, Art. ... OR, N. ...)
- WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Habil. Luzern, Bern 2006
- WIEDERKEHR RENÉ / MEYER CHRISTIAN / BÖHME ANNA
- Grundsätze rechtsstaatlichen Verfahrenshandelns, in: AJP 2023, S. 50 ff.
 - VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren mit weiteren Erlassen, Kommentar, Zürich 2022 (zit. WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, Art. ... VwVG, N. ...)
- WIEDERKEHR RENÉ / PLÜSS KASPAR, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020
- WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2012

- WINKLER GÜNTHER, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten: eine rechtstheoretische Grundlegung, Tübingen 1960
- WINTER KLAUS, Richterliche Willkür, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Gerichtsentscheidungen, in: Gerhardt Walter (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz, Köln 1992, S. 611 ff.
- WIRTHLIN MARTIN, Das Legalitätsprinzip im Bereich des Planungs- und Baurechts, Ausgewählte Aspekte unter besonderer Berücksichtigung des Luzerner Rechts, in: AJP 2001, S. 513 ff.
- WOLF STEPHAN / HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht, 2. A., Bern 2020
- WYSS MARTIN, Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtssetzungslehre, 15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 61 ff.
- ZÄCH ROGER / KÜNZLER ADRIAN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. A., Bern 2014
- ZEHNDER STEPHANIE, Die Heilung strafbehördlicher Verfahrensfehler durch Rechtsmittelgerichte, Diss. Luzern, Zürich 2016
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, Droit administratif, Partie générale et éléments de procédure, 2. A., Basel/Neuenburg 2013
- ZINGG SIMON, Art. 59-60 ZPO, in: Güngerich Andreas (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO, Bern 2012 (zit. ZINGG, Berner Kommentar, Art. ... ZPO, N. ...)
- ZIPPELIUS REINHOLD, Rechtsgefühl und Rechtsgewissen, in: Lampe Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band X, Opladen 1985, S. 12 ff.
- ZWEIFEL MARTIN / CASANOVA HUGO / BEUSCH MICHAEL / HUNZIKER SILVIA, Schweizerisches Steuerverfahrensrecht, direkte Steuern, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2018
- ZYSSET ESTHER, Nachträgliche staatliche Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Privaten, Basel 2019

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
aBV	(alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 11; nicht mehr in Kraft)
a.E.	am Ende
AG	(des) Kanton(s) Aargau
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
a.M.	anderer Meinung
APARIUZ	Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich
AS	Amtliche Sammlung (des Bundesrechts)
ASTRA	Bundesamt für Strassen
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz; SR 837.0)
BE	(des) Kanton(s) Bern
BewG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41)
BGBB	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bürgerliche Bodenrecht (SR 211.412.11)
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Bundesgericht, amtliche Sammlung der Entscheidungen
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BGÖ	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, SR 152.3)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	(des) Kanton(s) Basel-Landschaft
BS	(des) Kanton(s) Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BüG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz; SR 141.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Amtliche Entscheidsammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht

BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
bzw.	beziehungsweise
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft (Stuttgart)
E.	Erwägung
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
ElCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
EVGr	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f./ff.	und folgende
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FN	Fussnote
FR	(des) Kanton(s) Freiburg
FS	Festschrift
GER	Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates (Solothurn)
gl.M.	gleicher Meinung
GR	(des) Kanton(s) Graubünden
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
Habil.	Habilitation
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
Jh.	Jahrhundert
KassGr ZH	Kassationsgericht des Kantons Zürich
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
KGer	Kantonsgericht
Kt.	Kanton
KUKO	Kurzkommentar
KV/ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera (Buchstabe)
LS	Loseblattsammlung (Kt. Zürich)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (= BGG)
LU	(des) Kanton(s) Luzern

m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	(Rand-)Note(n)
N.F.	Neue Folge
Nr.	Nummer
OGr	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
OW	(des) Kanton(s) Obwalden
PG/ZH	Personalgesetz (des Kantons Zürich) vom 27. September 1998 (LS 177.10)
publ.	publiziert
PublG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz; SR 170.512)
PublG/ZH	Publikationsgesetz (des Kantons Zürich) vom 30. November 2015 (LS 170.5)
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes (des Kantons Graubünden)
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public (Paris)
RPG	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR 700)
RR	Regierungsrat
S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SEM	Staatssekretariat für Migration
SG	(des) Kanton(s) St. Gallen
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SO	Solothurn
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
SR	Systematische Rechtssammlung (des Bundesrechts)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SZ	(des) Kanton(s) Schwyz
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)

SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
TPF	Entscheide des Schweizerischen Bundesstrafgerichts (Amtliche Sammlung)
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungs- schutz und Sport
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz; SR 170.32)
vgl.	vergleiche
VGr	Verwaltungsgericht
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kt. Zürich vom 24. Mai 1959 (LS 175.2)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer
VVGE	Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz der Bundesrepublik Deutsch- land in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (Bundesgesetzblatt I S. 102)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungs- verfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention) vom 23. Mai 1969 (in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990; SR 0.111)
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungs- recht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	(des) Kanton(s) Zug
ZH	(des) Kanton(s) Zürich
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung; SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)

Einleitende Bemerkungen

§ 1 Einleitung

Jedes Rechtssystem hat die grundlegende Unterscheidung zu treffen, welchen Akten rechtliche Verbindlichkeit zukommt.¹ Eine solche Unterscheidung nimmt das Verwaltungsrecht mit der sogenannten Nichtigkeit von Verfügungen² vor: Einer nichtigen Verfügung fehlt von Anfang an jegliche rechtliche Verbindlichkeit, sie ist ex tunc absolut³ unwirksam⁴ und kann nicht in Rechtskraft erwachsen.⁵ Die Nichtigkeit einer Verfügung ist von Amtes wegen zu beachten;⁶ keine Behörde darf sie als verbindlich und wirksam betrachten.⁷ Sie ist eine von zwei möglichen Folgen der Fehlerhaftigkeit einer Verfügung und von deren blossen Anfechtbarkeit abzugrenzen: Fehlerhafte Verfügungen, welche nicht nichtig sind, werden bei unterbliebener Anfechtung gleichermaßen rechtswirksam und rechtsbeständig wie fehlerfreie Verfügungen.⁸

Der Begriff der Anfechtbarkeit hat sich für die Bezeichnung fehlerhafter Akte durchgesetzt, die nicht aufgrund qualifizierter Fehlerhaftigkeit⁹ nichtig

1 FROWEIN, S. 107, spricht hinsichtlich der Nichtigkeit von einer in allen entwickelten Rechtsordnungen bekannten Fehlerfolge. Siehe rechtsvergleichend und zur bereits im römischen Staatsrecht vorhandenen Differenzierung zwischen anfänglich unwirksamen und lediglich im Falle einer Anfechtung aufzuhebenden Akten BOCKSANG HOLA, S. 420 ff. m.w.H.

2 Zum Verfügungsbegriff unten N. 19.

3 Der Begriff der «relativen Nichtigkeit», mit dem in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts teils Akte bezeichnet wurden, welche gegenüber gewissen Adressaten oder ab einem bestimmten Zeitpunkt keine Rechtswirkungen entfalten (siehe IMBODEN, Staatsakt, S. 28 ff.; BERNATZIK, S. 269, KORMANN, S. 205), wird in Lehre und Praxis nicht (mehr) verwendet. Das Bundesgericht hielt in BGE 92 IV 191 E. 2b S. 197 fest, dass Verfügungen nur entweder gültig, anfechtbar oder nichtig seien («ad un determinato momento, l'atto amministrativo può essere soltanto o valido o annullabile o assolutamente nullo»); andere Lösungen seien logisch nicht zulässig.

4 Anstelle vieler z.B. BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275.

5 BGE 98 Ia 568 E. 4 S. 571.

6 Anstelle vieler BGE 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 368.

7 Zur Nichtigkeitskognition jeder rechtsanwendenden Behörde unten N. 5, 182, 268.

8 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 210; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1090; MOOR/POLTIER, S. 362; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 832. Siehe auch TANQUEREL, N. 899. Zum umstrittenen Begriff der materiellen Rechtskraft bei Verfügungen TANNER, S. 38 ff.

9 Zur sogenannten Evidenztheorie, nach welcher das Bundesgericht die Nichtigkeit von Akten prüft, siehe unten N. 16.

sind.¹⁰ Bisweilen wird allerdings alles als anfechtbar bezeichnet, wogegen nach dem anwendbaren Prozessrecht ein Rechtsmittel offensteht. Die nichtige Anordnung ist in diesem Sinne auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg «anfechtbar».¹¹ Auch die gänzlich fehlerfreie, rechtmässige Verfügung, die von der Rechtsmittelinstanz bestätigt wird, ist in diesem prozessualen Sinne anfechtbar, weil das einschlägige Prozessrecht dagegen ein Rechtsmittel vorsieht. Passender als der deutsche Begriff der «Anfechtbarkeit» für fehlerhafte, aber nicht geradezu nichtige Akte erscheinen das französische und italienische Äquivalent der «annulabilité» bzw. «annullabilità», die begrifflich keine prozessrechtliche Dimension andeuten.¹² Ein daran angelehnter Begriff der «Annullierbarkeit» oder auch jener der in der Lehre vorgeschlagenen «Aufhebbarkeit»¹³ erschiene vor diesem Hintergrund sinnvoll. Für eine Verwendung des Begriffs der Anfechtbarkeit spricht immerhin, dass der so bezeichnete Akt unzweideutig nicht von vornherein unwirksam oder bereits beseitigt worden ist.¹⁴ Aufgrund der weitverbreiteten Verwendung des Begriffspaares anfechtbar/nichtig wird diese Terminologie auch hier verwendet.

3 Anders als beispielsweise im deutschen Recht, welches die Nichtigkeit in § 44 VwVfG gesetzlich normiert,¹⁵ findet sich für das schweizerische öffentliche Recht keine allgemeine gesetzliche Regelung der Nichtigkeit.¹⁶ Die Kriterien, wann eine Verfügung auch nach Ablauf einer allfälligen Rechtsmittelfrist als rechtlich unverbindlich zu betrachten ist, entnimmt die Praxis der Rechtsprechung,¹⁷ und sie finden sich in den gebräuchlichen Lehrbüchern zum Allgemeinen Verwaltungsrecht.¹⁸ All diesen Quellen ist indes gemein,

10 Die entsprechende Unterscheidung lässt sich ins 19. Jh. zurückverfolgen, siehe SALADIN, S. 539 f. und die dortigen Hinweise. Vgl. ferner SCHINDLER, Verwaltungsrecht, S. 383, zur Herausarbeitung von Begriffspaaren wie jenem der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als zentrales Anliegen der von Otto Mayer und Fritz Fleiner geprägten «Juristischen Methode» der Verwaltungsrechtswissenschaft (dazu ebenda, S. 348, 380, 403).

11 Vgl. ACKERMANN, S. 326. Siehe unten N. 278 f.

12 Ebenso die Kritik der Begriffsverwendung bei SALADIN, S. 541.

13 So bevorzugt GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 213, den Begriff der «Aufhebbarkeit» statt Anfechtbarkeit im Rahmen dieses Begriffspaares, das sich aber schon «längst fest eingebürgert» habe.

14 Vgl. KORMANN, S. 209.

15 Abs. 1 der Vorschrift lautet: «Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist».

16 Zu den spezialgesetzlichen Nichtigkeitsbegriffen in öffentlich-rechtlichen Normtexten siehe unten N. 213 ff.

17 Ausführlich zur Evidenztheorie nach der bundesgerichtlichen Praxis unten § 4.

18 DUBEY/ZUFFEREY, N. 1015 ff.; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 213 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1096; KARLEN, S. 212 f.; MOOR/POLTIER, S. 364 ff.; TANQUEREL, N. 908 ff.;

dass sie keine gesetzliche Grundlage für die entsprechenden Kriterien – oder das Nichtigkeitskonzept überhaupt – anführen. Eine verfassungsrechtliche Verankerung, wie sie diese Arbeit vornimmt, ist allerdings zur Klärung der Frage unerlässlich, ob der Gesetzgeber die Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit einer Verfügung spezialgesetzlich abschliessend regeln darf oder ihm zusteünde, eine gesetzliche Regelung ähnlich der deutschen zu schaffen, welche die Voraussetzungen und Konsequenzen der Nichtigkeit definiert.

Diese Untersuchung will die Frage beantworten, anhand welcher Kriterien, durch welche Instanz und in welchem Verfahren die Nichtigkeit einer Verfügung festgestellt werden kann. Die heutige Lehre und Praxis wird dabei mit Blick auf die praktische Handhabung der Nichtigkeit und ihre dogmatischen Grundlagen kritisch hinterfragt. Insbesondere wird nach dem Geltungsgrund des Konzepts gefragt und die Nichtigkeit verfassungsrechtlich verankert. Zudem wird erörtert, welche praktischen Funktionen der Nichtigkeit zukommen. Gestützt auf eine Rückführung der Nichtigkeit auf ihre dogmatischen Grundlagen postuliert die Arbeit eine Neufassung der Nichtigkeitskriterien und schlägt eine formelhafte Definition mit anders gelagertem Schwerpunkt vor. Nach dem hier vertretenen *verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff* ist ein auf Rechtswirkungen gerichteter Akt nichtig, wenn er keinen hinreichenden Bezug zur geltenden Rechtsordnung aufweist, um als Rechtserzeugungsakt gelten zu können.¹⁹

Das Konzept der Nichtigkeit lässt sich als Kognition aller rechtsanwendenden Instanzen begreifen, ungeachtet prozessualer Hindernisse zu überprüfen, ob ein Akt die ihm zugedachte rechtliche Wirkung entfalten kann.²⁰ Diese *Nichtigkeitskognition* bezieht sich namentlich auch auf ausserhalb des Streitgegenstands liegende oder verspätet angefochtene Verfügungen. Nur schon im Interesse der Rechtssicherheit und angesichts der weitreichenden Folge der rechtlichen Inexistenz, welche eine Annahme der Nichtigkeit eines Aktes bedeutet, ist demnach unerlässlich, dass – für Rechtsunterworfenen und Rechtsanwendenden gleichermaßen – Klarheit besteht, durch welche Instanzen, inwieweit und auf welche Mängel hin die Durchführung einer solchen akzesorischen Prüfung erlaubt oder gar geboten ist. Diese Untersuchung will zu grösserer Klarheit über diese Kriterien und deren Handhabung beitragen.

TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 833 ff.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N. 569; ZEN-RUFFINEN, N. 644 ff.; SCOLARI, N. 832 ff.; MOSIMANN/VÖLGER WINSKY/PLÜSS, S. 275. SALADIN, S. 539, spricht von einer Formel, die als «selbstverständlich, beinahe als naturrechtliches Axiom» gelte und von einem Lehrbuch ins nächste übernommen werde. Zum Inhalt der als «Evidenztheorie» bezeichneten Kriterien siehe ausführlich unten § 4.

19 Dazu ausführlich unten N. 248 ff.

20 Siehe dazu unten N. 182, 268 f.

Leitgedanke bildet dabei die Einsicht, welche IMBODENS grundlegender Behandlung der Nichtigkeit im Verwaltungsrecht im Jahre 1944 zugrunde lag: Die allgemeinen Zusammenhänge aufzuzeigen, in die ein Einzelfall juristisch einzuordnen ist, und damit den Rechtsanwendenden «eine sicherere und bewusstere Handhabung des Rechts zu ermöglichen, erscheint als eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtswissenschaft».²¹

§2 Aufbau und Vorgehen

- 6 Der erste Teil der Untersuchung widmet sich der geltenden Nichtigkeitsdefinition und deren Tragweite. Zunächst wird nachgezeichnet, wann die heute – in Lehre und Rechtsprechung soweit ersichtlich unbestrittene – formelhafte Definition in die bundesgerichtliche Rechtsprechung Eingang fand und welchen Anwendungsbereich sie aufweist, namentlich ob neben Verfügungen auch weitere (staatliche) Akte aufgrund derselben oder anderer Kriterien als nichtig betrachtet werden (§ 3). Das folgende Kapitel geht vertieft auf die einzelnen Nichtigkeitsgründe ein und bespricht deren Handhabung in der Praxis anhand von Fallgruppen (§ 4). In der Folge bildet diese Bestandesaufnahme Gegenstand einer kritischen Würdigung, die aus dogmatischer und praktischer Perspektive die Unzulänglichkeit sowie innere Widersprüchlichkeit der gebräuchlichen Nichtigkeitsdefinition und ihre fehlende Verankerung im geltenden Recht offenzulegen sucht (§ 5). Diese Kritik bildet gleichermassen Anlass und Ausgangspunkt für die Erarbeitung einer neuen Nichtigkeitsdefinition.
- 7 Dogmatische Abhandlungen zum Allgemeinen Verwaltungsrecht sollen dazu dienen, «auf wiederkehrende Standardfragen erste Standardantworten» geben zu können.²² Mit diesem Ziel vor Augen soll im zweiten Teil der Arbeit eine praxistaugliche und damit leistungsfähige²³ Nichtigkeitsdefinition postuliert werden (§ 8). Als Ausgangspunkt hierfür wird zunächst anhand

21 IMBODEN, Staatsakt, S. 3. Bei IMBODENS Habilitationsschrift handelt es sich um die bislang einzige umfassende monographische Bearbeitung des Themas für das schweizerische Recht. CADOTSCH stellte in seiner 1916 erschienenen Dissertation, die soweit ersichtlich kaum rezipiert worden ist, insbesondere die Rechtsprechung angrenzender Staaten dar.

22 TSCHANNEN, Systeme, N. 365. Wie bereits KORMANN, S. 14, festhielt, hat «ein rechtswissenschaftlicher Begriff nur dann praktische Bedeutung und also Wert, wenn alle Erscheinungen, die unter ihm zusammengefasst werden, unbeschadet ihrer Besonderheiten doch bestimmten allgemeinen Rechtssätzen unterstehen». Zur Herstellung von Widerspruchsfreiheit als dogmatische Fragestellung und Ausgangspunkt rechtlicher Theoriebildung vgl. SCHUHR, S. 66.

23 Vgl. RAESS N. 30.

von Konstellationen aus der Rechtsprechung dargelegt, welche prozessualen Funktionen der Nichtigkeit zukommen können und wie sich der Schluss auf Nichtigkeit prozessual von einer blossen Aufhebung eines Aktes unterscheidet (§ 6). Sodann beleuchtet die Arbeit die rechtlichen Grundlagen der Nichtigkeit im öffentlichen Recht. Dabei wird insbesondere das Legalitätsprinzip als verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt des Konzepts behandelt und festgestellt, dass Art. 5 Abs. 1 BV die verfassungsrechtliche Grundlage der Nichtigkeit bildet. Zudem werden spezialgesetzliche Nichtigkeitsdefinitionen erläutert und im Lichte der vorangegangenen verfassungsrechtlichen Betrachtung deren Verhältnis zum allgemeinen Nichtigkeitsbegriff erörtert (§ 7).

Gegenstand dieser Abhandlung bildet die Nichtigkeit im öffentlichen Recht. Der privatrechtliche Nichtigkeitsbegriff lässt sich bei der verwaltungsrechtlichen Analyse freilich nur schon aufgrund des hinsichtlich der Rechtsfolgen analogen Verständnisses der Nichtigkeit als gänzlicher rechtlicher Inexistenz eines auf (privat-)rechtliche Wirkungen gerichteten Akts ex tunc nicht vollständig ausblenden. Ein Seitenblick auf das Privatrecht soll daher klären, ob die privatrechtliche Dogmatik als tauglicher Ideenlieferant²⁴ für die verwaltungsrechtliche Nichtigkeitsdogmatik dienen kann. Die Literatur und Praxis zum Zivilprozess finden insoweit Berücksichtigung, als sie sich mit der Evidenztheorie und der Abgrenzung zwischen nichtigen und bloss anfechtbaren Entscheiden beschäftigen.

Eine vertiefte Betrachtung der Nichtigkeit als Konzept des Völkerrechts bleibt ausgeklammert. Für den landesrechtlichen verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsbegriff kann die Dogmatik zum Begriff der Nichtigkeit im Völkerrecht nicht fruchtbar gemacht werden: Letztere beschäftigt sich typischerweise mit der Frage nach völkerrechtlicher Geltung eines Aktes,²⁵ nicht mit jener der Abgrenzung verschiedener Stufen der Fehlerhaftigkeit,²⁶ weil die in vielen nationalen Rechtssystemen bekannte Unterscheidung zwischen Aufhebung ex nunc und Nichtigkeit ex tunc im Völkerrecht nicht in derselben Schärfe besteht.²⁷ Auch kann für nationale Rechtsordnungen keine Analogie

24 Im Wissen darum, dass aus der privatrechtlichen Praxis übernommene Begriffe – wie die Nichtigkeit einen darstellt (RIEMER, S. 10; VON HIPPEL, S. 16; ebenso FRANK, S. 25) – ein von dieser losgelöstes Eigenleben zu führen beginnen (GÄCHTER, S. 429).

25 Ausführlich zur völkerrechtlichen Nichtigkeit von Schiedssprüchen, Akten internationaler Organisationen und unilateraler Akte einzelner Staaten CAHIER, S. 654 ff.

26 Siehe zu den Begriffsverwendungen der Nichtigkeit im Völkerrecht GUGGENHEIM, nullité, S. 207 ff.

27 REISMAN/PULKOWSKI, N. 3; JENNINGS, S. 71. Siehe GUGGENHEIM, nullité, S. 209 zur Nichtigkeit ex nunc. Im Völkervertragsrecht besteht eine relative Nichtigkeit, die nur von gewissen Staaten angerufen werden kann (siehe VILIGER, Art. 46 WVK, N. 11; CAHIER, S. 672 ff.). Zur uneinheitlichen Terminologie betreffend nichtige Völkerrechtsakte siehe

zu den Nichtigkeitsgründen betreffend völkerrechtliche Gerichtsentscheide gezogen werden, die aus nicht mehr vom Konsens der beteiligten Staaten gedeckten Befugnisüberschreitungen der Gerichtsinstanz folgen.²⁸ Die Akte internationaler Organisationen, die ausserhalb der diesen eingeräumten Befugnisse liegen, sind regelmässig schlechthin unwirksam.²⁹ Im nationalen Recht führen Zuständigkeitsfehler demgegenüber nicht erst dann zur Nichtigkeit eines Aktes, wenn überhaupt keine staatliche Zuständigkeit für eine bestimmte Anordnung besteht.³⁰ Die Wiener Vertragsrechtskonvention enthält Gründe für die Nichtigkeit völkerrechtlicher Verträge, welche (privatrechtsähnliche) Problemlagen³¹ des Konsenses der beteiligten Vertragsstaaten³² oder Fälle der Unvereinbarkeit einer völkervertragsrechtlichen Norm mit zwingendem Völkerrecht betreffen.³³ Daneben scheinen sich bislang noch keine völkergewohnheitsrechtlichen Nichtigkeitsgründe herausgebildet zu haben.³⁴ Für die Zwecke dieser Untersuchung soll es beim Schluss bleiben, dass sich die Nichtigkeit als völkerrechtliches Konzept massgeblich vom hier behandelten landesrechtlichen unterscheidet. Es bildet deshalb nicht Gegenstand vertiefter Analyse im Rahmen dieser Untersuchung.

10 Eine monographische Behandlung der Nichtigkeit, welche sich dieser nicht nur in konzeptioneller Hinsicht nähern, sondern der Praxis dienen will,³⁵ muss ihre Erkenntnisse für die verfahrensrechtliche Behandlung nichtiger Verfügungen fruchtbar machen. Dem widmet sich der dritte Teil der Arbeit, welcher im Lichte der Erkenntnisse der vorangegangenen Untersuchung Fragen

VERHOEVEN, nullités, S. 14 f. und VERHOEVEN, Invalidity, S. 315, der die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit im Völkervertragsrecht und deren Bedeutung als unklar betrachtet.

28 PLAMPER, S. 226.

29 Siehe ANNACKER, S. 88; ausführlich und differenzierend LAUTERPACHT, insbesondere S. 117, 121.

30 Zur Unzuständigkeit als Nichtigkeitsgrund siehe unten N. 59 ff.

31 Zur begrenzten Tauglichkeit von Privatrechtsanalogien im öffentlichen Recht siehe unten N. 241 ff.

32 Art. 46–52 WVK. Zum Konsens als Grundlage völkervertragsrechtlicher Verpflichtungen siehe SCHMALENBACH, N. 11 f.

33 Art. 53 WVK. Letztere Konstellation ähnelt der Nichtigkeit nach schweizerischem öffentlichem Recht zufolge Inhaltsmängeln (dazu unten N. 117 ff.) nur auf den ersten Blick, folgt sie doch nicht aus der Gewichtung eines Inhaltsfehlers, sondern allein aus dem Umstand, dass vom zwingenden Völkerrecht keine Abweichungen zulässig sind (vgl. VILLIGER, Art. 53 WVK, N. 8).

34 WEBER, Systemic Integration, S. 128 m.w.H.

35 Zur Relevanz verwaltungsrechtlicher Systematik und Dogmatik für die Rechtspraxis SCHMIDT-ASSMANN, N. 3 ff. Nach BURCKHARDT, Methode, S. 258, ist eine der Hauptaufgaben der Rechtswissenschaft die Untersuchung, ob mit dem positiven Recht alle Fragen beantwortet sind, die in der Rechtsanwendung beantwortet werden müssen.

der prozessualen Geltendmachung der Nichtigkeit im Rechtsmittelverfahren gegen die nichtige Verfügung und als Gegenstand eines eigenständigen Verfahrens behandelt (§ 9). Schliesslich werden die Konsequenzen einer Feststellung der Nichtigkeit dargelegt (§ 10).

Eine vollständige Darstellung der schweizerischen Rechtsprechung zum Nichtigkeitsbegriff im öffentlichen Recht könnte angesichts der Fülle des Materials weitaus mehr als nur ein Buch füllen.³⁶ Eine Zusammenstellung der Gerichtspraxis zur Nichtigkeit existiert bereits,³⁷ einer solchen bedarf es nicht erneut. Einzelentscheidungen sind zwar wichtige Bausteine, aber «eben allzu oft Zerrbilder der juristischen Dogmatik».³⁸ Daher soll die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mit einem Anspruch auf vollständige Wiedergabe zu Nachschlagzwecken, sondern zielgerichtet für die vorliegende konzeptionelle Untersuchung aufgearbeitet werden. Die ältere Judikatur wird dabei vor allem bei der Nachzeichnung der Entwicklung der Nichtigkeitsdefinition und bei der Fallgruppenbildung herangezogen. Die Rechtsprechung unterer Instanzen, namentlich kantonaler Verwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts, findet insoweit Berücksichtigung, als sie die Handhabung des Nichtigkeitsbegriffs oder dabei auftauchende dogmatische und praktische Probleme zu illustrieren vermag. Als nicht zielführend abgelehnt wird die Herangehensweise, denkbare Fehlerkonstellationen von Verfügungen abzuhandeln und die passende Fehlerfolge zu bestimmen,³⁹ zumal die in der Praxis auftauchenden Problemlagen erfahrungsgemäss selten konkret antizipiert werden können.

Begriffe und Prinzipien verschiedener Verwaltungsrechtsordnungen sind angesichts der starken nationalen Prägung des Verwaltungsrechts nur schwer vergleichbar und lassen sich jedenfalls nicht gleichsetzen.⁴⁰ Aufgrund der thematischen Eingrenzung dieser Untersuchung auf die Nichtigkeit als Konzept des schweizerischen öffentlichen Rechts findet ausländische Literatur nur punktuelle Berücksichtigung, etwa soweit sich die hiesige Dogmatik an das deutsche Recht anlehnt. Den dortigen «Urwald der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt»⁴¹ umfassend aufzuarbeiten, ist weder Ziel noch

36 Wobei das Vorliegen der Nichtigkeit zahlenmässig weitaus häufiger verneint als bejaht wird, wie die im 1. Teil wiedergegebene Kasuistik zeigt (vgl. ebenfalls dahingehend CORLETTO, S. 57).

37 WIEDERKEHR/RICHLI, N. 2554 ff.

38 KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 848.

39 So gingen historische Autoren bisweilen vor, etwa KORMANN, S. 203 ff.

40 MÜLLER, Verwaltungsrecht, S. 15 f. Vgl. auch RÜTSCHKE, S. 136.

41 WINKLER, S. 12. Einen «wissenschaftlichen Urwald» sah vor mehr als hundert Jahren schon RIEMER, S. 1. CADOTSCH, S. 8, bezeichnete die Terminologie zum mangelhaften Verwaltungsakt Anfang des 20. Jh. als «ein völliges Durcheinander».

Anspruch dieser Untersuchung. Vielmehr will sie sich auf eine nationale, schweizerische Perspektive beschränken und im hier herrschenden dogmatischen Dickicht praktische Pfade ausleuchten.

- 13 Diese Untersuchung beschäftigt sich mit der praktischen Handhabung der Nichtigkeit als anerkannte Figur des schweizerischen öffentlichen Rechts und deren dogmatischen Grundlagen. Sie verpflichtet sich dem Ziel der Rechtsdogmatik, als Praxishilfe zum besseren Verständnis sowie zu Ordnung und Systematisierung des Rechts beizutragen.⁴² Dabei sollen insbesondere vermeintliche Selbstverständlichkeiten hinterfragt werden. Auf einen historischen Teil wird angesichts der Zielsetzung der Arbeit, die praktische Handhabung der Nichtigkeitsdefinition zu erleichtern und die für die Annahme der Nichtigkeit heranzuziehenden Kriterien kritisch zu hinterfragen, verzichtet.⁴³ Soweit eine historische Perspektive für das Verständnis oder eine kritische Würdigung der heutigen Dogmatik zielführend erscheint,⁴⁴ soll diese nicht neben der Analyse der geltenden Rechtslage stehen, sondern sich darin einbetten.
- 14 Am Schluss dieser Untersuchung stehen ein Fazit, das sie in den Kontext der neueren Verwaltungsrechtslehre stellt (§ 11), und eine Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse (§ 12). Aufgrund der im Verlauf der Untersuchung begründeten Verankerung des Nichtigkeitskonzepts im Legalitätsprinzip, welche für die Evidenztheorie keinen Raum lässt, ist nach der hier vertretenen Ansicht die tradierte formelhafte Nichtigkeitsdefinition aufzugeben bzw. anzupassen. Zunächst ist aber im sogleich folgenden ersten Teil als Ausgangspunkt dieser Untersuchung die tradierte Nichtigkeitsdefinition darzustellen und zu analysieren.

42 MÜLLER, Rechtsdogmatik, S. 577. Zu den drei Zielen der Rechtsdogmatik des Sammelns und Sichtens von Rechtsstoff, seiner begrifflich-systematischen Durchdringung und der Sicherstellung seines Bezugs zur praktischen Vernunft siehe MÖLLERS, S. 350.

43 Für eine historische Aufarbeitung der Lehre zum fehlerhaften Staatsakt im 19. Jahrhundert siehe ERICHSEN, S. 186 ff., der die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auf Savigny zurückführt (S. 187).

44 Zum Erkenntnisgewinn historischer Perspektiven für das heutige Verwaltungsrecht SCHINDLER, Verwaltungsermessens, N. 2. Blosser Zusammenstellungen historischer Fakten ohne Bezug zur geltenden Rechtslage, etwa dass die Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Akten (im Privatrecht) schon im Mittelalter Gegenstand juristischer Diskussion gebildet hatte (GUGGENHEIM, L'invalidité, S. 5) oder dass schon OTTO MAYER, S. 100, den Begriff der Nichtigkeit für nur zum Schein bestehende Verwaltungsakte verwendete, sind für die dogmatische Bearbeitung des Nichtigkeitsbegriffs im geltenden Recht entbehrlich.

1. Teil:

Die tradierte Nichtigkeitsdefinition

Bereits Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts verwendete das Bundesgericht den Begriff der Nichtigkeit in seinem heute gebräuchlichen Sinne für fehlerhafte Akte in Abgrenzung zur blossen Anfechtbarkeit.⁴⁵ In älteren Urteilen waren verfassungswidrige Anordnungen noch ohne diese Unterscheidung als nichtig bezeichnet worden, später ordnete das Bundesgericht bei nach heutigem Verständnis nichtigen wie auch bei lediglich anfechtbaren Akten im Dispositiv jeweils unterschiedslos deren Aufhebung an.⁴⁶ In BGE 83 I 1 verwies das Bundesgericht erstmals auf die Aufarbeitung des Standes von Rechtsprechung und Lehre in IMBODENS Habilitationsschrift und erachtete es «zumindest nicht als willkürlich», der dort vertretenen Auffassung zu folgen: Anhand einer wertenden Lösung sowie durch Abwägen der für und gegen die praktische Folge der Unwirksamkeit sprechenden Interessen sei demnach zu beurteilen, ob ein mangelhafter Verwaltungsakt nichtig oder bloss anfechtbar sei.⁴⁷ Es könne «mit vernünftigen, dem Bedürfnis der Rechtssicherheit, aber auch der Billigkeit Rechnung tragenden Gründen vertreten» werden, die im zu beurteilenden Fall vom Organ einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft nach Ablauf seiner Amtsdauer getroffenen, inhaltlich zulässigen Massnahmen nicht als nichtig zu erklären.⁴⁸

Seit 1972 nutzt das Bundesgericht in seiner publizierten Rechtsprechung eine ständige Formel zur Umschreibung der Voraussetzungen der Nichtigkeit einer Verfügung: «Eine Verfügung wird als nichtig erklärt, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet

45 So in BGE 41 I 524 S. 525 (ein dem Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich von 1869 widersprechender Arrestbefehl wäre nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar; Nichteintreten zufolge verspäteter Rechtsmittelerhebung).

46 Siehe die Hinweise bei IMBODEN, Staatsakt, S. 40 f.

47 BGE 83 I 1 E. 3 S. 5.

48 BGE 83 I 1 E. 3 S. 6f.

wird». ⁴⁹ In den letzten fünfzig Jahren wurde diese Definition, gemeinhin als Evidenztheorie bezeichnet, ⁵⁰ unverändert verwendet ⁵¹ und kann mithin als «gefestigte» Rechtsprechung ⁵² gelten. In der nicht deutschsprachigen Rechtsprechung wird eine inhaltlich identische Formel verwendet. ⁵³

- 17 Der Inhalt der drei Definitionselemente – Schwere des Mangels, Offensichtlichkeit oder zumindest leichte Erkennbarkeit und keine ernsthafte Gefährdung der Rechtssicherheit durch Annahme der rechtlichen Inexistenz – soll in diesem ersten Teil einer näheren Betrachtung und kritischen Würdigung unterzogen werden (§ 4). Zunächst ist indes der Anwendungsbereich der bundesgerichtlichen Nichtigkeitsdefinition zu klären und insbesondere zu erörtern, ob sie nur auf individuell-konkrete Hoheitsakte oder auch auf weitere (nicht-)staatliche Akte Anwendung finden kann (§ 3).

§ 3 Anwendungsbereich der Nichtigkeitsdefinition

I. Einseitige hoheitliche Anordnungen

1. Verfügungen

- 18 Das Bundesgericht verwendet die formelhafte Nichtigkeitsdefinition in erster Linie zur Bestimmung der Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsverfügungen. Die Praxis wendet die Evidenztheorie auch – bisweilen ohne dabei Überlegungen zur Rechtsnatur des jeweiligen Aktes anzustellen – auf die

49 BGE 98 Ia 568 E. 4 S. 571.

50 Anstelle vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1098. Auch das Bundesgericht benutzt diesen Begriff, siehe z.B. aus der neueren Rechtsprechung BGE 148 IV 445 E. 1.4.2 S. 452.

51 BGE 104 Ia 172 E. 2c S. 177; BGE 113 IV 123 E. 2b S. 124; 116 Ia 215 E. 2c S. 219; 118 Ia 336 E. 2a S. 340; 127 II 32 E. 3g S. 47f.; 129 I 361 E. 2.1 S. 364; 130 III 430 E. 3.3 S. 434; 132 II 21 E. 3.1 S. 27; 132 II 342 E. 2.1 S. 346; 133 II 366 E. 3.2 S. 368; 136 II 489 E. 3.3 S. 495; 137 I 273 E. 3.1 S. 275; 138 II 501 E. 3.1 S. 503; 139 II 243 E. 11.2 S. 260; 144 IV 362 E. 1.4.3. S. 368; 145 III 436 E. 4 S. 438; 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201; 146 IV 145 E. 2.10 S. 152; 147 III 226 E. 3.1.2 S. 229; 147 IV 93 E. 1.4.4 S. 105.

52 Vgl. zu diesem Begriff HÄNNI, Verfassungsstruktur, S. 124 f.

53 Auf Französisch: «Tel est le cas lorsque le vice dont la décision est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit» (z.B. BGE 130 II 249 E. 2.4 S. 257). Auf Italienisch: «[U]na presunta decisione illegale è di massima annullabile: è nulla soltanto quando è affetta da un vizio particolarmente grave e manifesto, che sia riconoscibile con evidenza o perlomeno con una certa facilità. L'accertamento della nullità non deve inoltre mettere seriamente in pericolo la sicurezza del diritto» (z.B. BGER, 19. April 2017, 1C_450/2015, E. 5.4).

Verkürzung einer Beschwerdefrist gegen einen Erlass,⁵⁴ auf die Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung,⁵⁵ auf eine Klausel in Ausschreibungsunterlagen,⁵⁶ auf (Nutzungs-)Pläne⁵⁷ sowie die Festsetzung (Teilrevision) eines Richtplans⁵⁸ an.

Bundesrechtlich ist der Begriff der Verfügung anhand der in Art. 5 VwVG 19 niedergelegten Strukturmerkmale bestimmt.⁵⁹ Das kantonale Recht kann einen eigenen, allerdings nicht engeren⁶⁰ Verfügungsbegriff vorsehen.⁶¹ Nach der hier vertretenen Auffassung leitet sich das Konzept der Nichtigkeit aus dem Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV ab,⁶² weshalb das Bundesgericht dessen korrekte Anwendung nach Art. 95 lit. a BGG frei prüfen kann.⁶³ Das kantonale Recht kann die Nichtigkeit von Anordnungen – etwa im öffentlichen Personalrecht – in von der bundesrechtlichen Nichtigkeitsdefinition nicht erfassten Fällen vorsehen.⁶⁴ Insoweit ist das Bundesgericht, das die Anwendung kantonalen Rechts nach Art. 95 BGG nicht mit freier Kognition überprüft, auf eine Willkürkontrolle sowie auf die Prüfung beschränkt, ob die Verfügung die bundesrechtliche Nichtigkeitsdefinition erfüllt.⁶⁵

54 VGr ZH, 14. März 2012, AN.2012.00002, E. 3.3. Zum Prüfprogramm bei nach Ablauf einer allenfalls zu Unrecht verkürzten Frist eingereichten Rechtsmitteln vgl. VGr ZH, 26. Mai 2021, AN.2021.00006, E. 2.4.

55 VGr ZH, 15. Juli 2021, VB.2021.00443, E. 2.2.

56 VGr ZH, 5. Mai 2022, VB.2021.00212, E. 4.3.4 ff.; BVGer, 18. Oktober 2021, B-3238/2021, E. 5.3 (wo die Ausschreibung als Verfügung qualifiziert wird) und E. 5.4.4.

57 BGE 115 Ia 1 E. 3 S. 3f.

58 VGr ZH, 9. Juli 2021, VB.2019.00515, E. 5.2.

59 Die Bezeichnung eines Dokuments als «Verfügung» ist für dessen Qualifikation unerheblich (anstelle vieler HANGARTNER, Scheinverfügungen, S. 1053 f., der als Verfügung bezeichnete Dokumente, welche die Strukturmerkmale nicht erfüllen, unter den Begriff der «Scheinverfügung» fasst). Grundlegend zum Verfügungsbegriff anstelle vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 639.

60 BERTSCHI/PLÜSS, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 4-31, N. 18. Andernfalls bestünde die Gefahr einer Vereitelung des bundesrechtlich vorgesehenen Rechtsweges (vgl. KÖLZ/KOTTUSCH, S. 423).

61 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 653; BACHMANN, S. 30f.

62 Dieser Herleitung ist der zweite Teil der Arbeit gewidmet, siehe insbesondere N. 196 ff.

63 Bei der Anwendung der Evidenztheorie erschiene eine Unterscheidung zwischen freier Prüfung und blosser Willkürprüfung nicht sinnvoll, zumal wohl ohne Weiteres als willkürlich betrachtet werden müsste, einen offensichtlich vorliegenden schwerwiegenden Mangel einer Verfügung zu verneinen. Zu beachten ist, dass sich im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde eine Verletzung des Legalitätsprinzips nicht selbständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts rügen lässt (BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 162 f.; siehe die weiteren Hinweise in FN 749).

64 Zum Personalrecht unten N. 220 ff.

65 Zur Willkürkognition im Allgemeinen anstelle vieler BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372.

- 20 Fehlt es einer Anordnung von vornherein am Verfügungscharakter, weil sie keine Rechte oder Pflichten regelt – etwa bei einer blossen Auskunft einer Behörde oder einer nicht als Verfügung zu qualifizierenden Androhung⁶⁶ –, erübrigt sich die Frage nach ihrer Nichtigkeit, weil das entsprechende Dokument von vornherein nicht mehr oder anderes als einen Realakt bildet.⁶⁷ Die nicht eröffnete Verfügung existiert (gleich wie das noch nicht eröffnete Urteil)⁶⁸ rechtlich gesehen noch nicht.⁶⁹ Wird eine nicht eröffnete Verfügung als «nichtig» bezeichnet,⁷⁰ ist demnach von einer Art rechtlicher Inexistenz die Rede, welche in der Folge durch Eröffnung geheilt werden kann und sich dahingehend von der Nichtigkeit im allgemein-verwaltungsrechtlichen Sinne unterscheidet.⁷¹
- 21 Eine nachträglich fehlerhafte (Dauer-)Verfügung, die im Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmässig war, später aber wegen veränderter Tatsachen oder Rechtsgrundlagen mangelhaft wird,⁷² kann definitionsgemäss nicht nichtig sein, weil einer nichtigen Verfügung zu keinem Zeitpunkt rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Die nachträglich fehlerhafte Verfügung ist jedoch zunächst rechtmässig und rechtswirksam. Wird eine Verfügung, die ein Dauerrechtsverhältnis regelt oder an in Vergangenheit oder Gegenwart liegende Sachverhalte anknüpft, aber Rechtswirkungen für die Zukunft entfaltet,⁷³ nach ihrem Erlass wegen veränderter Sach- oder Rechtslage mangelhaft, liegt von vornherein kein Nichtigkeitsgrund vor. Vielmehr steht den Betroffenen in dieser Konstellation nur offen, Wiedererwägung bzw. Widerruf der nachträglich fehlerhaften Verfügung zu verlangen.⁷⁴ Nichtig kann mithin nur eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung sein.

66 BOSSHART/BERTSCHI, Kommentar VRG, §19, N. 7.

67 Vgl. VGr ZH, 24. Februar 2022, VB.2021.00352, E. 2.6. Zur Unmöglichkeit der Nichtigkeit von Realakten siehe unten N. 45 f.

68 Dazu unten N. 24.

69 Vgl. MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 110.

70 So in BVGer, 21. Juni 2011, A-6639/2010, E. 4.3. Präziser E. 4.4, wonach die nicht eröffnete Verfügung «nicht existent» sei.

71 Zur Unmöglichkeit der Heilung nichtiger Verfügungen siehe unten N. 303.

72 In Abgrenzung zur ursprünglich fehlerhaften Verfügung, die bereits zum Zeitpunkt ihres Erlasses dem objektiven Recht widerspricht, siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1085.

73 Zu dieser Zwischenkategorie neben Dauer- und urteilsähnlichen Verfügungen siehe SEILER, Rechtsbeständigkeit, S. 127, mit Hinweis auf die Beispiele der Baubewilligung, der Einbürgerung und der Erteilung eines Fähigkeitszeugnisses.

74 Zur uneinheitlichen Terminologie für die nachträgliche Änderung von Verfügungen auf Gesuch hin oder von Amtes wegen siehe GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 221 f.

2. Urteile

Die geltend gemachte Nichtigkeit eines Strafurteils⁷⁵ oder eines Zivilurteils⁷⁶ 22 beurteilt das Bundesgericht gleich wie jene von Verfügungen unter Rückgriff auf die Evidenztheorie. Die Ungültigkeit der Klagebewilligung einer unzuständigen Behörde betrachtete es als Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes, dass Entscheide unzuständiger Behörden in der Regel nichtig («normalement nuls») seien.⁷⁷ Auch die Rüge, ein Strafbefehl sei nichtig, prüft es unter Anwendung derselben Kriterien.⁷⁸ Das Interesse an der Einheit der Rechtsordnung spricht für diese Herangehensweise.⁷⁹ Der dem Allgemeinen Verwaltungsrecht zugrundeliegende Gedanke, für «minimale Rechtseinheit in der Disparität des Besonderen Verwaltungsrechts» sorgen zu wollen,⁸⁰ lässt sich auch auf die Rechtsordnung als Gesamtes übertragen. Ob der Entscheid das Verfahren abschliesst, wird für die Anwendung der Evidenztheorie nicht als massgeblich erachtet.⁸¹

Gegen eine unterschiedslose Anwendung der verwaltungsrechtlichen 23 Nichtigkeitsdefinition im Zivilprozessrecht wird eingewendet, dass wegen der Geltung der Dispositionsmaxime den Parteien (zumindest in stärkerem Masse) überlassen sein solle, ob sie einen mangelhaften Entscheid akzeptieren oder beseitigen wollen.⁸² Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, welche ein Zivilurteil schaffen solle, erforderten einen endgültigen Abschluss von Zivilstreitigkeiten.⁸³ Diese Argumentation blendet indessen aus, dass privaten Prozessparteien zwar offensteht, über ihre Zivilstreitigkeiten auch in Abweichung von rechtskräftigen Urteilen (vertraglich) zu disponieren, sie aber nicht über die rechtliche Bindungswirkung eines Entscheids befinden können, der ausserhalb

75 BGE 147 IV 93 E. 1.4.4 S. 105. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts greift gar auf die Evidenztheorie zurück, um die Nichtigkeit einer Einvernahme als Untersuchungshandlung anzunehmen (BStGer, 10. März 2021, BB.2020.291, publ. in: TPF 2021 S. 134 ff.), was allerdings eine Reihe ausserhalb des Gegenstands dieser Abhandlung liegender strafprozessrechtlicher Fragen aufwirft.

76 BGE 145 III 436 E. 4 S. 438. Auch das Zürcher Kassationsgericht griff auf die Evidenztheorie zurück: ZR 99/2000 Nr. 19 E. 3a; ZR 106/2007 Nr. 10 E. 3.3b.

77 BGE 139 III 273 E. 2.1 S. 276 mit Hinweis auf Rechtsprechung in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

78 BGE 146 IV 145 E. 2.10 S. 152; 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201; BGer, 19. Juni 2019, 6B_19/2019, E. 1.3.4.

79 WALTHER, S. 219, in Bezug auf das Zivilprozessrecht.

80 TSCHANNEN, Systeme, N. 365.

81 ACKERMANN, S. 332.

82 DROESE, S. 117; OBERHAMMER, N. 11.

83 GULDENER, S. 279.

der Grenzen judikativer Macht⁸⁴ liegt. Insbesondere kann nicht prozessuale Un Sorgfalt einem von vornherein niemals wirksamen Akt Rechtswirksamkeit verleihen, weshalb die Bejahung der Nichtigkeit eines Urteils nicht an einer Novenschranke scheitern kann.⁸⁵ Die praktische Bedeutung eines allfälligeren Massstabs für eine Annahme der Nichtigkeit eines Zivilurteils erscheint aber ohnehin fraglich, zumal der entsprechenden Feststellung stets eine Einzelfallbetrachtung mit Blick auf die Rechtsprechung zu Fällen ähnlicher Mangelhaftigkeit zugrunde liegt.

3. «Nichturteile»

- 24 Das (noch) nicht verkündete Urteil, dem mit der Verkündung ein konstitutives Element fehlt und das deshalb rechtlich nicht existiert,⁸⁶ ist bis zum Moment seiner Verkündung nichtig in dem Sinne, dass ihm keine Rechtswirkung zukommen kann,⁸⁷ nicht jedoch im Sinne der Evidenztheorie.⁸⁸ Das Bundesgericht bezeichnet das noch nicht mitgeteilte Urteil als «Nichturteil»; erst mit der Mitteilung an die Parteien erlangten Urteile und Verfügungen rechtliche Existenz.⁸⁹ Da bei noch nicht eröffneten Urteilen – anders als bei trotz Eröffnung nichtigen Urteilen – stets möglich ist, dass sie zu einem späteren Zeitpunkt Rechtswirksamkeit entfalten,⁹⁰ sind sie begrifflich von Letzteren abzugrenzen. Liegt von vornherein (noch) gar kein Entscheid vor, fehlt der Gegenstand einer allfälligen Bewertung als nichtig.⁹¹
- 25 Einen irrtümlich als Beschluss ausgefertigten Entscheidantrag, der von einem nicht am Verfahren beteiligten Gerichtssekretär in Vertretung unterzeichnet und den Parteien zugestellt worden war, betrachtete das Zürcher

84 KUDLICH, S. 216, verwendet hierfür das Bild der Linie, welche die den Gerichten zugewiesenen Aufgaben und eingeräumten Befugnisse umgrenze: Der Richter habe beim Balancieren auf dieser Linie beim fehlerhaften Urteil bisweilen einen Fuss daneben gesetzt, beim nichtigen habe er sie hingegen entweder in weiten Ausschlägen überschritten oder sei «*a priori* jenseits dieser Linie marschiert».

85 A.M. MORET, S. 34.

86 BGE 122 I 97 E. 3a/bb S. 99; ACKERMANN, S. 318.

87 Das nicht zugestellte Urteil kann nicht in Rechtskraft erwachsen (ZINGG, Berner Kommentar, Art. 59 ZPO, N. 98 mit Hinweis auf BGE 130 III 396 E. 1.3 S. 400).

88 Und auch der hier vertretenen Nichtigkeitsdefinition (siehe dazu hinten N. 248 ff.). STADELWIESER, S. 148 f. unterscheidet ebenso zwischen Zustandekommen mit Eröffnung (wovor noch kein Rechtsschein einer wirksamen Anordnung bestehen kann) und der Nichtigkeit als Rechtsfolge der Fehlerhaftigkeit.

89 BGE 142 II 411 E. 4.2 S. 413.

90 Ein Urteil kann nur Wirksamkeit erlangen, wenn es überhaupt jemals eröffnet wird (BGE 130 IV 101 E. 2.3 S. 105).

91 HIGL, S. 65.

Kassationsgericht als anfechtbar, nicht nichtig.⁹² Zwar sei kein Entscheid in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise an einer Sitzung oder im Zirkulationsverfahren gefasst worden, jedoch durch die Gerichtskanzlei in der Form eines Beschlusses ausgefertigt, wie für die Erledigung des betreffenden Verfahrens gesetzlich vorgesehen, durch eine zuständige Person unterzeichnet und den Parteien in der gesetzlich vorgesehenen Weise mitgeteilt worden.⁹³ Der dadurch erzeugte Anschein eines gerichtlichen Entscheids ändert indessen nichts daran, dass kein Entscheid gefällt worden und das Verfahren demnach noch nicht abgeschlossen war.⁹⁴ Überzeugender erscheint in solchen Konstellationen, das unzulässigerweise und versehentlich verschickte Anscheinsurteil nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes zu behandeln, weil ansonsten ausserhalb der dafür vorgesehenen Verfahren und von nicht dazu befugten Personen wirksame Entscheidungen erzeugt werden könnten.

II. Verträge

1. Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge

In der Lehre wird vielfach eine analoge Anwendung der Evidenztheorie auf verwaltungsrechtliche Verträge postuliert.⁹⁵ Diese pauschale Übernahme greift allerdings zu kurz. Da verwaltungsrechtliche Verträge typischerweise nicht bloss anfechtbar sind – der Rechtsschutz dagegen führt entweder über ein Klageverfahren oder eine Verfügung⁹⁶ –, betrifft die Frage nach ihrer Nichtigkeit nicht jene nach einer Stufe der Fehlerhaftigkeit.⁹⁷ Gemäss IMBODEN/

92 KassGr ZH, Urteil vom 24.08.1998, publ. in: SJZ 95/1999 S. 585 ff.

93 KassGr ZH, Urteil vom 24.08.1998, publ. in: SJZ 95/1999 S. 585 ff., E. 3b.

94 Im Kanton Zürich wäre jeder prozesserledigende Entscheid im Spruchbuch des entsprechenden Gerichts zu finden (§ 4 der Verordnung der obersten kantonalen Gerichte über die Archivierung von Verfahrensakten [Archivverordnung der obersten Gerichte] vom 16. März 2001). Da die Spruchbücher gemäss § 21 Abs. 3 dieser Archivverordnung während 50 Jahren aufzubewahren sind, kann im Nachhinein stets festgestellt werden, ob die betreffende Instanz ein den Parteien zur Kenntnis gebrachtes Urteil tatsächlich gefällt hat.

95 MÄCHLER, Vertrag, S. 334 f.; WALDMANN, Vertrag, S. 15; KLEIN, S. 133 f.; HUGUENIN, Vertrag, S. 512 f.; FREY, S. 212 f.; SCHWEIZER, Verträge, S. 318 f., sprach in seiner Bestandaufnahme der damaligen Lehre noch von konkurrierenden Auffassungen zur Anwendung der Fehlerfolgenlehre von Verfügungen oder des Schuldrechts.

96 BICKEL, S. 49 f.

97 Vgl. FRANK, S. 76. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1008, sprechen von der Abgrenzung anfechtbar/nichtig, ohne sich indes zum zur Beseitigung des lediglich anfechtbaren Vertrags notwendigen Verfahren zu äussern. Das anwendbare Recht müsste dazu jedenfalls ein entsprechendes Rechtsmittel vorsehen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 351; KLEIN, S. 145). Gegen den Begriff des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, weil solche entweder gültig oder ungültig seien, siehe HILL, S. 112.

RHINOW lassen sich die Regeln über die Unwirksamkeit von Verfügungen «allenfalls» sinngemäss auf die vertragsbegründende Willenserklärung des Gemeinwesens anwenden, nicht jedoch auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag als solchen, weil ein Rechtsgeschäft nicht demselben Beurteilungsmassstab wie eine Verfügung unterliegen könne.⁹⁸

27 Soweit der Begriff der Nichtigkeit angelehnt an die privatrechtliche Terminologie die Gültigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags insgesamt erfassen soll, müssen mehr als nur die Fälle schwerwiegender, offenkundiger Mängel darunterfallen: HUGUENIN stellt für den Entscheid, ob die Rechtswidrigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags dessen Wirksamkeit hindert, auf den Schutzzweck der verletzten Norm ab.⁹⁹ Die in der Lehre erfolgte Fallgruppenbildung umfasst etwa Fälle der Bösgläubigkeit der Vertragspartner (unabhängig von der Schwere des Mangels), der Unzuständigkeit der vertragsschliessenden Behörde, der Formnichtigkeit sowie Fälle der Unwirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung zufolge fehlender Vertretungsbefugnis der unterzeichneten Person oder Fälle von Willensmängeln.¹⁰⁰ Das Nichtzustandekommen des Vertrags mangels wirksamer Willenserklärung wird teils begrifflich von der Nichtigkeit unterschieden,¹⁰¹ obwohl damit letztlich die identische Frage nach dessen Wirksamkeit behandelt wird.

28 Da verwaltungsrechtliche Verträge unter Beteiligung eines Privaten von vornherein überhaupt nur denkbar sein können, wenn das Gesetz einen vertraglichen Regelungsspielraum lässt,¹⁰² ist regelmässig kein Vergleichsobjekt verfügbar, an dem sich die inhaltliche Fehlerhaftigkeit des Vertrags messen liesse.¹⁰³ Ob trotz Unzulässigkeit einer vertraglichen Regelung geschlossene Vereinbarungen als nichtig zu betrachten sind, gilt als umstritten,¹⁰⁴ ist aber wohl letztlich kaum von praktischer Bedeutung: Soweit nämlich ausserhalb des gesetzlichen Rahmens mit einem Privaten kontraktiert wird, stellt sich die

98 IMBODEN/RHINOW, S. 284.

99 HUGUENIN, Vertrag, S. 517 ff.

100 MÄCHLER, Vertrag, S. 337 f.; IMBODEN, Vertrag, S. 96 f.

101 So bei KLEIN, S. 123; ABEGG, S. 175 ff.

102 Statt vieler GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 73 ff., mit kritischen Anmerkungen zu dieser Handlungsform. Mittels Vertragsschlusses beteiligt die Behörde den Privaten am Regelungsprozess, wofür es einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die sich zumindest aus einer Auslegung der einschlägigen Normen ergeben muss (HUGUENIN, Vertrag, S. 503). Zur von GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 441 ff. – mit schlüssiger Begründung – verneinten Grundsatzfrage der Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge sei hier ausdrücklich keine Stellung bezogen.

103 Zum Problem des Vergleichsobjekts beim Messen von Rechtsfehlerhaftigkeit unten N. 151 f.

104 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1352.

nach dem verfassungsmässigen Vertrauensschutz über eine Interessenabwägung zu lösende Frage, ob der unzulässigerweise abgeschlossene Vertrag nicht unabhängig von seiner rechtlichen Wirksamkeit als taugliche Vertrauensgrundlage Rechtswirkungen entfaltet.¹⁰⁵ Solches wäre etwa denkbar bei einem mittels verwaltungsrechtlichen Vertrags geschlossenen Vergleich.¹⁰⁶ Zu unterscheiden ist ferner die teils unter dem Begriff des Widerrufs abgehandelte Konstellation des einseitigen Rücktritts vom Vertrag durch das Gemeinwesen.¹⁰⁷

In BGE 136 II 415 stellte das Bundesgericht die Nichtigkeit einer Vereinbarung über die organisierte Sterbehilfe zwischen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und einer privaten Sterbehilfeorganisation fest. Dabei griff es auf die Evidenztheorie zurück, indem es die Nichtigkeitsfolge an das Vorhandensein eines offensichtlichen und gravierenden Mangels und an den Umstand knüpfte, dass «die Vereinbarung der Rechtssicherheit abträglich» sei,¹⁰⁸ mithin keine Rechtssicherheitsinteressen gegen die Annahme der Nichtigkeit sprächen. Wohl aufgrund der damit festgestellten rechtlichen Inexistenz der Vereinbarung erübrigte sich deren Qualifikation als verwaltungsrechtlicher Vertrag. In Anwendung der Theorien zur Abgrenzung von Verwaltungs- und Privatrecht¹⁰⁹ wäre die «Vereinbarung» als öffentlich-rechtlich zu betrachten. Sie wies zudem eine generell-abstrakte Struktur auf. Beschwerdeführende waren nicht an der Vereinbarung beteiligte, sondern virtuell davon betroffene natürliche und juristische Personen, denen das Bundesgericht ein Rechtsschutzbedürfnis zusprach und deren Beschwerde es deshalb auch ohne zulässiges Anfechtungsobjekt entgegennahm.¹¹⁰ Der Fall zeigt exemplarisch, welche prozessuale Bedeutung der Nichtigkeit bei (rechtsetzenden) «Vereinbarungen» zukommen kann, öffnet sie doch dagegen einen Rechtsweg ans Bundesgericht.¹¹¹

105 WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 222 ff.

106 Nach GUTH, S. 35 ff., ist ein solches Vorgehen denkbar, sofern das Gesetz dafür Raum lässt und eine Verfügung als weniger geeignete Handlungsform erschiene. Ob eine solche Konstellation im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren je vorliegen kann, erscheint fraglich, zielt dieses doch typischerweise gerade auf den Erlass einer Verfügung.

107 Dazu ZYSSET, S. 186 ff.

108 BGE 136 II 415 E. 3.2 S. 426.

109 Siehe z.B. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, S. 368.

110 BGE 136 II 415 E. 1.2 f. S. 417 f.

111 Ob die genannte Vereinbarung nicht mit einem kantonalen Rechtsmittel hätte angefochten werden können, verneinte das Bundesgericht augenscheinlich mit Blick darauf, dass die kantonale Oberstaatsanwaltschaft und der Regierungsrat solches nicht vorgebracht hatten (BGE 136 II 415 E. 1.4 S. 418). Nach der im Folgenden vertretenen Auffassung darf nicht mit Verweis auf die Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts über Prozessvoraussetzungen hinweggesehen werden, dazu unten N. 285 und 284.

30 Bei koordinationsrechtlichen Verträgen, d.h. öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zwischen Verwaltungsträgern,¹¹² ist die Anwendung der Evidenztheorie nicht gleichermaßen mit praktischen Problemen verbunden wie bei Vereinbarungen unter Beteiligung eines Privaten: Da kaum eine Konstellation denkbar erscheint, in der Individualrechtsschutz die Behandlung einer Vereinbarung zwischen Verwaltungsträgern als ex tunc unwirksam voraussetzt, wird sich die Frage nach deren Bindungswirkung regelmässig erübrigen. Soweit ein koordinationsrechtlicher Vertrag Aussenwirkung entfaltet, ähnlich wie bisweilen Verwaltungsverordnungen,¹¹³ drängt sich hinsichtlich seiner inhaltlichen Überprüfung im Verfahren auf Individualrechtsschutz eine Anwendung der für Letztere entwickelten Grundsätze auf. Entsprechend wäre die Anfechtung eines solchen Vertrags mit Aussenwirkung zulässig, soweit hinreichender Rechtsschutz durch die Anfechtung einer Verfügung, welche den koordinationsrechtlichen Vertrag im Einzelfall zur Anwendung bringt, nicht möglich und zumutbar ist.¹¹⁴ Die im Anwendungsfall ergangene Verfügung unterläge einer freien Prüfung auf ihre Rechtmässigkeit hin.¹¹⁵

31 Die Fehlerfolgenlehre bei verwaltungsrechtlichen Verträgen kann (noch) kaum als gefestigt gelten.¹¹⁶ Der Evidenztheorie kommt darin insoweit Bedeutung zu, als in diesem Sinne qualifiziert fehlerhafte verwaltungsrechtliche Verträge ex tunc als unwirksam zu betrachten sind. Doch erfasst sie nach dem Gesagten nicht alle Rechtsfehler, welche nach der Lehre zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führen müssen. Die Evidenztheorie vermag eine differenzierte Dogmatik des Umgangs mit Rechtsfehlern solchen Staatshandelns damit jedenfalls nicht zu ersetzen, sondern höchstens zu ergänzen.¹¹⁷

2. Bloss indirekte Bedeutung bei privatrechtlichem Staatshandeln

32 Rechtsverhältnisse, die unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, unterstehen im Grundsatz dem öffentlichen Recht; nur mittelbar der Er-

112 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 980. Ausführlich zur Abgrenzung koordinations- und subordinationsrechtlicher Verträge WEISS, S. 408 f.

113 Definiert als generelle Dienstanweisungen einer Behörde an ihre untergeordneten Behörden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 81 ff.).

114 Vgl. BGE 128 I 167 E. 4.5 S. 173 f.

115 Vgl. BGE 142 II 182 E. 2.3.3 S. 191.

116 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1348. Zum Regelungsdefizit betreffend verwaltungsrechtliche Verträge siehe THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N. 92 ff. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1006 sprechen von «mancherlei Unsicherheiten» über die Rechtsbeständigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge. Zum Stand von Lehre und Rechtsprechung betreffend die Anpassung verwaltungsrechtlicher Verträge siehe WEISS, S. 413 ff.

117 Zur hier vertretenen Nichtigkeitsdefinition, welche auf verwaltungsrechtliche Verträge angewendet werden kann, aber Raum für weitere Nichtigkeitskonstellationen lässt, siehe unten N. 248 ff.

füllung öffentlicher Aufgaben dienende Rechtsverhältnisse werden hingegen als einer privatrechtlichen Ausgestaltung zugänglich betrachtet.¹¹⁸ Behörden können demnach unter Umständen in den Formen des Privatrechts handeln. Zuständigkeit und Verfahren richten sich aber auch beim Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags nach dem öffentlichen Recht.¹¹⁹ Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Evidenztheorie im Bereich des privatvertraglichen Staatshandelns zukommen kann.¹²⁰

Wo das öffentliche Recht einen Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags gewährt oder es eingehend regelt, unter welchen Voraussetzungen mit welchen Partnern ein solcher Vertrag einzugehen ist, qualifiziert das Bundesgericht die behördliche Verweigerung des Vertragsschlusses im Sinne der Zweistufentheorie¹²¹ als Verfügung, die auf Übereinstimmung mit der betreffenden Regelung überprüft werden kann.¹²² Auf diese gemäss der Zweistufentheorie gedachte Verfügung, welche die interne Willensbildung der Behörde abschliesst, liesse sich die Evidenztheorie anwenden. Aus einer Feststellung, die Beschlussfassung über einen Vertragsschluss sei nichtig, folgt allerdings nicht mehr als die Notwendigkeit, erneut Beschluss zu fassen. Im gegenteiligen Fall, in dem sich aus einer Anwendung der Evidenztheorie der Entschluss, einen Vertrag einzugehen, als nichtig und damit rechtlich nie gefällt erweisen sollte,¹²³ folgen ebenfalls keine automatischen Konsequenzen für den privatrechtlichen Vertrag. Das Obligationenrecht setzt für das Zustandekommen eines Vertrags keine (bloss zur Ermöglichung der Anfechtung des Vertragsschlusses gedanklich geschaffene) Verfügung voraus. Die privatrecht-

118 GRIFFEL, Anstellungen, S. 460, der darauf hinweist, dass dieser allgemeinverwaltungsrechtliche Grundsatz den Gesetzgeber nicht binde. Nebst jenen Fällen, in denen das Spezialgesetz das Zivilrecht anwendbar erklärt, handelt das Gemeinwesen bei der administrativen Hilfstätigkeit – dem «vielzitierten Kauf der benötigten Bleistifte» (RHINOW, Verfügung, S. 297) –, bei der Verwaltung des Finanzvermögens und bei der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit in privatrechtlichen Formen (statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1384 ff.).

119 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1392. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1136.

120 Die Grundproblematik der Zulässigkeit des privatrechtlichen Vertrags (RHINOW, Verfügung, S. 298) soll an dieser Stelle ausgeklammert bleiben.

121 Zum Hintergrund der Zweistufentheorie, welche gedanklich vor einem privatrechtlichen Vertragsschluss einen anfechtbaren Akt der Verwaltung über den Vertragsschluss kreiert, siehe PAPPÀ/JAGGI, S. 805 m.w.H.

122 BGer, 3. Juli 2019, 1C_602/2018, E. 4.3 mit Hinweisen. Zu den gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten anhand der Zweistufentheorie siehe THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N. 102 f.

123 Zu denken wäre etwa an einen Fall offenkundiger Unzuständigkeit der handelnden Behörde. Im Submissionsrecht wird die Nichtigkeit der Zuschlagsverfügung als denkbar erachtet, vgl. VGr ZH, 3. März 2022, VB.2022.00016, E. 2.4.

liche Gültigkeit des Vertrags bliebe deshalb von deren Nichtigkeit unberührt, weil die Verfügung nicht mit der vertragsbegründenden rechtsgeschäftlichen Erklärung gleichgesetzt werden kann.

- 34 Geht das Gemeinwesen unerlaubterweise gestützt auf eine nichtige Verfügung einen privatrechtlichen Vertrag ein, kann ein Anwendungsfall von Art. 20 OR vorliegen, der Verträge mit widerrechtlichem Inhalt als nichtig erklärt. Die zufolge Nichtigkeit fehlende Beschlussfassung über den Vertragsschluss lässt den Vertrag aber nicht inhaltlich rechtswidrig werden.¹²⁴ Anderes gälte, wenn ein Mangel die Nichtigkeitsfolge bewirkte, der auch das privatrechtliche Rechtsgeschäft als inhaltlich unzulässig erscheinen lässt, indem der Vertrag als solcher einer zwingenden öffentlich-rechtlichen Norm widerspräche.¹²⁵
- 35 Offen erscheint, ob eine privatrechtliche Vereinbarung mit staatlicher Beteiligung aufgrund der Nichtigkeit der ihrem Abschluss zugrundeliegenden Verfügung folgen könnte, weil die staatliche Beteiligung am Vertragsschluss dadurch unzulässig erscheint. Das Bundesgericht bejaht die Nichtigkeit eines Vertrags zufolge verbotener subjektiver Beteiligung einer Partei, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.¹²⁶ Sofern die im öffentlich-rechtlichen Sinne nichtige Beschlussfassung über den Vertragsschluss als Konstellation der verbotenen staatlichen Beteiligung am privatrechtlichen Vertrag aufgefasst wird, erschiene der Schluss auf die Nichtigkeit des unzulässigerweise abgeschlossenen Vertrags je nach Art und Schutzzweck der bei der Beschlussfassung verletzten Norm grundsätzlich möglich.
- 36 Denkbar wäre sodann, in solchen Konstellationen von einer fehlenden Ermächtigung zum Vertragsschluss auszugehen.¹²⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht auf die Vertretung des Gemeinwesens Art. 33 Abs. 1 OR anwendet und demnach der Kundgabe der Bevollmächtigung zum Vertragsschluss entscheidende Bedeutung zukommt.¹²⁸ Selbst eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht ist denkbar.¹²⁹
- 37 Ohne damit GAUCH Recht geben zu wollen, der «die Protagonisten des öffentlichen und jene des privaten Rechts mit einer ausgeprägten Blindsicht für die je andere Seite geschlagen» sieht,¹³⁰ wird angesichts der thematischen

124 Vgl. betreffend den verfrüht abgeschlossenen Vertrag GAUCH, N. 4.

125 Vgl. BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR, N. 15 m.w.H.

126 BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54.

127 Vgl. GAUCH, N. 12.

128 BGE 124 III 418 E. 1c S. 421f.

129 ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33 N. 18.

130 GAUCH, N. 13.

Eingrenzung dieser Arbeit auf vertiefende Überlegungen zu den möglichen obligationenrechtlichen Folgen der Nichtigkeit einer Verfügung, auf deren Grundlage das Gemeinwesen privatrechtlich handelte, verzichtet. Es soll beim Schluss bleiben, dass zivilrechtliche Konsequenzen in gewissen Konstellationen jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen.

Für die Behandlung von Streitigkeiten über privatrechtliche Verträge mit staatlicher Beteiligung sind die Zivilgerichte zuständig.¹³¹ Damit kann die Überprüfung des Verwaltungshandelns auf seine Verfassungs- und Gesetzeskonformität dem Zivilrichter obliegen.¹³² Die Feststellung der Nichtigkeit eines solchen Vertrags im Sinn von Art. 20 OR obläge entsprechend auch einem Zivilgericht; über die Gültigkeit der ihm im Sinn der Zweistufentheorie zugrundeliegenden Verfügung kann hingegen im verwaltungsrechtlichen Instanzenzug befunden werden.

III. Nichtstaatliche Anordnungen

1. Verbindlichkeit beanspruchende private Handlungen

Typischerweise stellt sich die Frage nach ihrer rechtlichen Verbindlichkeit nur bei (erkennbar) staatlichen Anordnungen. Privaten, die Fantasiestaaten ausrufen oder eigene «Gerichtshöfe» etablieren und Verbindlichkeit für von diesen getroffene Entscheidungen beanspruchen wollen,¹³³ kommt offenkundig keine staatliche Autorität und Verfügungskompetenz zu.¹³⁴ Sie erreichen die notwendige «Stufe der Ernsthaftigkeit» nicht.¹³⁵ Gleiches gilt etwa für Entscheide, die in fiktiven, im Rahmen der juristischen Ausbildung zu Übungszwecken veranstalteten Gerichtsverfahren erlassen werden, oder jene, die «der Gerichtshausmeister oder die Gerichtsreinigungskraft vom Richtertisch aus verkünden».¹³⁶ In solchen Fällen fehlt regelmässig ein praktisches Bedürfnis, dass sich ein

131 GUTMANNBAUER, S. 89.

132 BGer, 3. Juli 2019, 1C_602/2018, E. 5.4; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, Art. 25a, N. 17.

133 Siehe z.B. die Pressemitteilung 02/2022 des Landesgerichts für Strafsachen Graz betreffend den Strafprozess vom 18. und 19. Januar 2022 gegen einen Schweizer, der an der Etablierung von «Pseudogerichtshöfen» beteiligt gewesen sein soll, mit dem Ziel, gegen staatliche Entscheidungsträger, Politiker, Beamte, Richter und Privatpersonen Selbstjustiz zu üben.

134 JELLINEK, S. 54. Es sei selbstverständliche «allererste Voraussetzung für die Gültigkeit einer staatlichen Tätigkeit», dass sie von einem staatlichen Organ ausgehe (ebenda, S. 29). SCHWARZENBACH, S. 121, sprach vom «rechtliche[n] Mehrwert», den ein Privater ohne Verfügungskompetenz nicht schaffen könne.

135 SALADIN, S. 552.

136 KUDLICH, S. 203.

Gericht zur Unverbindlichkeit der als Entscheid betitelten Verlautbarung äussert.¹³⁷ Die zivilprozessrechtliche Lehre spricht bei Entscheiden, deren Urheberschaft keine hoheitliche Autorität zukommt, von Nicht- bzw. Scheinentscheidungen.¹³⁸ Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass ein Staatsangestellter ohne hoheitliche Befugnisse eine Verfügung im Namen der zuständigen verfügenden Person unterzeichnet, welche diese Verfügung auch tatsächlich so erlassen hat; die solchermaßen fehlerhafte Unterzeichnung ist kein Nichtigkeitsgrund.¹³⁹

40 Nichtstaatliche Akte, denen es von vornherein an rechtlicher Autorität mangelt, die aber solche beanspruchen wollen, unterscheiden sich von einem nichtigen Staatsakt nur nach dem «Grad des durch sie erzeugten Rechts Scheins».¹⁴⁰ Eine Prüfung der möglichen Nichtigkeit einer Anordnung muss logisch voraussetzen, dass überhaupt Anlass besteht, von deren rechtlichen Bedeutsamkeit auszugehen. Nur bei auf einen Rechtserfolg gerichtetem Handeln kann sich überhaupt die Frage stellen, ob dieses Handeln seine angestrebte Rechtsverbindlichkeit erlangt.¹⁴¹ Die Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes betrifft zwar mit dem Verhältnis zwischen Staat und Privaten eine andere Konstellation, als wenn sich Rechtsunterworfenen im gegenseitigen Verkehr ihnen nicht zustehende Autorität anmassen wollen.¹⁴² Für die praktische Handhabung der Nichtigkeitsdefinition ist allerdings einerlei, ob ein privater Akt, der hoheitliche Geltungskraft beanspruchen will, als (wegen fehlender Zuständig-

137 Anders war dies, als das Bundesgericht die Nichtigkeit von Akten der kirchlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen festzustellen hatte (BGE 2 I 198 S. 203 f.). Auch Trauungen durch einen entlassenen Zivilstandsbeamten, wie sie in den 1920er-Jahren als gültig betrachtet wurden (IMBODEN, Staatsakt, S. 124 mit Nachweisen), dürften heutzutage wohl kaum vorkommen. Mit dem vor bald hundert Jahren bei RIEMER, S. 69, besprochenen, aber bereits dannzumal als unwahrscheinlich bezeichneten Fall, dass «mehrere Private spontan zu einem Kollegium zusammentreten und sich als staatliches Organ ausgeben», wird sich die heutige Rechtspraxis ebenfalls kaum beschäftigen müssen. Das Lehrbuchbeispiel des vom Gerichtsschreiber ohne richterliche Mitwirkung erlassenen Urteils (OBERHAMMER, N. 8) wird in der Praxis (hoffentlich) sofort zu Rückfragen Anlass geben, wenn das für die richterliche Unterschrift vorgesehene Feld leer bleibt.

138 DROESE, S. 104 ff. mit Hinweisen. HABSCHIED, S. 257 f., grenzt das Schein- bzw. Nichturteil und das nichtige Urteil nach ihrer Urheberschaft ab: Ersteres sei von einer Person ohne, Letzteres von einer Person mit Gerichtsgewalt erlassen worden.

139 BGer, 27. Mai 2005, 2A.15/2005, E. 1.1f.

140 IMBODEN, Staatsakt, S. 37. Entsprechend erachtete dieser das Fehlen hoheitlicher Gewalt (im Allgemeinen oder in Bezug auf eine spezifische Anordnung) als Nichtigkeitsgrund (ebenda, S. 106). Vgl. auch HIGI, S. 70f.

141 Vgl. WINKLER, S. 19 ff. Ob das Urteilen der bei KORMANN, S. 242, an einem Biertisch sitzenden Zivilrichter eine Ausübung ihrer Funktion darstellt, wäre entsprechend daran zu messen, ob es auf einen Rechtserfolg gerichtet ist.

142 DROESE, S. 117.

keit) schwer mangelhaft im Sinne der Evidenztheorie oder als von vornherein ausserhalb des Rechtssystems stehend und deshalb rechtlich wirkungslos verstanden wird.¹⁴³

Das Bundesverwaltungsgericht sprach sich implizit für erstere Herange- 41
hensweise aus: Es wandte die Evidenztheorie an, als es eine «Verfügung» des
von der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft mit der Leitung einer
Disziplinaruntersuchung betrauten Professors für nichtig erklärte, weil diesem
keine Verfügungsbefugnis gültig habe übertragen werden können.¹⁴⁴ Bildet
die Wirksamkeit einer Übertragung staatlicher Autorität auf einen Privaten
Gegenstand einer gerichtlichen Beurteilung, ist die Prüfung der Qualität einer
(angeblichen) Verfügung als staatlicher Akt im Ergebnis gleichbedeutend mit
einer Prüfung der Zuständigkeit der verfügenden Instanz. Durch die Anerken-
nung der Unzuständigkeit als Nichtigkeitsgrund werden nichtstaatliche und
ohne gültige Delegation erlassene Hoheitsakte von der Nichtigkeitsdefinition
begrifflich gleichermaßen erfasst. Eine vorangestellte Prüfung, ob ein Akt
überhaupt hoheitlicher Natur sei, erweist sich damit als entbehrlich.¹⁴⁵

2. Schiedsgerichtsbarkeit

Weil die Rechtsordnung die Möglichkeit kennt, von Privaten gestützt auf eine 42
Parteivereinbarung getroffene Entscheidungen als verbindlich anzuerkennen
und durchzusetzen, benötigt sie Kriterien, um über die behauptete Qualität
eines Dokuments als rechtlich bedeutsame (und einer Vollstreckung zugäng-
liche) Anordnung entscheiden zu können.¹⁴⁶

Das Bundesgericht bringt bei der Beurteilung, ob ein Schiedsspruch vor- 43
liege, die Evidenztheorie zur Anwendung.¹⁴⁷ Von einem «Nichtentscheid» bzw.
nichtigen Schiedsspruch ist auszugehen, wenn dieser wegen seiner äusseren
Form nicht als Entscheid erkannt wird und auch nicht erkannt werden muss,
sodass die Betroffenen keinen Anlass haben, ihn anzufechten, oder wenn über-
haupt keine Schiedsvereinbarung besteht und kein Verfahren durchgeführt

143 Letzteres vertritt aber WALDER, S. 335. Gleichermassen terminologischer Natur und ohne praktische Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen dem nichtigen und dem nicht existenten Akt, vgl. aus der Privatrechtswissenschaft GUGGENHEIM, L'invalité, S. 71.

144 BVerfGE, 29. Juli 2019, A-3612/2019. Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil 8C_551/2019 vom 10. Januar 2020 nicht ein, ohne sich zur Nichtigkeitsfrage zu äussern.

145 Zum Nichtigkeitsgrund der fehlenden Verfügungskompetenz unten N. 76 f.

146 Zur Problematik, dass hierfür jede Rechtsordnung ihre eigenen Kriterien anwendet, siehe RUCH, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 168 f.

147 BVerfGE, 9. März 2016, 4A_618/2015, E. 4.1; siehe auch BVerfGE, 5. Januar 2021, 4A_476/2020, E. 3.2.

worden ist.¹⁴⁸ Wenn ein angeblicher Schiedsspruch «jegliche Seriositätsindizien vermissen» lässt, ist er offenkundig nichtig.¹⁴⁹ Die Nichtigkeit einer Schiedsvereinbarung im privatrechtlichen Sinne führt aber nicht notwendigerweise zur Nichtigkeit des in einem gestützt darauf geführten Verfahren erlassenen Schiedsspruchs.¹⁵⁰ Insbesondere liegt immer noch ein – allerdings nach Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG anfechtbarer – Schiedsspruch vor, wenn ein Schiedsrichter seine Zuständigkeit trotz fehlender Schiedsvereinbarung bejaht.¹⁵¹

- 44 Die in der Lehre getroffene Unterscheidung zwischen nichtigen Schiedssprüchen und Nicht- bzw. Scheinschiedssprüchen kategorisiert nur die Fehlergründe, die zur Annahme der rechtlichen Nichtexistenz führen, und erscheint damit im Ergebnis entbehrlich.¹⁵² Die dogmatische Behandlung von fehlerhaften Schiedssprüchen kann zudem kaum für die verwaltungsrechtliche Nichtigkeitsdogmatik fruchtbar gemacht werden: Schiedsverfahren finden kontraktologisch zwischen hierarchisch gleichgestellten Parteien gestützt auf eine parteiautonome Vereinbarung statt, während sich im Verwaltungsverfahren typischerweise nicht Parteien mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen und nicht in erster Linie die Konfliktbeilegung, sondern eine gesetzmässige Entscheidung in pflichtgemässer Ermessensausübung Verfahrensziel bildet.¹⁵³

IV. Realakte?

- 45 Als «rein faktische Einwirkungen auf die Aussenwelt»,¹⁵⁴ die definitionsgemäss primär und unmittelbar einen Taterfolg bezwecken,¹⁵⁵ können Realakte nicht nichtig sein, weil Nichtigkeit nur rechtliche, nicht aber tatsächliche Inexistenz bedeutet.¹⁵⁶ In diesem Sinne differenzierte das Bundesgericht, als es eine Ver-

148 BGE 130 III 125 E. 3.1 S. 132.

149 BGer, 9. März 2016, 4A 618/2015, E. 4.4, wo das Bundesgericht «Duktus und Habitus» der angeblichen Schiedssprüche und die Ausführungen des Schiedsrichters zum «Freistaat Freie Stadt Danzig» als «bizarrr» betitelt.

150 JOSI, S. 28.

151 STACHER, Schiedsrichter, S. 36.

152 Ausführlich STACHER, Scheinschiedssprüche, S. 322 ff., insb. 323 ff., der diese Kategorisierung allerdings wegen der damit ermöglichten systematisch(er)en Herangehensweise als sinnvoll erachtet.

153 Vgl. STACHER, Scheinschiedssprüche, S. 329.

154 IMBODEN, Staatsakt, S. 18.

155 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1061; BACHMANN, S. 41 f., je m.w.H. Siehe auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N. 106, die betont, dass das definitorische Anknüpfen an einen Taterfolg nicht ausschliesst, dass Realakte rechtliche Konsequenzen zeitigen.

156 Vgl. FORSYTH, S. 147, der unwirksame Rechtsakte aufgrund ihrer tatsächlichen Existenz nach KELSEN als Seins-Tatsachen ohne Normqualität fasst (siehe dazu KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 3 ff.).

anlagungsverfügung wegen unterbliebener Zustellung einer Steuererklärung als nichtig erklärte, ihr aber gleichzeitig als «Einforderungshandlung» verjährungsunterbrechende Wirkung zusprach.¹⁵⁷ Eine nichtige Verfügung kann zumindest begrifflich ohne Weiteres als tatsächliches Staatshandeln und damit als Realakt betrachtet werden.¹⁵⁸ Als unzulässig erschiene diese Begriffsverwendung indes, wenn die Definition des Realakts voraussetzte, dass damit – anders als mit einer Verfügung – unmittelbar kein rechtlicher, sondern allein ein tatsächlicher Erfolg angestrebt wird.¹⁵⁹ Die nichtige Verfügung, welche auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist, aber keinen solchen zu bewirken vermag, wäre in dieser Begriffsverwendung nicht als Realakt zu bezeichnen.¹⁶⁰ Für die verfahrensmässige Behandlung von nichtigen Verfügungen bleibt eine begriffliche Qualifikation der nichtigen Anordnung als Realakt allerdings ohnehin ohne Bedeutung: Wie der dritte Teil dieser Arbeit aufzeigt, entspricht der Rechtsweg gegen eine nichtige Verfügung nicht jenem des Rechtsschutzes gegen Realakte. Soweit die Bezeichnung einer nichtigen Verfügung als «Realakt» nicht im Wissen darum erfolgt, ist sie im Interesse der begrifflichen Klarheit zu vermeiden.

Eine Übertragung des Nichtigkeitsbegriffs auf Realakte, wie sie im Zusammenhang mit unrechtmässigen Polizeikontrollen postuliert wird,¹⁶¹ ist dogmatisch nicht denkbar. Nur bei staatlichem Handeln, das Rechte oder Pflichten begründenden soll, kann sich überhaupt die Frage stellen, ob es den angestrebten Rechtserfolg zu bewirken vermochte. Gegenüber einer Person im Rahmen einer Polizeikontrolle angewandter Zwang kann nicht als rechtlich inexistent betrachtet werden, wenn er nicht hätte erfolgen dürfen. Vielmehr bildet er möglicher Gegenstand einer Überprüfung auf seine Rechtmässigkeit hin nach Massgabe des anwendbaren Verfahrensrechts.¹⁶² Wehrt sich eine Person gegen die wegen Nichtbefolgung einer polizeilichen Anordnung

157 BGE 137 I 273 E. 3.4.3 S. 282. Eine nichtige Verfügung kann auch eine formlose Konkurrentenstellung darstellen, siehe FN 282.

158 MÜLLER, Art. 5 VwVG, N. 26; GENNER, S. 1158.

159 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 348, 354 f.

160 So TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 1066, die immerhin einräumen, es möge seltsam klingen, aufgrund einer «finalen Betrachtungsweise ex ante» einen rechtlich nicht existenten Rechtsakt als Rechtsakt zu bezeichnen.

161 So MOHLER, N. 55.

162 Im Bund Art. 25a VwVG, im Kanton Zürich § 10c VRG ZH. Art. 29a BV verlangt, dass Rechtsschutz mindestens gewährt wird, wenn ein Realakt oder eine verwaltungsinterne Anordnung individuelle, schützenswerte Rechtspositionen berührt (BGE 143 I 336 E. 4.2 S. 341). Dies kann das kantonale Recht auch durch eine direkte Anfechtbarkeit von Realakten ermöglichen, siehe dazu BISAZ, Anfechtbarkeit von Realakten, S. 3 ff.

ausgesprochene Busse, ist zu prüfen, ob wirksam eine strafbewehrte Pflicht begründet und dagegen verstossen worden ist.¹⁶³ Nur – aber immerhin – dabei scheint eine Anwendung der Evidenztheorie denkbar.

V. Generell-abstrakte Regelungen

1. Nichtigkeit als Folge der Normenhierarchie?

47 Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV). Dieser Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts erstreckt sich auch auf interkantonales Recht,¹⁶⁴ das beim Bundesgericht abstrakt angefochten werden kann.¹⁶⁵ Er kann als verfassungsmässiges Individualrecht angerufen werden.¹⁶⁶ Dass kantonales Recht im Kollisionsfall hinter dem Bundesrecht zurücktreten muss, ist Ausdruck des hierarchischen Vorrangs des Bundesrechts¹⁶⁷ und Konsequenz der bundesstaatlichen Kompetenzordnung.¹⁶⁸ Ob überhaupt ein Norm- oder Kompetenzkonflikt vorliegt, ist dabei stets eine Frage der Auslegung der jeweiligen Regelungen und Kompetenznormen.¹⁶⁹

48 Das Bundesgericht hebt bundesrechtswidriges kantonales Recht im abstrakten Normkontrollverfahren förmlich auf.¹⁷⁰ Stellt es im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle die Bundesrechtswidrigkeit einer kantonalen Norm fest, ist deren Nichtanwendbarkeit die Folge.¹⁷¹ In der Lehre wird kantonales Recht, das inhaltlich kompetenzgemäss erlassenen Bundesrecht

163 Siehe die Konstellation in BGE, 7. März 2018, 6B_1174/2017, wo eine Person für die Weigerung, während einer Personenkontrolle ihren Ausweis zu zeigen, nach kommunalem Recht der Stadt Zürich mit Busse bestraft wurde. Eine mündliche Anordnung, die nicht nur Rechte und Pflichten berührt, sondern solche schafft, ist kein Realakt, sondern eine mündliche (und deshalb regelmässig formfehlerhafte) Verfügung.

164 WALDMANN, Bundesrecht, S. 543 f., der zwischen dem formellen und materiellen Bestand von Konkordatsrecht unterscheidet; nur Letzterer könne durch anderslautendes Bundesrecht aufgehoben werden.

165 BGE 138 I 435 E. 1.1 ff. S. 439 ff.

166 BGE 144 I 113 E. 6.2 S. 123; zu dessen Umfang siehe etwa BGE 139 I 242 E. 3.2 S. 248.

167 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 49, N. 2.

168 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1171. Bei kompetenzwidrigem Bundesrecht ist der Vorrang hingegen Folge von Art. 190 BV, siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1180 f.

169 WALDMANN, Bundesrecht, S. 535. Ausführlich zu den entsprechenden Konstellationen TSCHANNEN, Staatsrecht, N. 851 ff.

170 BGE 145 I 26 E. 8.4 S. 51; 138 I 435 E. 3.5.6 S. 454; 137 I 257 E. 6.4 S. 272; 135 I 28 E. 5.5 S. 42.

171 Z.B. BGE 138 I 356 E. 5.4.6 S. 366.

widerspricht, wahlweise als nichtig¹⁷², nicht anwendbar¹⁷³ oder ungültig¹⁷⁴ bezeichnet.¹⁷⁵ Einigkeit scheint allerdings dahingehend zu herrschen, dass Anwendungsakte kompetenzwidrigen kantonalen Rechts grundsätzlich in formelle Rechtskraft erwachsen können und die Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit ihrer Grundlage daran nicht automatisch etwas zu ändern vermag.¹⁷⁶ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt die Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit eines kantonalen Erlasses im inzidenten Normenkontrollverfahren früher ergangene Anwendungsakte unberührt, ausser wenn diese aufgrund ihrer groben Mangelhaftigkeit selbst als nichtig erscheinen.¹⁷⁷ Die derartige «Nichtigkeit» eines Rechtssatzes führt demnach nicht ohne Weiteres zur Nichtigkeit aller gestützt darauf erlassenen Verfügungen.¹⁷⁸

Ob nach einer Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit seiner Grundlage die Voraussetzungen eines Widerrufs¹⁷⁹ eines Anwendungsaktes erfüllt sind oder dieser als nichtig betrachtet werden muss, kann nur im Einzelfall in Anwendung der Nichtigkeitsdefinition auf diesen Akt entschieden werden. Dafür ist kaum entscheidend, ob seiner bundesrechtswidrigen kantonalen Rechtsgrundlage vorübergehende Rechtswirksamkeit im Widerspruch zum übergeordneten Recht zugesprochen wird. Entsprechend kommt der in der Lehre

172 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1178; MARTI, S. 607; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 755; RUCH/ERRASS, St. Galler Kommentar BV, Art. 49 BV N. 24; BSK-WALDMANN, Art. 49 BV, N. 24; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 432; so auch bereits IMBODEN, Staatsakt, S. 113, und IMBODEN, Bundesrecht, S. 115 ff. FASSBENDER, S. 206, bezeichnet die Folgen eines «Vorgehens» des Bundesrechts als umstritten.

173 TSCHANNEN, Staatsrecht, 846; ferner AUER, N. 1505, der neben Art. 49 Abs. 1 BV auch das Legalitätsprinzip (Art. 5 BV) als rechtliche Grundlage anführt.

174 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 49, N. 8. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1185, bezeichnen kantonales Recht als ungültig, das in eine abschliessende bundesrechtliche Regelung eingreift, ohne dieser inhaltlich zu widersprechen.

175 KOCHER, N. 831, 53, differenziert zwischen Anfechtbarkeit (inhaltlich begründet) bundesrechtswidrigen und Nichtigkeit kompetenzwidrigen kantonalen Rechts. Das Bundesgericht bezeichnet den uneinheitlichen Meinungsstand als «differenzierte Auffassung» (BGer, 3. September 2021, 2C_308/2021, E. 2).

176 WALDMANN, Bundesrecht, S. 538 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 49, N. 8; TSCHANNEN, Staatsrecht, N. 847; so auch schon IMBODEN, Bundesrecht, S. 111; wohl ebenso RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 754; nicht thematisiert bei RUCH/ERRASS, St. Galler Kommentar BV, Art. 49 BV.

177 BGer, 29. August 2003, 2P.112/2003, E. 2.4.2 mit Hinweisen.

178 So schon IMBODEN, Staatsakt, S. 44. Anders ein Entscheid des Regierungsrats Solothurn, Nr. 191 vom 19. Januar 1953, publ. in: ZBl 55/1954, S. 208 ff., wonach die Verfügungen einer Gemeinde nichtig seien, die sie auf ein neues kommunales Kanalisations-Reglement gestützt hatte, bevor dessen konstitutive Genehmigung durch den Kanton erfolgt war.

179 Dazu TANNER, N. 448 ff.

diskutierten Frage, ob bundesrechtswidriges kantonales Recht nichtig ist oder bis zur Feststellung seiner Bundesrechtswidrigkeit Gültigkeit beanspruchen kann,¹⁸⁰ keine praktische Bedeutung zu.

50 Von Anfang an ungültig sind kantonale Verfassungsbestimmungen, denen die Bundesversammlung die Gewährleistung nach Art. 51 Abs. 2 BV verweigert.¹⁸¹ Vor einem Nichtgewährleistungsbeschluss ergangene Anwendungsakte sind grundsätzlich – unter Vorbehalt von Vertrauensschutzkonstellationen – zu widerrufen.¹⁸² Dabei handelt es sich nicht um Nichtigkeit im Sinne der Evidenztheorie, veranlasst doch ein Entscheid der Bundesversammlung die Unwirksamkeit der entsprechenden kantonalen Verfassungsbestimmung oder ihrer Anwendungsakte, nicht deren grobe, leicht erkennbare Fehlerhaftigkeit.

51 Aus der Normenhierarchie zwischen Verfassung und Gesetz folgt eine Verpflichtung des Gesetzgebers, Gesetze nur innerhalb des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens zu erlassen.¹⁸³ Verfassungswidriges Bundesgesetzesrecht ist allerdings nicht nichtig, sondern unterliegt ungeachtet seiner Fehlerhaftigkeit dem Anwendungsgebot von Art. 190 BV. Ebenfalls nicht nichtig sind durch Initiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung eingefügte Verfassungsbestimmungen, welche die Bundesversammlung in Ausübung ihrer diesbezüglichen abschliessenden Kompetenz¹⁸⁴ für ungültig hätte erklären müssen.¹⁸⁵ In der Lehre wird zwingendem Völkerrecht widersprechendes Landesrecht als nichtig bezeichnet.¹⁸⁶ Diese (nicht im Sinne der Evidenztheorie, sondern nur hinsichtlich der Rechtsfolgen gemeinte) Nichtigkeit dauert indessen nur an, solange die Vorranggeniessende völkerrechtliche Regel besteht – sollte sich das vorrangige Völkerrecht je ändern, was zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen ist,¹⁸⁷ kann das ihm zuvor widersprechende Landesrecht zur Anwendung kommen. Entsprechend wird hier der Begriff der Unanwendbarkeit des völkerrechtswidrigen Landesrechts bevorzugt.

180 WALDMANN, Bundesrecht, S. 538 f.; RUCH/ERRASS, St. Galler Kommentar BV, Art. 49 BV N. 25.

181 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 S. 219; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1025; EGLI/RUCH, St. Galler Kommentar BV, Art. 51, N. 31; FUHRER, S. 122.

182 TSCHANNEN, Staatsrecht, N. 689.

183 KELLER/WEBER, Zuständigkeit, S. 142 f.

184 KELLER/WEBER, Grundrechtsschutz, S. 1021.

185 A.M. EHRENZELLER/GERTSCH, St. Galler Kommentar BV, Art. 139 BV, N. 63, welche Nichtigkeit (statt Unanwendbarkeit) einer Verfassungsnorm annehmen, die zwingendem Völkerrecht widerspricht.

186 KELLER, S. 164 m.w.H.

187 Der (umstrittene) Bestand der Normen des zwingenden Völkerrechts ist nicht statisch, sondern kann sich als Gewohnheitsrecht weiterentwickeln (CARONI/TAYLAN, S. 57).

Nach hier vertretener Auffassung ist der Begriff der Nichtigkeit im Zusammen- 52
hang mit Normen, die nicht mit übergeordnetem Recht vereinbar sind, zu-
gunsten terminologischer Klarheit zu vermeiden. Eine individuell-konkrete
Struktur eines Rechtsaktes kann nämlich nicht Voraussetzung für eine Anwen-
dung der Evidenztheorie sein,¹⁸⁸ zumal auch eine generell-abstrakte Regelung
derart mangelhaft sein kann, dass ihr jede Qualität als Rechtsakt abgesprochen
werden muss.¹⁸⁹ Die Bezeichnung einer Rechtsnorm als nichtig bleibt sinn-
vollerweise diesen Konstellationen vorbehalten.

2. Nicht publizierte Rechtssätze

Das Bundesgericht spricht von einem «Gebot der Rechtsstaatlichkeit, dass 53
rechtsetzende Erlasse grundsätzlich vor ihrem Inkrafttreten publiziert werden
müssen».¹⁹⁰ Gemäss Art. 8 Abs. 1 PublG erwachsen aus Bundesrecht nur Rechts-
pflichten, wenn es in der Amtlichen Sammlung publiziert worden ist. Ähnlich
sieht § 3 Abs. 1 PublG/ZH vor, dass im Kanton Zürich Erlasse und rechtsetzende
Vereinbarungen nur gelten, wenn sie nach den Bestimmungen der Zürcher
Publikationsgesetzgebung bekannt gegeben worden sind.

Unpubliziertes Recht kann demnach als Grundsatz ex tunc keine Rechts- 54
wirkung erlangen und ist in diesem Sinne nichtig. Allerdings ist die so verstan-
dene Nichtigkeit eines nicht publizierten Rechtssatzes keinesfalls mit dessen
Nichtigkeit aufgrund der Evidenztheorie gleichzusetzen: Während Erstere aus
dem Publikationserfordernis folgt und auch Normen treffen kann, denen kein
Rechtsfehler anhaftet, ist Letztere das Ergebnis einer Qualifikation der Fehler-
haftigkeit des Erlasses. Nach hier vertretener Ansicht sollte bei mangels Pub-
likation nie in Kraft getretenem Recht daher der Begriff der Nichtigkeit vermie-
den werden und besser von nicht rechtswirksam erlassenen Rechtssätzen ge-
sprochen werden.¹⁹¹ Eine nicht publizierte Norm erlangt in dieser Terminolo-
gie keine Rechtswirksamkeit und ist unwirksam; eine qualifiziert fehlerhafte
Norm ist hingegen nichtig.

188 Vgl. auch oben N. 22.

189 SALADIN, S. 547, bezeichnete als herrschende Lehre, dass auch Rechtssätze nichtig
sein könnten, sprach dabei allerdings nicht von Konstellationen der Evidenztheorie,
sondern von den beschriebenen der Bundesrechtswidrigkeit. Zur Nichtigkeit von
Rechtssetzungsakten nach dem im 2. Teil entwickelten verfassungsunmittelbaren
Nichtigkeitsbegriff siehe unten N 258.

190 BGE 125 I 182 S. 186 E. 2b/cc.

191 So die Terminologie in VGr ZH, 12. April 2022, VB.2021.00697, E. 4.2.

§4 Elemente der tradierten Definition

- 55 Nachdem der Anwendungsbereich der tradierten Nichtigkeitsdefinition dargelegt worden ist, der sich auf alle staatlichen Rechtsakte erstreckt, sind im Folgenden die einzelnen Definitionselemente zu erörtern. Eine Verfügung ist gemäss der herrschenden Evidenztheorie nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer (I.) und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist (II.) und zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (III.).¹⁹² Eine Annahme der Nichtigkeit bedingt nach dieser Definition eine Interessenabwägung.¹⁹³

I. Schwer(wiegend)er Mangel

- 56 Die Evidenztheorie setzt nach Lehre und Rechtsprechung zur Annahme der Nichtigkeit zunächst eine besonders schwere Mangelhaftigkeit des betreffenden Rechtsakts voraus. Blosser Willensmängel, welche nicht zur Unrechtmässigkeit der getroffenen Anordnung führen, reichen nicht aus.¹⁹⁴ Als entscheidend wird der «Grad der Fehlerhaftigkeit»,¹⁹⁵ das «Gewicht der Rechtsmängel, die der Verfügung anhaften»,¹⁹⁶ betrachtet. Zwar ist Rechtmässigkeit grundsätzlich kein «graduierbarer Begriff»:¹⁹⁷ Eine Verfügung ist entweder rechtmässig oder sie ist es nicht; sie kann nur in Teilen rechtmässig, aber nicht als Ganzes ein bisschen rechtmässig sein. Die Unrechtmässigkeit einer staatlichen Anordnung wird von der Rechtsprechung jedoch als nach Schweregraden unterscheidbar betrachtet, wie die Definition der Willkür nach Art. 9 BV zeigt: Als willkürlich gilt unter anderem, was «eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt».¹⁹⁸ Dadurch unterscheidet sich das Willkürliche vom nicht geradezu krass, sondern bloss einfach, nicht qualifiziert Rechtsfehlerhaften. UHLMANN betrachtet das Willkürverbot denn auch als tauglichen ersten «Bezugspunkt zur Bestimmung gesteigerter Fehlerhaftigkeit», weist indessen

192 Siehe oben N. 16 mit Nachweisen.

193 Dazu unten N. 142. Richtigerweise ist die Nichtigkeit nicht von einer Interessenabwägung abhängig, siehe N. 265.

194 GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 423.

195 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 834; ähnlich GYGI, Verwaltungsrecht, S. 306 («Grad und Mass»).

196 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 151.

197 HUGUENIN, Vertrag, S. 517.

198 Anstelle vieler BGE 144 I 113 E. 7.1 S. 124.

zugleich darauf hin, dass der Begriff der Willkür in der Praxis zur Nichtigkeit praktisch keine Rolle spiele.¹⁹⁹

In Lehre und Praxis erfuhr das Kriterium der schweren Mangelhaftigkeit 57 keine klare Konkretisierung.²⁰⁰ Entsprechend wurde schon diagnostiziert, dass «Konsenseinzig auf der Ebene sehr allgemeiner Wendungen» existiere.²⁰¹ RUCK sprach von «tiefgreifenden «wesentlichen» Mängeln», welche die Nichtigkeit bewirken könnten.²⁰² GRISEL sowie DUBEY und ZUFFEREY schreiben je von einer Fehlerhaftigkeit, die «un élément essentiel de l'acte» betreffe.²⁰³ MOOR und POLTIER erachten die Bedeutung der verletzten Norm als entscheidend und gehen von Nichtigkeit aus, wenn es sich dabei um «une norme constitutionnelle fondamentale» oder «une règle d'organisation procédurale essentielle» handelt.²⁰⁴ Bei anderen Autoren wird die geforderte ausserordentliche Schwere nicht näher umschrieben.²⁰⁵

Nach GRISEL ist der Mangel mit Blick auf den jeweiligen Akt zu betrachten: 58 Derselbe Mangel könne je nachdem ein Nichtigkeits- oder blosser Anfechtungsgrund sein.²⁰⁶ Dem Entscheid über die Schwere eines Rechtsfehlers soll nach dieser Auffassung eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalls zugrunde liegen. Das Bundesgericht scheint dieser Meinung zu folgen und letztlich auf sein Rechtsempfinden im Einzelfall abzustellen: Als schwerwiegend betrachtet es Fehler, welche eine Anerkennung der Gültigkeit des konkreten Aktes als stossend erscheinen liessen («choquant de maintenir sa décision»).²⁰⁷ Da der Feststellung der Nichtigkeit demnach eine wertende Abwägung zugrunde liegt, können die verbreitet als Nichtigkeitsgründe bezeichneten Rechtsfehler nicht als objektive Tatbestände gelten, die in jedem Fall zur Annahme der Nichtigkeit führen müssen, wenn sie einer Verfügung anhaften.²⁰⁸ Im Folgenden ist

199 UHLMANN, Willkürverbot, N. 495.

200 SALADIN, S. 544, ortete «grösste Unsicherheit» in Lehre und Praxis bei der Bestimmung des Kreises schwerer und offensichtlicher Fehler.

201 ACKERMANN, S. 325.

202 RUCK, S. 95.

203 GRISEL, *Traité*, S. 422; DUBEY/ZUFFEREY, N. 1015.

204 MOOR/POLTIER, S. 366.

205 So bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1098 ff. GRIFFEL, *Verwaltungsrecht*, N. 217, spricht von einem «Normalfall» der Anfechtbarkeit bei inhaltlichen Mängeln. Nach TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 835, muss der inhaltliche Mangel «schon ausserordentlich schwer wiegen», wie dies beispielsweise bei offensichtlichen Grundrechtsverstössen wie der Anordnung einer Körperstrafe der Fall sei.

206 GRISEL, *Droit administratif*, S. 202. Ebenso LEUENBERGER, S. 71.

207 BGer, 26. April 2016, 5A_11/2016, E. 4.1.2.

208 LEUENBERGER, S. 72.

gleichwohl auf Konstellationen einzugehen, in denen typischerweise die Nichtigkeit als Rechtsfolge der Fehlerhaftigkeit zumindest in Betracht gezogen wird. Dabei sollen gemeinsame Merkmale der Nichtigkeitsfälle mit dem Ziel herausgearbeitet werden, dem Konzept unterschiedlicher Schweregrade der Rechtsfehlerhaftigkeit Konturen zu verleihen.

1. Unzuständigkeit

59 Gemäss einer bundesgerichtlichen Erwägung, anhand deren die Lehrbuchliteratur bisweilen die Nichtigkeitsgründe erläutert,²⁰⁹ fallen dabei «vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht».²¹⁰ Allerdings ist nach der Rechtsprechung «ein von einer unzuständigen Behörde erlassener Beschluss nicht im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes per se nichtig», sondern nur, wenn der Mangel besonders schwer wiegt, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.²¹¹

60 Der Begriff der Unzuständigkeit lässt sich in allgemeiner Weise unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zu Art. 92 BGG definieren, die unter den Zuständigkeitsbegriff sämtliche «Verfahrensbestimmungen fasst, welche die Zulässigkeit eines Rechtsweges oder die Zuständigkeit eines Rechtspflegeorgans zum Gegenstand haben».²¹² Eine Behörde ist sachlich zuständig, wenn sie in der zur Diskussion stehenden Rechtsmaterie entscheiden darf,²¹³ funktionell zuständig, wenn sie in der zeitlichen Abfolge der Rechtsschutzeinrichtungen²¹⁴ auf der richtigen Stufe im Instanzenzug über die betreffende Sache angerufen wird,²¹⁵ und örtlich zuständig, wenn die Sache aufgrund ihrer räumlichen Beziehung zur Behörde nach dem grundsätzlich zur Anwendung kommenden Territorialitätsprinzip dort zu behandeln ist.²¹⁶ Der Zuständigkeitsordnung

209 So bei WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 170.

210 BGE 133 II 366 E. 3.2 S. 367. Zu Verfahrensfehlern als Nichtigkeitsgründen unten N. 109 ff. Im Jahre 1937 hatte das Bundesgericht noch erwogen, es sei «ein allgemeiner Prozessgrundsatz, dass das vom unzuständigen Richter gefällte Urteil kein Nichturteil ist» (BGE 63 III 57 E. 1 S. 60).

211 BGer, 22. Dezember 2022, 6B_563/2021, E. 1.3.3; 27. Juni 2022, 1C_497/2020, E. 6.4.1.

212 BGE 138 III 558 E. 1.3 S. 559.

213 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1340; RHINOW/KOLLER/KISS-PETER/THURNHERR/BRÜHLMOSER, N. 1047.

214 RHINOW/KOLLER/KISS-PETER/THURNHERR/BRÜHLMOSER, N. 1045.

215 UHLMANN, Art. 92, N. 15, KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 491; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 394.

216 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, 490, 493; RHINOW/KOLLER/KISS-PETER/THURNHERR/BRÜHLMOSER, N. 1046.

kommt für die Qualität von Entscheidungen erhebliche Bedeutung zu, weil einzelfallgerechte Entscheide am ehesten von jenem Organ gefällt werden können, das mit seiner Organisation, Verfahrensweise, Funktion und Zusammensetzung über die besten Voraussetzungen zur Beurteilung des jeweiligen Problems verfügt.²¹⁷

Ein Entscheid stammt mithin dann von einer unzuständigen Behörde, wenn diese nach dem anwendbaren Verfahrensrecht nicht berechtigt und verpflichtet²¹⁸ war, in der konkreten Angelegenheit einen Entscheid zu fällen.²¹⁹ Dabei ist nicht auf die handelnden Personen abzustellen, sondern auf die handelnde Behörde: So liegt auch ein relevanter Zuständigkeitsfehler vor, wenn ein Gerichtspräsident in einer Schuldbetreibungssache statt als Einzelrichter in der Funktion als Aufsichtsbehörde handelt.²²⁰

a) Erfordernis der «qualifizierten» Unzuständigkeit

In der Annahme der Unzuständigkeit als Nichtigkeitsgrund spiegelt sich der Gedanke, dass ein Staatsorgan nicht wirksam ausserhalb der Schranken seiner Zuständigkeit handeln kann.²²¹ Ein solcher absoluter Grundsatz ist dem schweizerischen Verwaltungsrecht indessen fremd: In der Praxis wird aus prozessökonomischen Gründen sogar von der Aufhebung der Verfügung einer unzuständigen Behörde abgesehen, wenn die fehlende Zuständigkeit nicht gerügt wird und aufgrund der gegebenen Aktenlage in der Sache entschieden werden kann.²²² Auch aus Gründen des Vertrauensschutzes kann Staatshandeln einer

217 WIEDERKEHR, S. 386 ff.

218 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 489.

219 Vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 391.

220 BGE 30 I 181 E. 1f. S. 182 f., wobei sich die Logik dieses älteren Urteils auch auf andere Rechtsgebiete übertragen lässt, bestimmt doch die Funktion, in der eine Person handelt, das anwendbare Verfahrensrecht sowie den Verfahrensablauf und beeinflusst in massgeblicher Hinsicht den Entscheid. Eine relevante Beeinflussung besteht mithin unabhängig davon, dass die Person identische Wertungsspielräume in ihren verschiedenen behördlichen Rollen jeweils identisch füllen würde. Zum Begriff der Nichtigkeit im SchKG siehe unten N. 214 ff.

221 Siehe schon BOSSHARDT, S. 35. JELLINEK, S. 54, setzte staatliche Tätigkeit ausserhalb der Schranken der Zuständigkeit mit jener eines Privaten gleich.

222 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 514 mit Hinweis auf BVGer, 27. August 2008, C-2687/2006, E. 3.2. Nach der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts kann «aus prozessökonomischen Gründen von der Aufhebung des Entscheids einer unzuständigen Vorinstanz und von der Überweisung an die zuständige Instanz ausnahmsweise abgesehen und dennoch ein materieller Entscheid gefällt werden, wenn das Interesse sämtlicher Parteien an einer beförderlichen Verfahrenserledigung die entgegenstehenden Anliegen – namentlich das Legalitätsprinzip und die Rechtssicherheit, gegebenenfalls etwa auch das Interesse am Entscheid durch eine fachkundige Behörde – überwiegt» (VGr ZH, 11. Juli 2019, VB.2018.00705, E. 6.2).

unzuständigen Behörde rechtliche Bedeutung zukommen.²²³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welcherart Unzuständigkeit sein muss, um als nichtigkeitsbegründende Fehlerhaftigkeit in Betracht zu fallen.

63 WIEDERKEHR und RICHLI orten in der Praxis eine uneinheitliche Beantwortung der Frage, ob jede sachliche und funktionelle Unzuständigkeit bereits grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund darstelle oder ob Nichtigkeit erst vorliegen könne, wenn eine qualifiziert unzuständige Instanz entschieden habe.²²⁴ Da die Evidenztheorie zur Annahme der Nichtigkeit einen schwerwiegenden Mangel voraussetzt, besteht für eine solche Unklarheit aus konzeptionellen Überlegungen kein Raum: Nur wenn die fehlende Zuständigkeit der verfügenden Instanz im konkreten Fall als schwerwiegend zu betrachten ist, kann sie nach dieser Definition zur Nichtigkeit führen. In einem jüngeren Bundesgerichtsurteil findet sich denn auch die Auffassung, dass die Verfügung einer unzuständigen Instanz in der Regel bloss anfechtbar und nur ausnahmsweise nichtig sei, nämlich «wenn eine qualifiziert unrichtige Instanz entschieden hat».²²⁵ Davon wäre beispielsweise kaum auszugehen, wenn ein Verfahren von der eigentlich unzuständigen Abteilung eines Gerichts behandelt würde, gemäss Konstituierungsbeschluss aber alle Richterinnen und Richter auch stellvertretend in anderen Abteilungen eingesetzt werden dürften.²²⁶

64 Wann ein qualifizierter Zuständigkeitsfehler vorliegt, ist nach IMBODEN mittels einer wertenden Abwägung zu bestimmen und ein solcher zu bejahen, wenn damit die Gefahr widersprüchlicher Entscheide geschaffen wird oder

223 So fällt etwa eine Auskunft einer unzuständigen Behörde als Vertrauensgrundlage in Betracht, wenn der Adressat der Auskunft sich darauf verlassen durfte, die Auskunft erteilende Amtsstelle sei dafür zuständig (BGE 101 Ia 92 E. 3b S. 100).

224 WIEDERKEHR/RICHLI, N. 2559 f.

225 BGE 133 II 181 E. 5.1.3 S. 193. Qualifizierte Unzuständigkeit wurde ebenfalls vorausgesetzt in BGE, 6. Mai 2004, 2A.82/2004, E. 5.2. Bereits IMBODEN, Staatsakt, S. 104, sprach von «einer verfeinerten Lehre», die auch in der Praxis vorherrsche und nur «qualifizierte Inkompetenz» als Nichtigkeitsgrund anerkenne. Siehe auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N. 396.

226 So etwa am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, wo sich die Zuständigkeit der vier Abteilungen nach Rechtsgebieten richtet, die Abteilungen sich aber gemäss einer von der Plenarversammlung beschlossenen Regelung personell aushelfen dürfen und im Interesse des Beschleunigungsgebots einzelne Rechtsgebiete sogar vorübergehend in die Kompetenz einer anderen Abteilung verschoben werden können, wenn je die Mehrheit der Mitglieder der betroffenen Abteilungen zustimmt (siehe den 61. Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts an den Kantonsrat 2021). Die Behandlung eines Rechtsmittels durch eine eigentlich nicht mit der betreffenden Rechtsmaterie befassete Abteilung erscheint nicht als schwerwiegend, wenn die Besetzung grundsätzlich auch in Vertretung einer anderen Abteilung handeln dürfte. Anders als im vorstehend in FN 220 genannten Fall beeinflusst eine Abteilungszuteilung am Zürcher Verwaltungsgericht das anwendbare (Verfahrens-)Recht nicht.

ein gesetzmässiges Verfahren und die «Möglichkeit einer sachlich richtigen Entscheidung» infrage gestellt ist.²²⁷ Diese Betrachtungsweise erachtete ein älterer Bundesgerichtsentscheid als «mit vernünftigen Gründen» vertretbar und «zumindest nicht willkürlich»;²²⁸ später wurde diese Umschreibung ohne entsprechenden Vorbehalt rezipiert.²²⁹ Die Gefahr widersprüchlicher Entscheide besteht allerdings notwendigerweise, sobald nach dem Entscheid der unzuständigen Behörde die an sich zuständige Instanz mit der Sache befasst wird und in der Folge aufgrund der fehlenden Bindungswirkung der ersten Verfügung²³⁰ etwas Gegenteiliges anordnen kann. Ein Verfahren vor der falschen Instanz ist überdies nie gesetzmässig in dem Sinne, dass das anwendbare Verfahrensrecht beachtet worden wäre. Immerhin erscheint ein Zuständigkeitsfehler gewichtiger, wenn er zur Anwendung eines anderen Verfahrensrechts oder gar anderer materiell-rechtlicher Beurteilungsmassstäbe führt. Letzteres wäre beispielsweise der Fall, wenn als Folge der Befassung einer unzuständigen ausserkantonalen Instanz das Recht des anderen Kantons angewendet wird.

Die Praxis hat «aus der Einsicht in die praktischen Möglichkeiten oder Schwierigkeiten der Überprüfung gewisser Akte durch bestimmte Rechtspflegeorgane» Kognitionsbeschränkungen entwickelt:²³¹ Bei der Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen durch eine Erstinstanz mit besonderem Fachwissen erachtet das Bundesgericht als zulässig, dass Rechtsmittelinstanzen ohne vergleichbare Fachkenntnisse «nicht ohne Not» von der Auffassung der fachkundigen Erstinstanz abweichen.²³² In der Lehre wird postuliert, das hierzu sogar grundsätzlich eine Verpflichtung bestehen kann.²³³ Das Gesetz kann zudem Fachinstanzen vorsehen, von deren Beurteilung namentlich dort, wo das Gesetz mit Rücksicht auf den technischen oder wissenschaftlichen Charakter der Sache eine offene Normierung enthält, die entscheidende Behörde wie auch die gerichtlichen Rechtsmittelinstanzen nur aus triftigen Gründen abweichen dürfen, auch wenn ihnen freie Beweis-

227 IMBODEN, Staatsakt, S. 104 f.

228 BGE 83 I 1 E. 3 S. 5.

229 BGE 109 V 234 E. 2 S. 237.

230 Verwaltungsrechtliche Anordnungen können nicht in materielle Rechtskraft erwachsen und der Begriff ist zur Vermeidung von Verwechslungen mit dem Zivilprozessrecht zu vermeiden (UHLMANN, Nichtigkeit, S. 204).

231 MÜLLER, Kognition, S. 290.

232 BGE 133 II 35 E. 3 S. 39; 130 II 449 E. 4.1 S. 452, je mit Hinweis auf BGE 116 Ib 270 E. 3b S. 273.

233 HANGARTNER, Kognitionsbeschränkungen, S. 331.

würdigung zusteht.²³⁴ In dieses sogenannte «technische Ermessen»²³⁵ darf eine Rechtsmittelinstanz nur aus triftigen Gründen und nicht aus eigenem Gutdünken eingreifen.²³⁶ In solchen Konstellationen, in denen das anwendbare Verfahrensrecht eine fachkundige (erstinstanzliche) Beurteilung vorsähe, wiegt ein Zuständigkeitsfehler schwerer, weil dieser die entsprechende ausserjuristische Expertise aus dem Verfahren ausschliesst.²³⁷ Im Sinne IMBODENS erscheint die sachlich richtige Beurteilung einer Angelegenheit infrage gestellt,²³⁸ wenn sie entgegen der vorgesehenen Zuständigkeitsordnung durch eine Instanz ohne besonderes Fachwissen erfolgt, statt durch die dazu berufene Behörde, deren Beurteilung im weiteren Verfahrensverlauf nur unter restriktiven Voraussetzungen umgestossen werden kann.

66 Gleiches gilt, wenn der eigentlich zum Entscheid berufenen Instanz aus anderen Gründen ein geschützter Ermessensspielraum zukommt.²³⁹ Nach der Praxis im Kanton Zürich legen sich die Rekursbehörden auch bei der Angemessenheitskontrolle eine gewisse Zurückhaltung auf, soweit persönliche oder örtliche Verhältnisse zu berücksichtigen oder technische oder verwaltungsorganisatorische Fragen zu behandeln sind.²⁴⁰ Trotz der Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Rechts- und Ermessensfragen²⁴¹ erhöht sich damit der Entscheidungsspielraum der Erstinstanz.

67 Beim Vollzug eigener kommunaler Vorschriften oder der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts kann einer Gemeinde eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit zukommen, welche nach Massgabe des kantona-

234 BGE 139 II 185 E. 9.2 S. 197 mit Hinweis auf BGE 136 II 214 E. 5 S. 223, 127 II 273 E. 4b S. 281 und 125 II 591 E. 7a S. 602 zu den Gutachten der Eidg. Natur- und Heimatschutzkommission; BGE 131 II 470 E. 3 S. 476 ff. und 119 Ib 254 E. 8a S. 275 zu den Beurteilungen von Umweltverträglichkeitsberichten durch die Umweltschutz-Fachstellen; BGE 135 II 384 E. 3.4.1 S. 395 zu den Stellungnahmen der Tierversuchskommission; BGE 133 II 263 E. 8.2 S. 278 zu den Schiedskommissionen nach URG sowie BGE 132 II 257 E. 3.2 und 3.3. S. 262 ff. zur Kommunikationskommission.

235 Zum Begriff ausführlich BINDER, Expertenwissen, S. 95 ff. Vgl. auch SCHINDLER, Verwaltungsermessen, S. 341 ff., 350 ff.

236 BGE 139 II 185 E. 9.3 S. 197.

237 Zur Bedeutung eigenen und beigezogenen Expertenwissens der Verwaltung siehe BINDER, Expertenwissen, S. 86 ff.

238 Oben N. 64.

239 Vgl. bereits IMBODEN, Staatsakt, S. 117, zu Fällen «des qualifizierten Schutzes des beeinträchtigten Zuständigkeitsbereichs». Nach SCHWARZENBACH, S. 138, ist bei der Gewichtung eines Zuständigkeitsfehlers zu berücksichtigen, ob die Vertrautheit der Behörde mit den örtlichen Verhältnissen für ihren Entscheid bedeutsam war.

240 Anstelle vieler VGr ZH, 23. März 2017, VB.2016.00374, E. 3.3 mit Hinweis auf DONATSCHE, Kommentar VRG, § 20, N. 80.

241 MÜLLER, Kognition, S. 289 f.

len Rechts den verfassungsrechtlichen Schutz der Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) genießt.²⁴² Bei der Überprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch eine Gemeinde, bei der ein durch die Gemeindeautonomie geschützter Handlungsspielraum besteht, müssen sich die Rechtsmittelinstanzen Zurückhaltung auferlegen und dürfen nur eingreifen, wenn sich die Gemeinde bei der Ausübung ihres Beurteilungsspielraums «von unsachlichen, dem Zweck der angewandten Regelung fremden Erwägungen leiten lässt oder die Grundsätze der Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit verletzt».²⁴³ Entscheidet eine unzuständige Instanz anstelle der Gemeinde, der ein verfassungsrechtlich geschützter Autonomiebereich zustünde, kommt dem Zuständigkeitsfehler vor diesem Hintergrund grösseres Gewicht zu, als wenn der Entscheid in der Folge im Instanzenzug einer uneingeschränkten Überprüfung zugänglich ist.

Ist der Entscheid der unzuständigen Behörde in einem anderen Instanzenzug anzufechten, erscheint der Zuständigkeitsmangel ebenfalls schwerwiegender, weil nicht nur das erstinstanzliche, sondern auch das Rechtsmittelverfahren vor eigentlich nicht dazu berufenen Instanzen geführt wird.²⁴⁴ Entscheidet beispielsweise eine Strafvollzugsbehörde anstelle eines (Zwangsmassnahmen- oder Straf-)Gerichts, unterscheidet sich das nachfolgende Verfahren sowohl in seiner Ausgestaltung als auch seiner Dauer erheblich.²⁴⁵ Gewichtet werden kann auch, ob der Zuständigkeitsfehler zum Verlust einer Rechtsmittelinstanz führt.²⁴⁶ Auch aufgrund der Grundrechtsrelevanz einer Anordnung kann als gravierender erscheinen, wenn sie von einer dafür unzuständigen Verwaltungsbehörde anstelle einer gerichtlichen Behörde gefällt wird.²⁴⁷

Zuständigkeitsfehler können nach dem Gesagten unterschiedliche Schweregrade aufweisen. Eine präzise Definition des schwerwiegenden (und damit

242 Vgl. BGE 147 I 136 E. 2.1 S. 141.

243 BGE 145 I 52 E. 3.6 S. 59. Wie das Bundesgericht in diesem Entscheid in E. 3.6 S. 58 klarstellt, ist damit nicht bloss eine Willkürprüfung durch die Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition gemeint, auch wenn die Formulierung solches nahelegen könnte.

244 Vgl. BGE 136 II 489 E. 3.3 S. 496, wo die Nichtigkeit aber mit Verweis auf die fehlende Offensichtlichkeit der Unzuständigkeit der Verwaltungsbehörden und aus Rechtssicherheitsüberlegungen verneint wurde.

245 Vgl. WEBER, Verwaltungsrechtspflege, passim.

246 Dahingehend BGer, 31. August 2017, 1C_447/2016, E. 3.4, wo nicht als «krasse Verletzung der Zuständigkeitsregeln» betrachtet wurde, dass ein Rechtsmittelweg über den Regierungsstatthalter anstelle der Finanzdirektion ans Verwaltungsgericht führte. Zum Instanzenverlust vgl. N. 96.

247 Siehe etwa VGr ZH, 6. Oktober 2022, VB.2022.00419 (bestätigt durch BGer, 22. Februar 2023, 6B_1322/2022) zur fehlenden Zuständigkeit der Vollzugsbehörde für die Anordnung einer elektrokonvulsiven Therapie im Rahmen einer stationären Massnahme, wo die Nichtigkeit allerdings nicht thematisiert wurde.

bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen nichtigkeitsbegründenden) Zuständigkeitsfehlers folgt daraus allerdings noch nicht. Im Folgenden sind deshalb neben weiteren konzeptionellen Überlegungen konkrete Konstellationen aus der Rechtsprechung zu erörtern, bei denen die Schwere eines Fehlers in der sachlichen, funktionellen oder örtlichen Zuständigkeit beurteilt wurde.

b) Sachliche Unzuständigkeit

i) *Schwerwiegendes Fehlen*

- 70 Die Delegation von Verwaltungsbefugnissen auf eine andere als die gesetzlich zuständig erklärte Behörde gilt aufgrund der zwingenden Natur des Organisationsrechts als unzulässig.²⁴⁸ In BGE 133 II 181 erachtete das Bundesgericht deshalb als fraglich, ob kantonale Entscheidungskompetenzen betreffend die Schiessanlage einer Gemeinde auf das VBS hätten übertragen werden dürfen, das mit der Plangenehmigung für die benachbarten Bundesanlagen über die Bewilligung der Sanierung aller Anlagen entschieden hatte.²⁴⁹ Den allfälligen Zuständigkeitsfehler betrachtete das Bundesgericht aber nicht als schwerwiegend genug, dass er zur Nichtigkeit der Verfügung des VBS hätte führen können²⁵⁰ Dabei schien es zu gewichten, dass die kantonalen Vollzugskompetenzen betreffend die Gemeindeanlage «im Interesse einer wirksamen Koordination und Konzentration der Sanierungsanordnungen durch das VBS wahrgenommen wurden».²⁵¹ Neben den Voraussetzungen der Evidenztheorie hätte das Bundesgericht zur Annahme der Nichtigkeit verlangt, dass die Erteilung einer Bewilligung auch «wegen klarer Rechtswidrigkeit des Vorhabens ausser Betracht» gefallen wäre.²⁵² In diesem Urteil wurde mithin gewichtet, ob mit dem Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeitsordnung zugleich ein inhaltlich rechtswidriger Entscheid gefällt worden war – ein Gedanke, der sich auch in anderen Urteilen findet.²⁵³ Keine entscheidende Bedeutung kam dem Umstand zu, dass der Bund (mangels gesetzlicher Grundlage wohl unzulässigerweise) eine kantonale Kompetenz ausübte. Als hingegen ein Kanton mit einem Entscheid über die Einsicht in Staatschutzakten des Bundes eine zwingende

248 BGE 133 II 181 E. 5.1.3 S. 193. Zur Unmöglichkeit vertraglicher Änderung der Kompetenzordnung MÄCHLER, Vertrag, S. 269, siehe auch die weiteren Hinweise bei WIEDERKEHR/PLÜSS, N. 1580.

249 BGE 133 II 181 E. 5.1.4 S. 195 (ausdrücklich offengelassen).

250 BGE 133 II 181 E. 5.1.4 S. 195.

251 BGE 133 II 181 E. 5.1.2 S. 192.

252 BGE 133 II 181 E. 5.1.3 S. 193.

253 Vgl. EVGr, 23. Januar 2007, I 143/06, E. 5.3.4: Nichtigkeit wegen zur sachlichen Unzuständigkeit hinzutretender inhaltlicher Mangelhaftigkeit sowie ungenügender Begründung, fehlender Unterschrift und nicht ordnungsgemässer Eröffnung.

und ausschliessliche Zuständigkeit der Organe des Bundes missachtete, erklärte das Bundesgericht das entsprechende Verwaltungsgerichtsurteil wegen schwerwiegender Unzuständigkeit als nichtig.²⁵⁴ Eine klare Regel, dass der Entscheid einer kantonalen Behörde anstelle einer Bundesbehörde oder umgekehrt nichtig sei,²⁵⁵ besteht demnach zumindest nicht ohne Ausnahme.

Nicht schwerwiegend war der Zuständigkeitsfehler bei Schutzmassnahmen betreffend Kachelöfen in einer Baubewilligung, die von der Bausektion des Stadtrats anstelle der Gesamtbehörde angeordnet worden waren: Dabei gewichtete das Bundesgericht, dass der fragliche Entscheid zwar von nur drei statt neun, aber immerhin noch von mehreren Behördenmitgliedern gemeinsam gefällt worden war, dass es sich bei der Bausektion um eine Fachbehörde in Bausachen handelte und dass dem Entscheid eine gründliche und umfassende Untersuchung der städtischen Denkmalpflege als für Fragen der Schutzwürdigkeit anerkannte Fachstelle zugrunde gelegt worden war.²⁵⁶ Eine schwerwiegende Mangelhaftigkeit in zuständigkeitsmässiger Hinsicht «wäre allenfalls dann zu bejahen, wenn über die Schutzwürdigkeit der Kachelöfen an Stelle der Exekutive als Gesamtbehörde ein ausserhalb der Exekutive stehendes Gemeindeorgan, die Verwaltung oder bloss ein einzelnes Exekutivmitglied befunden hätte».²⁵⁷ Als massgebend betrachtet wurde mithin, wie stark sich die handelnde von der zuständigen Behörde unterscheidet, ob der Entscheid abseits ihrer sonstigen Zuständigkeitsgebiete steht und ob der Zuständigkeitsfehler die fachlichen Entscheidungsgrundlagen beeinträchtigte bzw. zu einem fachlich uninformierten Entscheid führte. Diese bundesgerichtlichen Kriterien stehen in Einklang mit den vorstehenden Überlegungen, wonach ein Zuständigkeitsfehler als gravierender erscheint, wenn er ausserjuristische Expertise aus dem Verfahren ausschliesst, die nach dem anwendbaren (Verfahrens-)Recht darin hätte Eingang finden sollen.²⁵⁸

Als nichtig wegen Unzuständigkeit betrachtete das Bundesgericht eine Verfügung der Wettbewerbskommission gegenüber der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt, weil das Kartellgesetz auf die Meteorologische Anstalt keine Anwendung fand.²⁵⁹ Fehlerhaft war die dort gegenständliche Verfügung auch in inhaltlicher Hinsicht, bestand doch weder für eine Zuständigkeit der Wettbewerbskommission noch für die verfügten kartellrechtlichen Mass-

254 BGE 117 Ia 202 E. 8a S. 221.

255 So etwa FLÜCKIGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 7, N. 43.

256 BGer, 11. August 2006, 1P.629/2005, E. 3.2.2.

257 BGer, 11. August 2006, 1P.629/2005, E. 3.2.2.

258 Oben N. 65.

259 BGE 127 II 32 E. 3g S. 47f.

nahmen eine gesetzliche Grundlage. In einem jüngeren Entscheid betrachtet es das Bundesgericht als das richtige Vorgehen, eine allfällige Nichtigkeit wegen inhaltlicher Mangelhaftigkeit zu prüfen, wenn geltend gemacht wird, eine doppelrelevante Tatsache, die Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit bildet und der gleichzeitig auch materiell-rechtlich entscheidende Bedeutung zukommt, sei in schwerwiegend fehlerhafter Weise angenommen worden.²⁶⁰ Ob die Nichtigkeitsfolge aufgrund eines schwerwiegenden Zuständigkeits- oder Inhaltsfehlers geprüft wird, müsste im Ergebnis folgenlos bleiben, da die Evidenztheorie jeweils keinen abweichenden Beurteilungsmassstab vorsieht. Hinsichtlich der Verfügung der Wettbewerbskommission gegenüber der Meteorologischen Anstalt ergab sich die schwerwiegende Mangelhaftigkeit aus einer Bewertung der Situation, dass eine Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung gegenüber einer solchen der zentralen Bundesverwaltung eine Massnahme in deren hoheitlichem Zuständigkeitsbereich angeordnet hatte.²⁶¹

73 Anlässlich einer Streitigkeit betreffend einen Kontrollzuschlag für die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels ohne gültigen Fahrschein, welche das Bundesgericht als Angelegenheit der Zivilgerichtsbarkeit betrachtete,²⁶² hatte es zu beurteilen, ob die kantonalen Entscheide auf dem öffentlich-rechtlichen Rechtsmittelweg nichtig waren. Dabei übergang es die Frage der Schwere des Rechtsfehlers und verneinte die Nichtigkeit allein mit Verweis auf die fehlende Offensichtlichkeit und das entgegenstehende Rechtssicherheitsinteresse.²⁶³ Angesichts der grundsätzlichen Andersartigkeit des zivil- und öffentlich-rechtlichen Instanzenzugs und des dabei zur Anwendung gelangenden (Verfahrens-)Rechts hatte der Zuständigkeitsfehler Konsequenzen für das Verfahren, was für seine Schwere im Sinne der Evidenztheorie spricht.²⁶⁴ Es finden sich denn auch Entscheidungen, in denen Akte von Verwaltungsbehörde anstelle von Zivilgerichten als nichtig betrachtet wurden: So erklärte das Bundesgericht im Jahre 1890 einen Beschluss des Kleinen Rates des Kantons Graubünden für nichtig, mit dem dieser über die privatrechtliche Gültigkeit eines Kaufvertrags befunden hatte, weil allein ein Zivilgericht darüber hätte entscheiden dürfen.²⁶⁵

260 BGer, 26. Mai 2015, 5A_737/2014, E. 3.3.

261 Und wohl auch nicht zuletzt aus prozessualen Gründen, dazu unten N. 177.

262 BGE 136 II 489 E. 2.5 S. 493.

263 BGE 136 II 489 E. 3.3 S. 496.

264 Vgl. oben N. 64, 68.

265 BGE 161 70 S. 75 f. Vgl. bereits BGE 21450 E. 2 S. 454 (Zuständigkeit der Zivilgerichte zum Entscheid, in wessen Eigentum ein Grundstück steht); ferner BGE 28 I 349 E. 3 S. 353 f. (Versuch der zwangsweisen Durchsetzung einer Schadenersatzforderung durch die Polizei als «Übergriff der einen Staatsgewalt in das Gebiet der anderen»), wo allerdings nicht von Nichtigkeit die Rede ist.

Ähnlich wurde die Verfügung einer Gemeinde betreffend Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Schuld durch eine Drittperson als nichtig erklärt, für welche unzulässigerweise das Verfahren für die Veranlagung der Grundstücksgewinnsteuer gewählt worden war.²⁶⁶ Das Bundesverwaltungsgericht schloss in einem Fall, in dem das EFD eine Verfügung zum Schadenersatzanspruch eines Privaten erlassen hatte, obwohl privatrechtliches Staatshandeln zu beurteilen war und der Entscheid über einen allfälligen Schadenersatzanspruch in die Zuständigkeit der Zivilgerichte gefallen wäre, auf die Nichtigkeit der Verfügung.²⁶⁷ Zum gleichen Schluss gelangte es betreffend eine Verfügung, mit der das ASTRA eine Schadenersatzforderung aus Werkeigentümerhaftung abgewiesen hatte.²⁶⁸ Schwerwiegend mangelhaft und deshalb nichtig war auch die Verfügung eines Kantonsspitals gegenüber der SUVA über den anwendbaren Tarif, weil entsprechende Streitigkeiten von einem Schiedsgericht nach Art. 57 UVG zu beurteilen wären.²⁶⁹ Einen schwerwiegenden Zuständigkeitsfehler sah das Bundesverwaltungsgericht ferner in einer Verfügung der ESTV, welche anstelle des eigentlich zuständigen Rechtsöffnungsrichters einen Rechtsvorschlag betreffend eine Mehrwertsteuerforderung aufheben wollte.²⁷⁰ Das Aargauer Obergericht bejahte kürzlich die Nichtigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses, mit dem die Festsetzung und Rückerstattung des Elternbeitrags an von der Gemeinde bevorschusste Kinderschuttkosten verfügt worden war, weil die hoheitliche Unterhaltsfestsetzung dem Zivilrichter vorbehalten ist.²⁷¹ Aus der Aargauer Praxis stammt auch die Teilnichtigklärung einer Baubewilligung für Erschliessungsanlagen hinsichtlich ihrer Nebenbestimmungen, die privatrechtliche Fragen zur Kostentragung im Zusammenhang mit einer Erschliessungsvereinbarung regeln wollten: Die Auslegung einer Erschliessungsvereinbarung könne nicht Gegenstand einer Baubewilligung sein, sondern sei im Streitfall Sache des Zivilgerichts.²⁷²

Umgekehrt werden «Eingriffe richterlicher Behörden in die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden» in der älteren kantonalen Rechtsprechung als

266 BGer, 28. April 2008, 2C_522/2007, E. 3.4.

267 BVGE 2008/59 E. 4. Die Lehre spricht dem Eidgenössischen Finanzdepartement im Bereich der Staatshaftung auf Bundesebene allgemeine Entscheidungsgewalt zu, weshalb dessen Verfügungen in diesem Gebiet nicht zufolge Unzuständigkeit nichtig sein können (GÄHWILER, N. 193)

268 BVGer, 4. April 2011, A-5837/2010, E. 4.2.

269 BGE 114 V 319 E. 4b S. 327.

270 BVGer, 22. Juli 2011, A-7843/2010, E. 3.1.

271 OGr AG, 4. Zivilkammer, 25. November 2019, ZSU.2019.215, publ. in: AGVE 2019, Nr. 34 S. 231 ff.

272 VGr AG, 26. Oktober 1999, publ. in: AGVE 1999 Nr. 72 S. 367 ff., dazu BAUMANN, S. 143 f.

nichtig betrachtet:²⁷³ Mit dieser Begründung wurde der Befehl eines Zivilrichters als nichtig erklärt, welcher die Sihlalbahn aufgrund eines Fuss- und Fahrwegrechts verpflichten wollte, Abschränkungen bei einem Bahnübergang zu entfernen, der gemäss einer Verfügung des Eidgenössischen Amtes für Verkehr vorübergehend geschlossen bleiben musste. Fehlerhaft war dieser Befehl allerdings nicht nur in zuständigkeitsmässiger, sondern auch in inhaltlicher Hinsicht, sollte doch damit einer privatrechtlichen Dienstbarkeit gegenüber der öffentlich-rechtlichen Eisenbahngesetzgebung Vorrang eingeräumt werden. Insoweit ist der Fall illustrativ für die verallgemeinerbare Feststellung, dass sachliche Unzuständigkeit und inhaltliche Fehlerhaftigkeit typischerweise Hand in Hand gehen. Dies war etwa auch der Fall, als ein Gesuch um Namensänderung fälschlicherweise als Gesuch um Korrektur eines Registereintrags behandelt worden war.²⁷⁴

- 75 Als direkt anwendbares²⁷⁵ Raumplanungsrecht des Bundes schreibt Art. 25 Abs. 2 RPG für alle Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone eine Bewilligung der kantonalen Behörde vor. Fehlt die notwendige Zustimmung der kantonalen Behörde und besteht Klarheit, dass sie auch nicht nachträglich erteilt wird, gilt die kommunale Bewilligung eines Bauvorhabens ausserhalb der Bauzone als schwerwiegend mangelhaft und deshalb nichtig.²⁷⁶ Diese Qualifikation gilt allerdings nur, wo die kantonale Behörde vom Baugesuch überhaupt keine Kenntnis erhalten hat. Wo die kommunale Baubewilligung und die Baugesuchsakten der kantonalen Baudirektion unter Hinweis auf die erforderliche Genehmigung zugestellt worden sind, schliesst das Bundesgericht nicht ohne Weiteres auf Nichtigkeit.²⁷⁷ Vielmehr sind in solchen Fällen «alle massgeblichen Interessen gegeneinander abzuwägen» und nimmt das Bundesgericht eine inhaltsbezogene Prüfung der fraglichen Bewilligung mit Blick auf Sinn und Zweck der verletzten Zuständigkeitsnorm und die Ziele des Raumplanungsrechts vor.²⁷⁸

273 OGr ZH, II. Zivilkammer, 14. April 1967, publ. in: ZBl 68/1967 S. 404 ff., 406, mit Hinweis auf GULDENER, S. 71. In diesem Sinne bejaht die Rechtsprechung im Kanton Schwyz die Nichtigkeit von Anordnungen des Einzelrichters anstelle des zuständigen Erbschaftsamts (KGer SZ, Beschluss vom 24. Dezember 2014, ZK2 2014 61 und 62, E. 3 publ. in: EGV-SZ 2014, A 2.1; ebenso KGer SZ, Beschluss vom 19. Februar 2020, ZK2 2019 41, E. 3, publ. in: EGV-SZ 2020, A 2.4).

274 BVGer, 18. August 2014, A-5658/2013, E. 3.2.1, wo die Nichtigkeit des Entscheids der sachlich unzuständigen Behörde allerdings verneint wurde, weil dessen Anfechtbarkeit ausreichenden Rechtsschutz ermögliche (E. 3.2.2).

275 WALDMANN/HÄNNI, Art. 25 RPG, N. 36.

276 BGE 111 Ib 213 E. 5b S. 220 f.

277 BGE 132 II 21 E. 3.2.2 S. 28.

278 BGE 132 II 21 E. 3.3 S. 28 f.

Erst eine wertende Betrachtung ermöglicht den Schluss auf Nichtigkeit, womit in dieser Konstellation die sachliche Unzuständigkeit an sich noch kein schwerwiegender Mangel im Sinne der Evidenztheorie ist. Es erschiene im Übrigen als prozessualer Leerlauf, eine kommunale Bewilligung als nichtig zu erklären, wenn die kantonale Behörde in der Folge – etwa während eines Rechtsmittelverfahrens – vom Bauprojekt ausserhalb der Bauzone Kenntnis erlangt und dieses als bewilligungsfähig erachtet. Eine derartige stillschweigende oder ausdrückliche nachträgliche Zustimmung schliesst die Nichtigkeit indessen nicht aus, wenn die Baubewilligung aus materiell-rechtlichen Gründen nicht erteilt werden darf.²⁷⁹

Das Bundesgericht betrachtete die gänzlich fehlende Verfügungskompetenz einer Behörde als Nichtigkeitsgrund, als ein Regionales Arbeitsvermittlungszentrum anstelle der kantonalen Amtsstelle in Anwendung des AVIG verfügt hatte, seine Zuständigkeit aber nur auf interne Verwaltungsweisungen stützen konnte; eine Zuständigkeitsübertragung mittels eines formellen, den kantonalen Publikationsvorschriften unterliegenden Erlasses fehlte.²⁸⁰ Ebenso war die «zu Unrecht in Verfügungsform» ergehende Rückforderung einer IV-Stelle gegenüber einem Leistungserbringer nichtig.²⁸¹ Das Bundesverwaltungsgericht betrachtete das Fehlen der Verfügungskompetenz des Amts für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich zur Geltendmachung einer Forderung aus öffentlich-rechtlichem Vertrag im Konkurs gegenüber einem Verein als Nichtigkeitsgrund.²⁸² Es betrachtet zudem Verfügungen als nichtig, die eine Behörde erlassen hat, anstatt den vorgesehenen Klageweg zu beschreiten.²⁸³ Fehlende hoheitliche Gewalt stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ferner einen Nichtigkeitsgrund für «Verfügungen» eines Erbschaftsliquidators dar, der in Ausübung seiner Funktion nur privatrechtlich handeln darf.²⁸⁴

279 So VGr ZH, 19. Dezember 2019, VB.2019.00353, E. 3.6.1.

280 BGE 129 V 485 E. 2 S. 487 f.

281 EVGr, 4. April 2005, I 27/05, E. 2.2.

282 BVGer, 28. Januar 2021, B-6498/2020, E. 2.3. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte in der Folge die Möglichkeit einer Konversion der (nichtigen) Verfügung in eine blosser Forderungsanmeldung, weil es für das Konkursverfahren nicht zuständig sei (E. 2.4). Da eine Konkurseingabe formlos erfolgen kann und sich deren notwendiger Inhalt auf Forderungssumme und Angabe des Schuldgrunds beschränkt (BSK-HIERHOLZER/SOGO, Art. 244 SchKG, N. 9 f.; SPRECHER, KUKO SchKG, Art. 244, N. 11 f.), stellt nach der hier vertretenen Auffassung eine der Konkursverwaltung zur Kenntnis gebrachte nichtige Verfügung eine Konkurseingabe dar.

283 BVGE 2015/15, E. 2.5.3. Art. 5 Abs. 3 VwVG spricht Erklärungen von Behörden über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind, allerdings bereits den Verfügungscharakter ab.

284 BGE 130 III 97 E. 3.2 S. 101.

- 77 In der kantonalen Rechtsprechung finden sich weitere Fälle, in denen Nichtigkeit aufgrund fehlender Verfügungskompetenz angenommen worden war und die sich mithin zur Abgrenzung staatlicher und nichtstaatlicher Handlungen äussern: Das Bündner Verwaltungsgericht erklärte einen Entscheid des Bündner Ärztevereins über öffentlich-rechtliche Berufspflichten als nichtig, weil diesem die nötige Entscheidkompetenz nicht übertragen worden war.²⁸⁵ Ähnlich bejahte das Verwaltungsgericht Bern die Nichtigkeit einer «Verfügung» eines Bezirksvereins der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern, dem die dafür erforderliche gesetzliche Ermächtigung gefehlt hatte.²⁸⁶ Die St. Galler Rechtsprechung schloss auf Nichtigkeit einer Verfügung einer Gemeindevereinigung, die als einfache Gesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit mangels entsprechender Grundlage keine Verfügungsbefugnis für sich in Anspruch nehmen durfte.²⁸⁷ Nichtig zufolge fehlender Verfügungskompetenz einer Aargauer Gemeinde gegenüber einem Gemeindeverband war die Anordnung eines «Sonderrabatts» für diese Gemeinde gegenüber dem Verbandstarif als Nebenbestimmung in der Baubewilligung für die Erneuerung der gemeinsamen Kehrrichtverbrennungsanlage.²⁸⁸ Das Aargauer Personalrekursgericht erklärte ferner die durch einen Rechtsanwalt als unzuständige Privatperson ausgesprochene Kündigung eines Gemeindeangestellten als nichtig.²⁸⁹ Nicht als nichtig betrachtete demgegenüber das Verwaltungsgericht Zürich einen Rekursentscheid, den eine von der Rekursinstanz damit und mit der Prozessleitung beauftragte Rechtsanwältin verfasst hatte, ohne dass eine gesetzliche Grundlage für die Delegation hoheitlicher Befugnisse erkennbar gewesen wäre: Vielmehr wurde diese Konstellation ohne Erwähnung der Nichtigkeit allein unter dem Titel der unzulässigen Zusammensetzung der Vorinstanz abgehandelt, welche allerdings verspätet gerügt worden sei.²⁹⁰

ii) *Analogie zum Zivilprozessrecht*

- 78 Nach der wohl herrschenden zivilprozessrechtlichen Lehre sind Entscheidungen eines Sondergerichts in einer Angelegenheit, die durch die ordentlichen

285 VGr GR, 27. Mai 2014, U 12 56, publ. in: PVG 2014 S. 52, insb. E. 3k.

286 VGr BE, 15. November 2004, VGE 22089, E. 2, publ. in: BVR 2005 S. 372 ff.

287 VGr SG, 23. Januar 2007, publ. in: GVP 2007 Nr. 6 S. 19 ff., E. 1.

288 VGr AG, AGVE 1996 S. 172 ff., E. 6.

289 Personalrekursgericht AG, 18. Januar 2008, 2-KL.2007.4, publ. in: AGVE 2008 Nr. 96 S. 449.

290 VGr ZH, 1. September 2020, VB.2020.00329, E 4. Dass der Beschluss nichtig sein könnte, wird nicht thematisiert.

Gerichte zu beurteilen wäre, nichtig.²⁹¹ So würde etwa eine durch ein Handelsgericht ausgesprochene Scheidung als nichtig betrachtet.²⁹² In der Praxis scheint allerdings keine pauschale Auffassung zu herrschen: So verneinte das Zürcher Obergericht die Nichtigkeit eines vorsorglichen Massnahmeentscheids eines Bezirksgerichts, der in die Zuständigkeit des Handelsgerichts gefallen wäre, mit Verweis auf die allgemeine Entscheidungsgewalt der Bezirksgerichte in zivilrechtlichen Streitigkeiten im Allgemeinen.²⁹³ Im Übrigen liesse sich eine solche generelle Regel nicht auf Verwaltungs(justiz)verfahren übertragen: Zwar erscheint ein Zuständigkeitsfehler schwerwiegender, wenn dabei eine Fachinstanz übergangen wird,²⁹⁴ doch stellt sich im Verwaltungsverfahren anders als im Zivilprozess das Problem der materiellen Rechtskraft nicht: Während ein rechtskräftiges Zivilurteil über einen bestimmten Anspruch die Einleitung eines neuen Verfahrens über dieselbe Sache ausschliesst,²⁹⁵ sind Verwaltungsanordnungen lediglich rechtsbeständig, und über denselben Gegenstand kann bei gegebenen Voraussetzungen auf Gesuch oder von Amtes wegen neu verfügt werden.²⁹⁶

Fraglich erscheint sodann, ob die Interessenlage in zivilprozessualen Konstellationen mit jener im öffentlichen Recht vergleichbar ist. SCHUMACHER und REY problematisieren die Grenzziehung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit bei der superprovisorischen Anordnung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts durch eine unzuständige Behörde, weil dem Unternehmer je nach Handhabung offenstehen könnte, von mehreren sachnahen Gerichten das allgemeinere anzurufen, ohne genauere Abklärungen zur Zuständigkeit treffen zu müssen, und dem Grundeigentümer bei regelmässigem Schluss auf blosser Anfechtbarkeit die prozessuale Obliegenheit entstände, gegen die Belastung seines Grundstücks mit Grundpfandrechten durch eine unzuständige Behörde vorgehen zu müssen.²⁹⁷ Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf

291 ZINGG, Berner Kommentar, Art. 60 ZPO, N. 51, der die Nichtigkeit allerdings ausschliesst, wenn sich ein sachlich an sich unzuständiges Gericht aufgrund einer Kompetenzattraktion als zuständig erachtet.

292 WALDER, S. 338; DROESE, FN 591 m.w.H.

293 OGr ZH, 18. März 2019, LF190007-O/U, E. 13.

294 Oben N. 65.

295 Dass die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, bildet eine Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO. Die Einmaligkeit der Gewährung von Rechtsschutz im Zivilprozessrecht wird mit dem Interesse an Rechtsfrieden und Rechtssicherheit begründet (DROESE, S. 438; JENT-SØRENSEN, S. 533 f.).

296 Für einen ausführlichen Vergleich der Rechtskraftwirkungen von Zivilurteilen und Verwaltungsverfügungen siehe BRUNNER, N. 735 ff.

297 SCHUMACHER/REY, N. 1396 ff.

Rechtssicherheitsüberlegungen fordern die genannten Autoren, die Nichtigkeitsfolge wegen Unzuständigkeit des Gerichts nur zu bejahen, wenn diese Unzuständigkeit für den klagenden Unternehmer nach einem objektiven Beurteilungsmassstab bei fachkundiger Vertretung nicht oder nur schwer erkennbar war.²⁹⁸ Anders als beim Entscheid über die Nichtigkeit einer Verfügung, die in der Regel nicht Anordnungen zugunsten einer und zulasten einer anderen Partei trifft, fallen hier beim Entscheid über die absolute Unwirksamkeit der hoheitlichen Anordnung gegenläufige Parteiinteressen in Betracht.

- 80 Auch das von der zivilprozessrechtlichen Lehre als nichtig bezeichnete Urteil ohne Klage²⁹⁹ taugt kaum für Analogieschlüsse, zumal Verwaltungsbehörden typischerweise von Amtes wegen tätig werden oder dies zumindest dürften. Ein fehlendes Gesuch bzw. einen fehlenden Antrag wertet die Praxis denn auch nicht ohne Weiteres als Nichtigkeitsgrund.³⁰⁰ Für zustimmungsbedürftige Verfügungen lässt sich aus dieser Konstellation ebenfalls nichts herleiten: Solchen fehlt ohne Zustimmung, die nicht notwendigerweise vorab erteilt werden muss, ein für ihr Zustandekommen notwendiges Element,³⁰¹ woraus sich unabhängig der Evidenztheorie ihre rechtliche Unwirksamkeit ergibt.³⁰²

iii) «Allgemeine Entscheidungsgewalt» der Behörde

- 81 Nach der bundesgerichtlichen Praxis führt die als schwerwiegend zu wertende Unzuständigkeit dann nicht zur Nichtigkeit eines Entscheids, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet «allgemeine Entscheidungsgewalt» zukommt.³⁰³ Diese Rechtsprechung lässt sich weit zurückverfolgen: In einem Urteil vom 17. März 1971 erachtete das Bundesgericht die Nichtigklärung eines Beschlusses des basel-städtischen Regierungsrats betreffend eine Zahlung an einen Destinatär durch das Appellationsgericht als unhaltbar, weil diesem als Aufsichtsbehörde über die Stiftungen allgemeine Entscheidungsgewalt zukomme.³⁰⁴ Das Verwaltungsgericht Bern sprach bereits im

298 SCHUMACHER/REY, S. 1398.

299 ZINGG, Berner Kommentar, Art. 60 ZPO, N. 51.

300 BVGer, 25. August 2016, A-6951/2014, E. 1.2.3.

301 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 892.

302 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 709, sprechen in solchen Fällen von Nichtigkeit der mangels Zustimmung nicht rechtswirksamen Verfügung. Für (noch) nicht zustande gekommene Verfügungen ist der Begriff der Nichtigkeit zu vermeiden, siehe N. 24.

303 BGer, 15. März 2013, 1C_423/2012, E. 2.5 mit Hinweis auf BGE 127 II 32 E. 3g S. 47. In französischen Urteilen ist die Rede von «un pouvoir décisionnel général dans le domaine concerné» (BGer, 31. Juli 2018, 6B_120/2018, E. 2.2).

304 Publ. in: BJM 1971 S. 114 ff., s. insb. E. 3 mit Hinweis auf BGE 33 I 269 E. 1 S. 274, wo ein baupolizeilicher Befehl als verbindlich bezeichnet wurde, solange er «noch in die

Jahre 1965 von einer ständigen Rechtsprechung, wonach bei gutem Glauben des Verfügungsempfängers eine Verfügung der sachlich unzuständigen Behörde nicht nichtig ist, wenn dieser allgemeine Entscheidungsgewalt auf dem betreffenden Gebiet zukommt.³⁰⁵ Das Obergericht Zürich, handelnd als Gesamtgericht, erklärte im Jahre 1971 unter Bezugnahme auf das schon in der Habilitationsschrift von IMBODEN postulierte Kriterium der allgemeinen Entscheidungsgewalt einen Entscheid der obergerichtlichen Verwaltungskommission über eine mündliche Anwaltsprüfung als nichtig, weil Letztere keinerlei Entscheidungsgewalt auf dem Gebiete der Erteilung des Fähigkeitszeugnisses für den Anwaltsberuf habe.³⁰⁶

In Anwendung dieses Kriteriums zur Qualifikation der Schwere eines Zuständigkeitsfehlers bejahte das Bundesgericht die Nichtigkeit eines Rekursentscheids der Zürcher Justizdirektion gegen eine Verfügung des Handelsregisteramts, weil die Justizdirektion im Handelsregisterrecht keine allgemeine Entscheidungsgewalt beanspruchen könne.³⁰⁷ Hingegen folgt bei Entschieden der Kindesschutzbehörden statt des Gerichts in eherechtlichen Verfahren aus der sachlichen Unzuständigkeit keine Nichtigkeit, weil der KESB in Angelegenheiten des Kindeschutzes eine solche allgemeine Entscheidkompetenz zukommt.³⁰⁸ Insbesondere der in Verletzung der richterlichen Kompetenzattraktion ergangene KESB-Entscheid über die Obhut oder die Betreuungsanteile ist nicht nichtig, da er im Bereich der «genuinen Kernzuständigkeit» dieser Behörde liegt.³⁰⁹ Gleiches gilt für den Entscheid einer KESB über den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes während des hängigen Scheidungsverfahrens, zumal die KESB dafür bei unverheirateten Eltern grundsätzlich zuständig wäre.³¹⁰ In letzterem Urteil stellte das Bundesgericht zusätzlich darauf ab, dass im Kanton Aargau das Familiengericht auch die KESB ist und ein Familiengericht als ordentliches Gericht für diese Aufgabe «gleichermaßen

allgemeine Zuständigkeit der befehlenden Behörde» falle. Zur Qualifikation einer Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde über Personalfürsorgestiftungen (anstatt der Umwandlungsbehörde) für Fusionen als «nicht abwegig» siehe BGE 115 II 415 E. 3b S. 422.

305 VGr BE, 16. August 1965, publ. in: ZBl 67/1966 S. 500, S. 501.

306 ZR 70/1971 S. 50 ff.

307 BGE 137 III 217 E. 2.4.3 S. 225 f. Das Rechtsmittel hätte nach Massgabe des dannzuligenden Art. 165 Abs. 2 HRegV (nicht mehr in Kraft) von einem oberen kantonalen Gericht behandelt werden müssen.

308 BGer, 21. August 2018, 5A_393/2018, E. 2.2.2. Ebenso bei aus der Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens folgenden sachlichen Unzuständigkeit einer KESB: BGer, 21. August 2018, 5A_393/2018, E. 2.2.2

309 BGE 145 III 436 E. 4 S. 440.

310 BGer, 1. Oktober 2020, 5A_1025/2019, E. 5.4.3.

qualifiziert»³¹¹ scheine. Die fachliche Eignung einer Instanz für die Behandlung einer im konkreten Fall ausserhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit liegenden Sache, wie sie sich in der übrigen Zuständigkeitsordnung widerspiegelt, ist mithin bei der Beurteilung der Schwere des Zuständigkeitsmangels zu gewichten.

83 Von allgemeiner Entscheidungsgewalt ging das Bundesgericht zudem beim aargauischen kantonalen Departement Bau, Verkehr und Umwelt auf dem Gebiet der Ausnahmewilligungen für Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen aus.³¹² Allgemeine Entscheidungsgewalt ortete es ferner bei einem kantonalen Steueramt im innerkantonalen Verhältnis gegenüber dem Gemeindesteuernamt, als erstere statt letztere Behörde die direkte Bundessteuer veranlagte, weil das kantonale Amt im ganzen Kantonsgebiet für einen gleichmässigen und beförderlichen Vollzug des Rechts über die direkte Bundessteuer zu sorgen hat und ihm die unmittelbare fachliche Aufsicht über die Veranlagungsinstanzen obliegt.³¹³ Keine allgemeine Entscheidungsgewalt konnte das kantonale Steueramt hingegen in anderen Kantonen beanspruchen, weshalb die Veranlagung der direkten Bundessteuer für in einem anderen Kanton steuerpflichtige Personen als nichtig betrachtet wurde.³¹⁴

84 In einem Urteil aus dem Jahre 2017 sprach das Bundesgericht nicht von allgemeiner Entscheidungsgewalt, sondern vom Fehlen jeglicher Entscheidungsgewalt: Von Nichtigkeit zufolge Unzuständigkeit der verfügenden Behörde sei nur auszugehen, wenn «der Behörde auf dem fraglichen Gebiet keinerlei Entscheidungsgewalt zukommt, mit anderen Worten, wenn sie über etwas befunden hat, das klar nicht in ihren Kompetenzbereich fällt».³¹⁵ In den dort zitierten Urteilen war noch von einer Entscheidung über einen Gegenstand die Rede, der «unmöglich» in den Kompetenzbereich der Behörde falle.³¹⁶ Die angepasste Formulierung ist der Verständlichkeit sicherlich zuträglich, ist doch nicht in jedem Fall ohne vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtslage auf den ersten Blick «klar», ob eine Behörde (un-)zuständig ist. Die Frage nach dem Vorliegen von «keinerlei Entscheidungsgewalt» beantwortend kam das Bundesgericht zum Schluss, die kantonale Steuerverwaltung sei für den Entscheid über die Bekanntgabe von Steuerfaktoren natürlicher Personen keine «völlig sachfremde Behörde»: Sie befasse sich mit ähnlichen Aufgaben, wie etwa der

311 BGer, 1. Oktober 2020, 5A_1025/2019, E. 5.4.3.

312 BGer, 15. März 2013, 1C_423/2012, E. 2.6, nicht publ. in: BGE 139 II 134.

313 BGer, 8. September 2004, 2A.74/2003, E. 2.3.

314 BGer, 8. September 2004, 2A.74/2003, E. 2.2.

315 BGer, 31. August 2017, 1C_447/2016, E. 3.4. Dahingehend auch aus der kantonalen Praxis VGr ZH, VB.2022.00058; 22. September 2022, E. 4.1; 10. Juli 2014, VB.2014.00067, E. 2.10 («gar keine Entscheidungsgewalt»).

316 BGer, 10. Juni 2003, 1A.103/2003, E. 1.1; 7. Oktober 2003, 1A.102/2003, E. 2.1.

Führung der Register für die übrigen Steuern, ihr obliege allgemein der Vollzug des Steuergesetzes, sie übe die Aufsicht über die am Vollzug beteiligten Gemeinden aus und sei für die Veranlagung der Steuerpflichtigen zuständig. Selbst wenn allein die Gemeinde für den Entscheid über ein Auskunftsgesuch zuständig wäre, sei der diesbezügliche Entscheid der kantonalen Steuerverwaltung deshalb nicht nichtig.³¹⁷

Mit dieser abweichenden Formulierung wird der Gehalt der Nichtigkeitsdefinition – zumindest scheinbar – leicht verändert: Von «allgemeiner Entscheidungsgewalt» kann wohl erst die Rede sein, wenn einer in der Regel zuständigen Behörde im Ausnahmefall keine Zuständigkeit zukommt, exemplarisch etwa wenn das Zivilgericht aufgrund eines familienrechtlichen Verfahrens anstelle der KESB handelt³¹⁸ oder sie als Aufsichtsinstanz fungiert. Hingegen wäre «keinerlei Entscheidungsgewalt» schon zu verneinen, wenn eine Behörde im (seltenen) Ausnahmefall eine Zuständigkeit beanspruchen darf. Da der Begriff der allgemeinen Entscheidungsgewalt indessen in jüngeren (Leit-)Urteilen wiederum auftaucht,³¹⁹ ist nicht davon auszugehen, dass mit dieser bloss in Dreierbesetzung³²⁰ gewählten Formulierung eine Anpassung der Kriterien für die Annahme der Nichtigkeit in Fällen der Unzuständigkeit intendiert war.

In der kantonalen Rechtsprechung finden sich weitere Anwendungsfälle des Kriteriums der allgemeinen Entscheidungsgewalt einer Behörde. Bejaht wurde beispielsweise die allgemeine Entscheidungsgewalt einer kantonalen Baudirektion im Bereich des Planungs- und Baurechts,³²¹ einer Einwohnergemeinde als Baubewilligungsbehörde,³²² eines Schulrats auf dem Gebiet des Personalrechts betreffend Lehrpersonen,³²³ des Zürcher Regierungsrats im

317 Zum Ganzen BGer, 31. August 2017, 1C_447/2016, E. 3.4. Dass keine «völlig sachfremde Behörde» entschieden hatte, veranlasste auch den Luzerner Regierungsrat, die Nichtigkeit eines Einbürgerungsentscheids des Gemeinderats anstelle der Gemeindeversammlung zu verneinen (RR LU, 5. Mai 2015, Regierungsratsentscheid Nr. 507, publ. in: LGVE 2015 VI Nr. 4).

318 Siehe oben N. 82.

319 Siehe die vorstehend zitierten, insb. BGE 145 III 436 E. 4 S. 440.

320 Über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung entscheidet das Bundesgericht gemäss Art. 20 Abs. 2 BGG in Fünferbesetzung.

321 VGr ZG, 22. Dezember 2015, publ. in: Urteile und Entscheide in Sachen Planungs- und Baurecht, 2015: Verwaltungsgericht, Nr. 35.11.

322 VGr BE, 1. Juli 2004, VGE 21707, E. 2.4, publ. in: BVR 2005 S. 321.

323 KGer BL, 1. November 2017, 810 17 82, E. 6.5. Ähnlich ein Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 16. Juni 2004, PRK 2004-002, E. 3b, publ. in: VPB 68.150, wo eine vom Chef einer Hauptabteilung sowie dem Chef der Sektion Personal eines Bundesamtes statt des zuständigen Amtsdirektors verfügte Kündigung nicht als nichtig betrachtet wurde, weil diese Personen «grundsätzlich durchaus über personalrechtliche Kompetenzen» verfügten.

Bereich des Rekurswesens,³²⁴ der Polizei betreffend Kontaktverbote nach Zürcher Gewaltschutzgesetz,³²⁵ der Sozialbehörden auf dem Gebiet der Sozialhilfe³²⁶ und der Steuerverwaltung auf dem Gebiet der Grundstückgewinnsteuer.³²⁷ Verneint wurde hingegen jene der IV-Stelle beim Entscheid über ein Hilfsmittelgesuch,³²⁸ eines städtischen Amtsleiters im Bereich der Baubewilligungen,³²⁹ eines solothurnischen Kreisbauamts betreffend Bewilligungen des gesteigerten Gemeingebrauchs³³⁰ einer öffentlichen Strasse,³³¹ des Obwaldner Kantonstierarztes im Bereich von Verwaltungsmassnahmen nach Tierschutzgesetzgebung,³³² der Staatsanwaltschaft zum Erlass den zulässigen Strafraumen überschreitender Strafbefehle³³³ oder der gerichtlichen Verfahrensleitung im Strafverfahren für die Verfahrenseinstellung.³³⁴ Ein luzernerischer Gemeinderat, der anstelle der Gemeindeversammlung über ein Einbürgerungsgesuch einer ausländischen Person entscheidet, ist keine «völlig unzuständige Behörde».³³⁵ Einer kantonalen Bildungsdirektion fehlt eine allgemeine Entscheidungsgewalt zur Festlegung von Schulgeld-Beiträgen zwischen Schulträgern.³³⁶ Ebenso fehlte Gemeindeexekutiven die allgemeine Entscheidungsgewalt zum Abschluss von Verträgen im Allgemeinen und im Besondern in Überschreitung ihrer Finanzkompetenz,³³⁷ zur Erhebung von Ersatzabgaben³³⁸ sowie in Steuersachen zum Entscheid über eine Einsprache

324 VGr ZH, 5. April 2017, VB.2016.00048, E. 2.4.4.

325 OGr ZH, II. Strafkammer, 19. September 2014, SU140003-O/U, E. 3.3.2.

326 VGr ZH, 26. Juni 2018, VB.2017.00874, E. 3.3.

327 Steuer- und Enteignungsgericht Basel-Landschaft, 20. März 2015, 510 14 61/510 14 67, E. 5b: Der Entscheid zum von der Steuerverwaltung anstatt des eigentlich dafür zuständigen Steuergerichts behandelten Revisionsbegehren wurde als bloss anfechtbar betrachtet, zumal mit diesem Zuständigkeitsfehler der Instanzenzug erweitert worden sei.

328 KGer BL, 17. Oktober 2013, 720 13 250, E. 2.3. Anders EVGr, 3. Oktober 2007, I1914/06, E. 3.

329 VGr SG, 31. Mai 2012, B 2011/213, E. 3.3.1.3.

330 Zu dieser Nutzungsart an öffentlichen Sachen MOSER, S. 241 ff.

331 VGr SO, 18. Februar 2003, VWBES.2002.282, E. 2b, publ. in: SOG 2003 Nr. 15.

332 Sicherheits- und Gesundheitsdepartement OW, 22. September 2006, publ. in: VVGE 2005/2006 Nr. 26.

333 KGer SZ, 28. Januar 2019, STK 2018 37, E. 4c, aufgehoben durch BGer, 10. Januar 2020, 1B_103/2019, wonach der infrage stehende Strafbefehl dem klaren Gesetzeswortlaut und der einhelligen Lehre entspreche und deshalb von einem offensichtlichen oder leicht erkennbaren schweren Mangel keine Rede sein könne (E. 2.10).

334 KGer SZ, 11. Juli 2017, E. 2c, publ. in: EGV-SZ 2017, A 5.3.

335 RR LU, 5. Mai 2015, Regierungsratsentscheid Nr. 507, publ. in: LGVE 2015 VI Nr. 4, wo überdies zur Verneinung der Nichtigkeit gewichtet wurde, dass diese nicht im Interesse der betroffenen Person läge und sich der Rechtsmittelweg nicht veränderte.

336 VGr SG, 23. April 2018, B 2016/137, E. 2.2.

337 RR SO, Regierungsratsbeschluss Nr. 2021/303 vom 9. März 2021, publ. in: GER 2021 Nr. 2, E. 2.4.3 (betreffend Auswahl eines Stromanbieters).

338 VGr SO, 27. November 2001, VWBES.2001.265, E. 2, publ. in: SOG 2001 Nr. 17.

betreffend Kurtaxen.³³⁹ Nicht als nichtig betrachtete das Verwaltungsgericht Zürich die Verlängerung des Haftregimes der Einzelhaft durch die Anstaltsleitung anstatt die Vollzugsbehörde, weil Erstere zur Anordnung von Einzelhaft grundsätzlich zuständig und befugt wäre, allerdings nur für eine beschränkte zeitliche Dauer.³⁴⁰

In einer wiederholt verwendeten Definition geht das Bundesverwaltungsgericht dann von allgemeiner Entscheidungsgewalt aus, wenn die Behörde in der betreffenden Materie regelmässig zum Erlass von Verfügungen befugt ist und deshalb die im konkreten Fall fehlende Zuständigkeit nicht offensichtlich oder leicht erkennbar war.³⁴¹ Das Kriterium der Schwere des Fehlers wird mithin nicht getrennt von der Frage nach seiner Erkennbarkeit betrachtet. Die teilweise sachliche Unzuständigkeit des Eidgenössischen Personalamts zur Herausgabe einer Liste mit allen Nebenbeschäftigungen von Bundesangestellten – Daten anderer Bundesämter – an einen Journalisten schied mit dieser Begründung als Nichtigkeitsgrund aus, weil das Personalamt als dem BGÖ unterstehende Behörde regelmässig Verfügungen über den Zugang zu amtlichen Dokumenten erlasse.³⁴² Das Bundesverwaltungsgericht bejahte eine allgemeine Entscheidungsgewalt der Eidgenössischen Steuerverwaltung im Rahmen von Kontroll- und Verfügungsbefugnissen bei der Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrags im Steuerbereich,³⁴³ verneinte sie hingegen für die deshalb als nichtig erklärte Verpflichtung einer Bank zur Rückvergütung einer im Kontext der Nachversteuerung von Vermögenswerten erhobenen Einmalzahlung, weil eine solche Rückerstattungspflicht allenfalls aus zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen, nicht aber aus den von der ESTV überwachten Pflichten aus dem genannten Abkommen folgen könne.³⁴⁴ Allgemeine Entscheidungsgewalt fehlt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Zolldirektion für die Beurteilung paulianischer Anfechtungen öffentlicher Abgaben³⁴⁵ und hinsichtlich der Überprüfung von Zollveranlagungen,³⁴⁶ dem Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission zur Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung und des vorzeitigen Abschlusses einer Untersuchung für

339 VGr GR, 5. März 2021, A 20 64, E. 2.6 ff.; 9. April 2019, A 18 59, E. 4.5; 14. September 2015, A 15 37, E. 3c.

340 VGr ZH, 28. Oktober 2021, VB.2021.00510, E. 5.3.2.

341 BVGer, 25. Oktober 2017, A-1400/2016, E. 2.2.2; 23. Mai 2016, A-7429/2015, E. 1.2.1.

342 BVGer, 23. September 2015, A-6738/2014, E. 4.4.4.2.

343 Abkommen vom 6. Oktober 2011 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich (SR 0.672.936.74).

344 BVGer, 5. Februar 2015, A-2654/2014, E. 4.3, insb. 4.3.2.

345 BVGer, Oktober 2017, A-1400/2016, E. 5.4.

346 BVGer, 19. November 2015, A-2335/2015, E. 6.3.2 (Zuständigkeit der Zollkreisdirektion).

die Selbstanzeigerin,³⁴⁷ dem Sekretariat der Wettbewerbskommission auf dem Gebiet des Kartellrechts,³⁴⁸ der FINMA auf dem Gebiet des BGÖ,³⁴⁹ dem ASTRA im Bereich der Haftpflicht des Bundes,³⁵⁰ der Erhebungsstelle für Radio- und Fernsehempfangsgebühren bei Streitigkeiten über die Mehrwertsteuerüberwälzung³⁵¹ sowie dem Konzernrechtsdienst der SBB, der seit einer Personalrechtsrevision generell keine Rechtsmittelinstanz mehr ist, in Personalrechts-sachen.³⁵² Als nichtig erklärte das Bundesverwaltungsgericht ferner eine kommunale Feststellungsverfügung zu Rechtsverhältnissen des BGG, welche nur die kantonale Behörde hätte erlassen dürfen, ohne aber ausdrücklich auf die fehlende Entscheidungsgewalt der Gemeinde in dieser Materie Bezug zu nehmen.³⁵³ Mit Hinweis auf die allgemeine Entscheidungsgewalt des Bundesamts für Migration im Ausländerrecht verneinte das Bundesverwaltungsgericht die Nichtigkeit einer von diesem erlassenen Wegweisungsverfügung.³⁵⁴ Der Annahme der Nichtigkeit einer Verfügung der ElCom steht deren allgemeine Aufsichts- und Verfügungskompetenz im Bereich des Stromversorgungsgesetzes entgegen.³⁵⁵

88 Nach IMBODEN lassen sich dem Begriff der allgemeinen Entscheidungsgewalt in zweierlei Hinsicht Konturen verleihen: Sofern die Kompetenzen nach klar umrissenen Sachgebieten gegeneinander abgegrenzt seien, indem sie sich entweder nach «natürlichen sozialen Tätigkeitsbereichen (Schule, Kirche, Militär, Gewerbe usw.; sowie in der Regel überall da, wo in Verbindung mit einer Sachbezeichnung von «Wesen» die Rede ist) oder gemäss typisierten staatlichen Interventionsformen (Zwangsvollstreckung, freiwillige Gerichtsbarkeit, Straf- und Ziviljustiz [...])» unterscheiden.³⁵⁶ Der Entscheid der sachlich unzuständigen Behörde stelle in diesen Fällen einen Übergriff in ein völlig anderes Verwaltungsgebiet dar. Fehle es der sachlich unzuständigen Behörde grundsätzlich an Entscheidungsgewalt und dürfe sie in gar keiner Konstellation ver-

347 BVGer, 13. April 2016, B-5290/2014, E. 5.9.

348 BVGer, 14. Juli 2020, B-4720/2019, E. 4.6 (nichtige Nichteintretensverfügung betreffend materielle Anträge in einem laufenden Verfahren).

349 BVGer, 4. Dezember 2014, A-916/2014, E. 1.4.3 (keine Zuständigkeit der FINMA, über den Zugang zu ihr von einem Bundesamt übermittelten Dokumenten zu entscheiden, an das sich das Informationszugangsgesuch richtet).

350 BVGer, 4. April 2011, A-5837/2010, E. 4.2.

351 BVGer, 11. September 2013, A-4130/2013 (Erwägungen ohne Nummerierung).

352 BVGer, 14. November 2014, A-5536/2014 (Teilurteil und Zwischenentscheid, ohne Nummerierung der Erwägungen).

353 BVGer, 30. Mai 2007, B-2233/2006, E. 3.1.4.

354 BVGer, 3. März 2009, C-3377/2008, E. 5.1.

355 BVGer, 23. Mai 2016, A-7429/2015, E. 1.2.2.

356 IMBODEN, Staatsakt, S. 108.

fügen, sei ebenfalls von Nichtigkeit auszugehen.³⁵⁷ Letztere Wertung liegt der Nichtigkeitsklärung einer Verfügung eines nicht wirksam mit der Leitung einer Disziplinaruntersuchung betrauten Professors zugrunde und findet sich damit in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.³⁵⁸

iv) *Ergebnis*

Nach der dargestellten Praxis ist nicht jede Verfügung einer sachlich unzuständigen Behörde nichtig,³⁵⁹ sondern nur die in qualifizierter Missachtung der Zuständigkeitsordnung ergangene. Eine einheitliche Handhabung, wann sachliche Unzuständigkeit in der Rechtsprechung als schwerwiegend und damit möglicherweise zur Nichtigkeit führend betrachtet wird, ist kaum zu erkennen.³⁶⁰ Teils wird die sachliche Unzuständigkeit im konkreten Fall auch ohne nähere Begründung als schwerwiegender Mangel bezeichnet und daraus auf die Nichtigkeit einer Verfügung geschlossen,³⁶¹ womit die dahinterstehenden Überlegungen nicht immer transparent erscheinen.³⁶²

Immerhin lassen sich aus der dargestellten Kasuistik drei Tendenzen herauslesen. Erstens erfolgt die Würdigung der Schwere des Zuständigkeitsfehlers regelmässig in einer Gesamtbetrachtung, welche bereits das weitere Definitionselement seiner Erkennbarkeit miteinbezieht³⁶³ oder nebst der Würdigung der Schwere des Zuständigkeitsfehlers gewichtet, dass der getroffene Entscheid auch an inhaltlich schwerwiegenden Fehlern leidet.³⁶⁴ Zweitens wird eher als

357 IMBODEN, Staatsakt, S. 109.

358 BVerfGE, 29. Juli 2019, A-3612/2019, E. 5.2.

359 Nicht mehr aktuell ist mithin die vor hundert Jahren von BEETSCHEN, S. 18, vertretene Auffassung, wonach sich eine sachlich unzuständige Behörde überhaupt nicht rechtlich wirksam betätigen könne.

360 Ebenso WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, Art. 7 VwVG, N. 40.

361 BVerfGE, 12. Juli 2016, A-6431/2014, E. 1.2.3.2 (Eingriff der Bernischen BVG- und Stiftungsaufsicht in den Zuständigkeitsbereich des Sicherheitsfonds BVG. Im selben Sachverhaltskomplex wurde nicht als Nichtigkeitsgrund betrachtet, dass der Sicherheitsfonds ohne einen entsprechenden Antrag die Sicherstellung von Vorsorgeleistungen anordnete, weil dies keinen Eingriff in den Kompetenzbereich der Aufsichtsbehörde darstellte [BVerfGE, 25. August 2016, A-6951/2014, E. 1.2.3]).

362 Bisweilen drängt sich der Verdacht ergebnisgetriebener Begründung auf; zur Funktion der Nichtigkeit, prozessual nicht anders herbeiführbare Ergebnisse zu ermöglichen, siehe unten N. 173 ff.

363 So ausdrücklich BGE 140 III 651 E. 3 S. 652: «Verfügungen, mit denen die Vollstreckungsbehörden *offensichtlich* ihre sachliche Zuständigkeit überschreiten, sind nichtig» (Hervorhebung hinzugefügt).

364 Illustrativ BVerfGE, 24. Februar 2016, 6B_35/2016, E. 2.2.4: «Die fehlende Zuständigkeit des Strafgerichtspräsidenten zusammen mit den zumindest leicht erkennbaren schwerwiegenden Verfahrensfehlern lassen einzig die Annahme der Nichtigkeit [der Anordnung des Freiheitsentzugs ohne gesetzliche Grundlage] zu»

schwerwiegend betrachtet, wenn Behörden öffentlich- statt zivilrechtlich (oder umgekehrt) handeln.³⁶⁵ Drittens wird – zumeist unter dem Titel der «allgemeinen Entscheidungsgewalt» – der Eignung einer Instanz für die Fällung des von ihr getroffenen Entscheids Bedeutung zugemessen. Als ungeeignet erscheint sie insbesondere, wenn sie Anordnungen ausserhalb ihrer fachlichen Kompetenzen oder ohne jegliche inhaltliche Überschneidung mit ihren gesetzlichen Zuständigkeiten trifft.

c) Funktionelle Unzuständigkeit

- 91 Sachlich und örtlich zuständige Behörden sind nur auf der ihnen zugewiesenen Stufe des Instanzenzugs funktionell zuständig.³⁶⁶ Die fehlende funktionelle Zuständigkeit einer Behörde wird vom Bundesgericht in seinen theoretischen Erwägungen – zusammen mit der sachlichen Unzuständigkeit – als «vorab»³⁶⁷ oder «hauptsächlich»³⁶⁸ in Betracht fallender Nichtigkeitsgrund genannt. Dabei wird regelmässig derselbe Vorbehalt wie hinsichtlich der sachlichen Unzuständigkeit angebracht, wonach Nichtigkeit nicht in Betracht falle, wenn der funktionell unzuständigen Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukomme.³⁶⁹ Zumindest auf den ersten Blick wirft dieser Vorbehalt Fragen auf, liegt doch der Entscheid einer sachlich, aber (noch) nicht funktionell zuständigen Behörde in inhaltlicher Hinsicht grundsätzlich nicht ausserhalb des Rahmens ihrer sonstigen Zuständigkeiten. Im Sinne der Evidenztheorie schwerwiegend kann ein Fehler in der funktionellen Zuständigkeit sinnvollerweise nur sein, wenn der Stufe der Behörde, die als erste einen Entscheid fällt, eine Bedeutung für das Verfahren zukommt: So erklärte das Bundesgericht ein Berufungsurteil in einer Strafsache wegen funktioneller Unzuständigkeit als nichtig, weil dieses gefällt wurde, obwohl die Verfahrensleitung in einem zuvor ergangenen Rückweisungsentscheid bereits an die erste Instanz zurückübertragen worden war und gar kein erstinstanzliches Urteil vorgelegen hatte, wogegen eine Berufung möglich gewesen wäre.³⁷⁰ Die Annahme der Nichtigkeit in dieser Konstellation führte zur Rückweisung an die Erstinstanz ohne weitere Auseinandersetzung mit dem Berufungsurteil und unterstrich die Bedeutung des doppelten Instanzenzuges für ein korrektes, faires Strafverfahren.

365 Ebenso DAUM/BIERI, Art. 7 VwVG, N. 21.

366 WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, Art. 7 VwVG, N. 12.

367 BGE 147 III 226 E. 3.1.2 S. 229; 145 III 436 E. 4 S. 438; 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 368; 138 II 501 E. 3.1 S. 503; 133 II 366 E. 3.2 S. 367; 129 I 361 E. 2.1 S. 364.

368 BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260; 137 I 273 E. 3.1 S. 275; 132 II 21 E. 3.1 S. 27.

369 Z.B. BGer, 15. März 2013, 1C_423/2012, E. 2.5.

370 BGer, 20. Mai 2020, 6B_165/2020, E. 3.2.2.

Die Nichteinhaltung des Instanzenzugs veranlasste das Eidgenössische Versicherungsgericht, die Nichtigkeit einer Verfügung anzunehmen, die während der Rechtshängigkeit des Rechtsmittelverfahrens von der Vorinstanz über dieselbe Sache neu erlassen wurde.³⁷¹ Eine solche Verfügung ist höchstens als Antrag an das mit der Sache befasste Gericht zu verstehen.³⁷² Ebenfalls nichtig ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Wiedererwägung «pendente lite» anstelle eines Einspracheentscheids.³⁷³ Der Durchsetzung des korrekten Rechtsmittelwegs diente auch die Nichtigerklärung eines kantonalen Rechtsmittelentscheids über eine raumplanungsrechtliche Ausnahmegewilligung, nachdem die Gemeinde die ihr obliegende Eröffnung des Entscheides der kantonalen Dienststelle unterlassen und diesen stattdessen direkt beim Verwaltungsgericht angefochten hatte.³⁷⁴

In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung betrachtet das Bundesverwaltungsgericht die funktionelle Unzuständigkeit als Nichtigkeitsgrund, wenn eine Vorinstanz in Missachtung der Devolutivwirkung eine Verfügung in inhaltlichem Widerspruch zu einem inzwischen ergangenen Entscheid der Rechtsmittelbehörde erlässt.³⁷⁵ Auch der Entscheid einer Bundesbehörde über ein Wiedererwägungsgesuch ist nichtig, das als Revisionsgesuch vom Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen gewesen wäre.³⁷⁶ Das Verwaltungsgericht Bern bejahte die Nichtigkeit der Verfügung einer Erstinstanz, an welche eine Streitigkeit noch nicht rechtskräftig zurückgewiesen worden war und die während laufender Rechtsmittelfrist gegen den Rückweisungsentscheid der ersten Rechtsmittelinstanz aufgrund des Devolutiveffekts keine neue Anordnung hätte treffen dürfen.³⁷⁷ Diese Praxis setzt den Vorrang von Rechtsmittelentscheiden gegenüber unterinstanzlichen Verwaltungsanordnungen durch und verhindert damit, dass sich eine Vor- bzw. Erstinstanz über höherinstanzliche Anordnungen hinwegsetzen kann.

Erlässt hingegen als Erstinstanz eine übergeordnete statt der untergeordneten Behörde (oder umgekehrt, womit der Betroffene eine Instanz «gewinnt»³⁷⁸) eine Verfügung, liegt grundsätzlich kein qualifizierter funktioneller

371 BGE 130 V 138 E. 4.2 S. 143 f.; 109 V 234 E. 2 S. 237.

372 BGE 133 V 530 E. 2 S. 532.

373 BGer, 19. März 2013, 2C_596/2012, E. 3.4

374 BGer, 4. Februar 2014, 1C_236/2013, E. 3.1 ff.

375 BVGer, 16. November 2017, C-6847/2015, E. 4.3. Einer inhaltlich das oberinstanzlich Angeordnete wiedergebenden Verfügung würde keine eigenständige Bedeutung zukommen.

376 BVGer, 17. Mai 2019, E-1995/2019, E. 5.

377 VGr BE, 8. September 2003, VGE 21442, E. 1.3, publ. in: BVR 2004 S. 1 ff.

378 SALADIN, S. 545.

Zuständigkeitsfehler vor.³⁷⁹ Nicht als nichtig betrachtete das basel-städtische Verwaltungsgericht in diesem Sinne die vom Basler Regierungsrat statt der Denkmalpflege beurteilte Denkmalverträglichkeit eines konkreten Baubehrens, weil die Aufnahme in das Denkmalverzeichnis und die Bestimmung des Schutzzumfangs in die Zuständigkeit des Regierungsrats fallen.³⁸⁰ Verwiesen wird in solchen Konstellationen auch auf die allgemeine Entscheidungsgewalt, etwa wenn der Regierungsrat als dem Departement übergeordnete Behörde an dessen statt entscheidet.³⁸¹ Das Bundesgericht verneinte die Nichtigkeit eines Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts, das auf eine Beschwerde gegen die Aufnahme einer Person in den Anhang der Verordnung über Massnahmen gegenüber Syrien³⁸² eingetreten war, obwohl der Beschwerdeführer zunächst seine Streichung aus diesem Anhang beim Departement hätte beantragen und die darüber zu erlassende Verfügung hätte anfechten müssen.³⁸³ Ein Insistieren auf den funktionellen Instanzenzug hätte nach der Auffassung des Bundesgerichts einen unnützen prozessualen Umweg («un détour procédural inutile») bedeutet, weil sich das Departement im Beschwerdeverfahren ausführlich geäussert und seine Rechtsauffassung damit bereits ins Verfahren Eingang gefunden hatte.³⁸⁴ Anders betrachtete ein Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts die Konstellation, in der ein Bezirksrat in einem noch nicht bei ihm hängigen Gesuchsverfahren eine vorsorgliche Betriebsbewilligung erteilt hatte, wozu er weder als Aufsichts- noch als Rechtsmittelbehörde befugt war.³⁸⁵

95 In der Lehre wird postuliert, innerhalb einer Kollegialbehörde werde der Entscheid eines einzelnen Mitglieds, der eindeutig in die Zuständigkeit des Kollegiums fiele, regelmässig nichtig sein.³⁸⁶ Dass dieser Fehler ungeachtet des Verfügungsinhalts und der konkreten Umstände immer als schwerwiegend zu betrachten wäre, erscheint allerdings nicht zwingend, zumal Entscheide typischerweise auf dem Antrag eines Mitglieds ans Kollegium beruhen, der später oft unverändert zum Entscheid erhoben wird. Überdies können sich in diesem Zusammenhang Fragen der Rechtssicherheit stellen,³⁸⁷ insbesondere bei einer

379 GRISEL, *Droit administratif*, S. 205; MOOR/POLTIER, S. 370; KNAPP, *Précis*, S. 1220.

380 VGr BS, 13. Juni 2006, E. 3.5, 4 in: BJM 2008 S. 156 ff., 161.

381 VGer SO, 11. Juli 2019, VWBES.2019.103, E. ii.4g.

382 Vom 8. Juni 2012, SR 946.231.172.7.

383 BGE 139 II 384 E. 2.3 S. 390.

384 BGE 139 II 384 E. 2.3 S. 390.

385 VGr ZH, 16. Januar 2021, VB.2020.00671, E. 8.

386 FLÜCKIGER, *Praxiskommentar VwVG*, Art. 7, N. 48. Bejaht unter Gewichtung der Umstände des Einzelfalls in VGr ZH, 6. August 2012, VB.2012.00275, E. 3.5.

387 Zum Kriterium der Evidenztheorie betreffend die Rechtssicherheit unten N. 141 ff.

unzulässigen ständigen Praxis, gewisse Entscheide einzelrichterlich statt als Kollegium zu fällen.³⁸⁸ Umgekehrt ist eine falsche Besetzung nach der Praxis kein Nichtigkeitsgrund, wenn ein Entscheid von einem Richterergremium gefasst wird anstatt von dessen Präsidium allein.³⁸⁹

Kein Fall funktioneller Unzuständigkeit und damit von vornherein kein Nichtigkeitsgrund liegt vor, wenn eine übergeordnete Verwaltungseinheit im Sinne eines zulässigen Selbsteintritts ein Geschäft der untergeordneten Verwaltungseinheit zum Entscheid an sich ziehen darf³⁹⁰ oder in zulässiger Weise aufsichtsrechtlich eingreift.³⁹¹ Eine eigentlich vorgesehene Instanz kann auch in Fällen einer zulässigen Sprungbeschwerde ausgelassen werden.³⁹² Das Überspringen einer Instanz kann etwa aufgrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) oder des Anspruchs auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) zugelassen werden.³⁹³ Den unzulässigen Verlust einer Instanz wertete das Bundesgericht in einem Fall, in dem die eigentlich erst als Rechtsmittelinstanz amtierende Rekurskommission der Universität Freiburg über eine an den Staatsrat gerichtete Eingabe befunden hatte, nicht als Nichtigkeitsgrund: Die Rekurskommission sei keine «völlig sachfremde Behörde» und «mit der strittigen Thematik durchaus vertraut».³⁹⁴

Zusammenfassend wird die funktionelle Unzuständigkeit als Nichtigkeitsgrund betrachtet, wenn eine Behörde verfügt, der aufgrund eines laufenden oder abgeschlossenen Rechtsmittelverfahrens gegen eine von ihr zuvor erlassene Anordnung keine Verfahrensherrschaft mehr zukommt oder die sich in Widerspruch zu einer im Rechtsmittelverfahren ergangenen Anordnung setzt. Im Strafprozess kann auch verfrühtes oberinstanzliches Handeln nichtig sein,³⁹⁵ wohl weil das Überspringen vorgesehener Verfahrensschritte dort die (grundrechtlichen Schutz genießende) Verfahrensfairness insgesamt infrage stellen kann.

388 Vgl. BGer, 31. Mai 2021, 1B_92/2021, E. 2.5 (keine Nichtigkeit der Präsidialverfügung über das Honorar des amtlichen Verteidigers, das vom Kollegialgericht festzusetzen gewesen wäre).

389 KGer FR, 6. Mai 2021, 101 2020 385, E. 1.2 mit Hinweis auf den prozessökonomischen Unsinn, eine Sache zum Neuentscheid in kleinerer Besetzung an eine Vorinstanz zurückzuweisen.

390 Sog. «Evokationsrecht» (WIEDERKEHR/PLÜSS, N. 1581), vgl. BGE 138 III 90 E. 2.6 S. 92 f. zum Selbsteintritt bei einer Behördenbeschwerde an das Bundesgericht.

391 Vgl. Entscheid des Bundesrates vom 28. Oktober 1998, E. 2.2, publ. in: VPB 1999 Nr. 34 S. 321 ff.

392 Siehe BGE 143 III 290 E. 1.2 ff. S. 293 ff.

393 VGr ZH, 17. Dezember 2020, VB.2020.00762, E. 3.

394 BGer, 23. Februar 2016, 1C_378/2015, E. 3.2.3.

395 Oben N. 91.

d) Örtliche Unzuständigkeit

98 Im Hoheitsbereich eines Gemeinwesens ist grundsätzlich nur dessen eigenes Verwaltungsrecht anzuwenden.³⁹⁶ Der Entscheid einer örtlich unzuständigen Behörde wird gleichwohl nicht immer als schwerwiegend mangelhaft im Sinne der Evidenztheorie betrachtet. IMBODEN stellte darauf ab, weshalb die territoriale Begrenzung der Zuständigkeit einer Instanz erfolgt: Er nannte als mögliche Gründe die Geschäftslast, das Parteiinteresse, namentlich an leichter Erreichbarkeit, Drittinteressen und die Vertrautheit einer Instanz «mit den örtlichen Verhältnissen [als] eine Garantie für die inhaltliche Richtigkeit» des Verfahrensergebnisses.³⁹⁷ Nur bei letzteren Konstellationen, in denen «qualifizierte Interessen der Allgemeinheit missachtet sind», sei Nichtigkeit anzunehmen, oder wenn in den Zuständigkeitsbereich eines «autonomen Selbstverwaltungskörpers» eingegriffen werde.³⁹⁸ Zudem statuierte er die offenbar auf praktischen Überlegungen gründende³⁹⁹ Einschränkung, dass nur örtliche Zuständigkeitsfehler zur Nichtigkeit führen können, die von einer später mit der Nichtigkeitsfrage befassten Instanz faktisch nachprüfbar seien.⁴⁰⁰

99 Bisweilen wird die örtliche Unzuständigkeit in der Lehre pauschal als Nichtigkeitsgrund ausgeschlossen.⁴⁰¹ Das Bundesgericht erwägt hierzu zurückhaltender, dass die örtliche Unzuständigkeit bloss «in der Regel keinen Nichtigkeitsgrund» bilde.⁴⁰² Als Ausnahme wird das Steuerrecht genannt,⁴⁰³ wo die Nichtigkeit einer Veranlagung einer wirtschaftlich zugehörigen Person für die direkte Bundessteuer durch einen Kanton, obwohl sie die persönliche Zugehörigkeit in einem anderen Kanton hat, wegen Verstosses gegen die bundessteuerrechtliche Zuständigkeitsordnung in Betracht falle.⁴⁰⁴

396 WIEDERKEHR/PLÜSS, N. 1582.

397 IMBODEN, Staatsakt, S. 115

398 IMBODEN, Staatsakt, S. 116 f. Zur Relevanz der Gemeindeautonomie bei der Gewichtung eines Zuständigkeitsfehlers oben N. 67.

399 Zum dogmatisch nicht gefestigten Platz von Praktikabilitätsüberlegungen in der Methodenlehre siehe RHINOW, Methodik, S. 102 f.

400 IMBODEN, Staatsakt, S. 116 f., z.B. dank eines Handelsregistereintrags; nicht möglich erschiene hingegen vielfach die nachträgliche Überprüfung einer Zuständigkeit, die sich auf den tatsächlichen Aufenthalt einer Person zu einem bestimmten Zeitpunkt stützt.

401 KAYSER/PAPADOPOULOS/ALTMANN, Art. 45 VwVG, N. 39.

402 BGer, 23. Mai 2016, 5F_6/2016, E. 2.2; BGE 99 II 246 E. 3c S. 256; s. auch BGer, 4. Juli 2013, 6B_188/2013, E. 3.2; BGE 143 V 66 E. 4.2 S. 68.

403 So ausdrücklich BGer, 23. Mai 2016, 5F_6/2016, E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 137 I 273 E. 3.3.1 S. 277.

404 BGE 137 I 273 E. 3.3.1 S. 277; BGer, 26. Oktober 2006, 2A.241/2006, E. 2.2.

In seiner sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung verzichtet das Bundesgericht aus prozessökonomischen Gründen auf die Aufhebung des angefochtenen Entscheids eines örtlich unzuständigen Versicherungsgerichts und die Überweisung der Sache an die zuständige Beschwerdeinstanz, wenn die Unzuständigkeit der Vorinstanz nicht gerügt wird und aufgrund der Aktenlage in der Sache entschieden werden kann.⁴⁰⁵ Auch im Zivilprozess wird der örtlichen Zuständigkeit nicht dasselbe Gewicht wie der sachlichen eingeräumt, ist doch nach Art. 18 ZPO die Einlassung vor einem örtlich – nicht aber einem sachlich⁴⁰⁶ – unzuständigen Gericht⁴⁰⁷ möglich. Das Bundesgericht lässt auch eine mögliche örtliche Unzuständigkeit des Konkursrichters nicht als Nichtigkeitsgrund gelten.⁴⁰⁸

Als Nichtigkeitsgrund in Betracht fällt die örtliche Unzuständigkeit nach den in der Lehre vertretenen Auffassungen bei Handlungen, die auf fremdem Territorium in den Hoheitsbereich eines anderen Gemeinwesens eingreifen.⁴⁰⁹ Einen solchen Eingriff lässt sich etwa im Entscheid eines kantonalen Gerichts erblicken, der im Dispositiv förmlich die Zuständigkeit einer Behörde eines anderen Kantons feststellt, wo das Bundesgericht denn auch auf Nichtigkeit erkannte.⁴¹⁰

Die fehlende internationale Zuständigkeit der schweizerischen Behörden zur Auskunfterteilung über das Vorliegen eines internationalen Haftbefehls veranlasste das Bundesgericht in BGE 132 II 342, die Verfügung des Bundesamts für Justiz über ein Auskunftsbegehren im Sinne der Interpol-Verordnung als nichtig zu erklären.⁴¹¹ Nach Art. 13 Abs. 2 Satz 1 der damaligen Interpol-Verordnung⁴¹² richtete sich die Auskunftserteilung über die gewünschten Fahndungsdaten nach dem Recht des Gemeinwesens (anderer Staat, Bund, Kanton), dessen Behörde die Strafuntersuchung führt oder geführt hat. Es müsse deshalb Sache der Behörden des betreffenden Staates sein, über das

405 BGE 142 V 67 E. 2.1 S. 69; rezipiert in BVGer, 7. März 2018, C-5112/2015, E. 3.2.

406 HAAS/SCHLUMPF, KUKO ZPO, Art. 18, N. 1.

407 Oder auch einer Schlichtungsbehörde, siehe OGr ZH, 10. Juli 2013, NP130005-O/U, E. 4.3.

408 BGer, 31. Mai 2013, 5A_734/2012, E. 3.4 (im internationalen Verhältnis). Zum Nichtigkeitsbegriff im SchKG siehe unten N. 214 ff.

409 DAUM/BIERI, Art. 7 VwVG, N. 20; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, Art. 7 VwVG, N. 38; GRISEL, Droit administratif, S. 204; IMBODEN/RHINOW, S. 242.

410 Vgl. die Konstellation in BGER, 14. April 2015, 5A_998/2014, E. 2 (Nichtigkeit bejaht).

411 Dammzumal Verordnung vom 1. Dezember 1986 über das Nationale Zentralbüro Interpol Bern (SR 351.21), inzwischen ersetzt durch die Verordnung vom 21. Juni 2013 über das Nationale Zentralbüro Interpol Bern (SR 366.1).

412 Entspricht wörtlich dem heutigen Art. 16 Abs. 2 Satz 1 Interpol-Verordnung.

Auskunftsgesuch zu entscheiden; ein Entscheid einer schweizerischen Behörde, ob und inwieweit von einem anderen Staat über Interpol allenfalls verbreitete Daten zugänglich gemacht werden, sei mit der Achtung der staatlichen Souveränität kaum vereinbar.⁴¹³

103 Das Bundesverwaltungsgericht betrachtete die Wiedererwägungsverfügung einer kantonalen IV-Stelle anstatt der eigentlich zuständigen IV-Stelle für Versicherte im Ausland als nichtig, sprach dabei allerdings nicht von örtlicher, sondern sachlicher Unzuständigkeit.⁴¹⁴ Ähnlich nahm das Verwaltungsgericht Solothurn die Nichtigkeit einer vom dortigen Kantonsarzt per E-Mail verfüzten Isolation eines positiv auf Covid-19 getesteten Kindes an, der um die Landesabwesenheit der Familie gewusst habe.⁴¹⁵

104 Insgesamt erscheint die Rechtsprechung dahingehend einheitlich, dass die örtliche Zuständigkeit nur dann als schwerwiegend im Sinne der Evidenztheorie betrachtet wird, wenn aufgrund des Zuständigkeitsfehlers ein Gemeinwesen extraterritorial im Hoheitsbereich eines anderen Gemeinwesens handelt, nicht aber wenn die (örtlich dezentral organisierten) Behörden desselben Gemeinwesens die Grenzen ihrer Zuständigkeit überschreiten.

e) Zwischenfazit

105 Ein Zuständigkeitsfehler ist aus konzeptionellen Überlegungen in vier Konstellationen als gewichtiger zu erachten: Ein Zuständigkeitsfehler wiegt schwerer, wenn der eigentlich zum Entscheid berufenen Instanz ein geschützter Entscheidungsspielraum zukommt. Weiter ist ein Zuständigkeitsfehler schwerwiegender, wenn die eigentlich zuständige Instanz besondere (ausserjuristische) Expertise ins Verfahren einbringen würde oder wenn der Zuständigkeitsfehler aus anderen Gründen (etwa des anwendbaren Rechts) den Entscheid in der Sache beeinflusst. Schliesslich lässt einen Zuständigkeitsfehler auch als gewichtiger erscheinen, wenn das Tätigwerden der unzuständigen Behörde in einem anderen Instanzenzug überprüft wird, als wenn die eigentlich zuständige Behörde gehandelt hätte.

106 Geht ein Fehler in der Zuständigkeit mit einem klar rechtswidrigen Entscheid einher, gewichtet die bundesgerichtliche Praxis diesen stärker und bestätigt damit die konzeptionellen Überlegungen, wonach ein Zuständigkeitsfehler dann als gravierender gelten muss, wenn er den Entscheid in der Sache

413 BGE 132 II 342 E. 2.2 S. 347f.

414 BVGer, 30. November 2017, C-5670/2015.

415 VGr SO, 6. Oktober 2021, VWBES.2021.399, E. 5.2.

beeinflusst.⁴¹⁶ Eigentlich zuständige Instanzen fällen zwar bisweilen auch fehlerhafte Entscheide, doch fehlt dann das qualifizierende Element einer fehlerhaften Anwendung des Verfahrensrechts hinsichtlich der Zuständigkeit. Schwerwiegende Mangelhaftigkeit kann mithin aus dem Zusammentreten verschiedener Mängel folgen, die sich in ihrer Intensität gegenseitig beeinflussen. Mit Blick auf diese Rechtsprechung kann die vom Bundesgericht in seiner unpublizierten Rechtsprechung ausdrücklich offengelassene Frage bejaht werden, ob eine Häufung von formellen und inhaltlichen Mängeln, welche je separat betrachtet nicht die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hätten, gesamthaft zu betrachten wäre und in ihrer Summe zur Nichtigkeit der Verfügung führen könnte.⁴¹⁷ Die Rechtsprechung nimmt eine solche Gesamtbetrachtung vor.

Die Praxis berücksichtigt bei der Gewichtung von sachlichen Zuständigkeitsfehlern die Unterschiede zwischen der handelnden und der eigentlich zuständigen Behörde, insbesondere deren personelle Besetzung, fachliche Eignung und ob es sich um zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche Instanzen handelt. Zumeist ausdrücklich unter dem Titel der allgemeinen Entscheidungsgewalt wird berücksichtigt, ob der Entscheid abseits der sonstigen Zuständigkeitsgebiete der Behörde steht oder einen ausreichenden sachlichen Konnex zu ihrem Zuständigkeitsbereich aufweist. Fehlende Verfügungsbefugnis in jeder Hinsicht, wie dies bei nicht zu hoheitlichen Entscheiden ermächtigten Privaten der Fall ist, führt regelmässig zur Annahme der Nichtigkeit.⁴¹⁸

Die funktionelle Unzuständigkeit wird von der Rechtsprechung zwecks Durchsetzung des Devolutiveffekts und des inhaltlichen Vorrangs oberinstanzlicher Rechtsmittelentscheide als Nichtigkeitsgrund betrachtet.⁴¹⁹ Demgegenüber werden Entscheide örtlich unzuständiger Behörden nur als nichtig betrachtet, wenn der örtliche Zuständigkeitsfehler ein unzulässiges Handeln im Hoheitsgebiet eines anderen Gemeinwesens bedeutet.⁴²⁰ Einer allfälligen späteren Annäherung des Rechtsmittelwegs – etwa, dass bei zwei Gemeinden dasselbe Verwaltungsgericht Beschwerdeinstanz wäre – wird in solchen Fällen von der Praxis kein entscheidendes Gewicht eingeräumt.

416 Siehe oben N. 64 f.

417 BGer, 15. Februar 2017, 2C_938/2016; siehe TANNER, S. 35, der die Frage in VGr ZH, 13. Juni 2018, VB.2017.00444, E. 5.2 implizit als bejaht erachtet, wo das einer Kündigung vorangehende «krass widersprüchliche Verhalten» der Arbeitgeberin – nicht eine grosse Anzahl Fehler der Verfügung – zu deren Qualifikation als nichtig führte.

418 Zum Ganzen oben N. 81 ff.

419 Oben N. 97.

420 Oben N. 104.

2. Verfahrens-, Form- und Eröffnungsfehler

109 Neben Zuständigkeitsfehlern bestehen weitere formelle Fehler, welche nach dem tradierten Meinungsstand eine Annahme der Nichtigkeit gebieten können. Lehre und Rechtsprechung nennen besonders schwerwiegende Verstösse gegen grundlegende Parteirechte als mögliche Nichtigkeitsgründe.⁴²¹ Die Kommentarliteratur zum VwVG geht zudem davon aus, dass besonders schwerwiegende und offensichtliche Eröffnungsfehler die Nichtigkeit einer Verfügung bewirken können.⁴²² Das Bundesverwaltungsgericht will bei formellen Fehlern aufgrund einer Interessenabwägung auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Verfügung erkennen, wobei das Interesse an der Rechtssicherheit und das Rechtsschutzinteresse der vom Mangel betroffenen Parteien einander gegenüberzustellen seien.⁴²³ Das Bundesgericht bezeichnet hingegen als konstante Rechtsprechung, dass im Verwaltungsverfahren eine fehlerhafte Eröffnung nicht zur Nichtigkeit der Verfügung führen kann, sondern der Verfügungsadressat deswegen keinen Nachteil erleiden darf; es sei «dies ein allgemeiner, aus Treu und Glauben abgeleiteter Rechtsgrundsatz des Verwaltungsrechts».⁴²⁴ IMBODEN wollte zur Abgrenzung von Formfehlern, die zur Nichtigkeit oder blosser Anfechtbarkeit führen, auf den Zweck der verletzten Formvorschrift abstellen: Wenn sie dazu diene, einen Akt als behördliche Anordnung auszuweisen oder erst deren Überprüfung zu ermöglichen, etwa dass die anordnende Behörde erkennbar sei, führe ihre Verletzung zur Nichtigkeit.⁴²⁵

110 In der Praxis wird immer wieder geltend gemacht, dass Form-, Eröffnungs- oder Verfahrensfehler zur Nichtigkeit einer Entscheidung führten.⁴²⁶ Zumeist dringt dieses Vorbringen allerdings nicht durch: Keine Nichtigkeit zur Folge

421 Anstelle vieler aus der Rechtsprechung BGE 129 I 361 E. 2.1 S. 364, siehe die Zusammenstellung bei WIEDERKEHR/RICHLI, N. 2607 und RHINOW/KRÄHENMANN, S. 120; siehe auch ZWEIFEL/CASANOVA/BEUSCH/HUNZIKER, S. 179 f.; IMBODEN, Staatsakt, S. 120.

422 UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Praxiskommentar VwVG, Art. 38, N. 3; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, Art. 38 VwVG, N. 9; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, Art. 38 VwVG, N. 15 f. mit Rechtsprechungshinweisen.

423 BVGer, 9. April 2013, A-5926/2012, E. 2.1.4.

424 BGer, 9. Juni 2006, 2P.44/2006, E. 2.3.

425 IMBODEN, Staatsakt, S. 98 ff. Das Fehlen jeglicher Hinweise auf die anordnende Behörde im Verfügungsdokument betrachtet auch MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 126, als denkbaren Nichtigkeitsgrund.

426 Teils unter kreativer Erfindung der angeblich verletzten Verfahrensregeln, siehe etwa zu einem angeblichen Grundsatz, dass an Sonntagen und insbesondere am Muttertag keine Urteile gefällt werden dürften VGr ZH, 27. April 2021, RG.2021.00003, E. 3, wonach weder unzulässig noch ungebräuchlich ist, dass Zirkulationsentscheide an einem (beliebigen) Wochenende ergehen.

haben nach der Rechtsprechung etwa die fehlende⁴²⁷ oder unzulässigerweise mit einem Faksimile-Stempel angebrachte⁴²⁸ Unterschrift,⁴²⁹ die Unterschrift einer anderen Amtsperson⁴³⁰ oder die Mitwirkung eines Richters, der bei der Wahl die gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt hatte.⁴³¹ Gar keine Fehlerhaftigkeit und somit von vornherein kein Nichtigkeitsgrund liegt vor, wenn eine nicht im Staatskalender aufgeführte, jedoch tatsächlich die betreffende Funktion ausübende Gerichtsperson an einem Urteil mitwirkt.⁴³² Als Nichtigkeitsgründe fallen Verfahrensfehler sodann nach einem älteren Zürcher Urteil von vornherein ausser Betracht, wenn sie sich für die Privaten nicht nachteilig auswirken.⁴³³ Ebenfalls nicht zur Nichtigkeit führten der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung, auf die nach Art. 6 EMRK ein Anspruch bestanden hätte,⁴³⁴ oder die Abschreibung eines Einspracheverfahrens trotz Fehlens einer ausdrücklichen und bedingungslosen Rückzugserklärung.⁴³⁵ Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt in der Regel bloss zur Anfechtbarkeit⁴³⁶ oder stellt unter gegebenen Voraussetzungen gar einen heilbaren Mangel dar.⁴³⁷

427 BGE 138 II 501 E. 3.2.3 S. 505; BGer, 12. Dezember 2000, 1P.330/2000, E. 3b. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn gar nicht (auch nicht durch Konsultation des Spruchbuchs) feststellbar ist, ob die nicht unterschriebene Entscheidung überhaupt ergangen ist. In VGr ZH, 9. Februar 2023, VB.2022.00501, E. 3.6 wurde gar die Nichtigkeit einer per E-Mail versandten (Quarantäne-)Verfügung ohne Unterschrift und ohne Rechtsmittelbelehrung verneint (noch nicht rechtskräftig).

428 BGer, 22. Juni 2022, 6B_684/2021, E. 1.4.2.

429 Nichtigkeit wird in der Rechtsprechung allerdings regelmässig als denkbare Folge der fehlenden Handunterzeichnung bezeichnet, siehe PLÜSS, Eröffnungsfehler, S. 113 f. mit Hinweisen. SCOLARI, N. 842, betrachtet solche Eröffnungsmängel als heilbar, wenn ein Originalexemplar des Entscheids nachgereicht wird, das die Überprüfung seiner Authentizität ermöglicht.

430 BGer, 27. Mai 2005, 2A.15/2005, E. 1.2; 12. Dezember 2000, 1P.330/2000, E. 3c (unterzeichnet durch eine Person im Ausstand).

431 BGE 136 I 207 E. 5.6 S. 218.

432 VGr ZH, 30. Juni 2022, VB.2021.00786, E. 3.2 (betreffend den Verfasser).

433 VGr ZH, 15. November 1962 in: ZBl 64/1963 S. 179.

434 OGr ZH, 2. März 2013, SB120439-O/U, E. 2.2. Zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf eine öffentliche mündliche Verhandlung siehe BGE 147 I 153 E. 3.5.1 S. 158 f. mit Hinweisen.

435 BVGer, 15. Dezember 2008, A-1625/2006, E. 7.2.1.

436 BGE 129 I 361 E. 2.1 S. 364; ALBERTINI, S. 450 ff., der insbesondere darauf hinweist, dass Betroffene auf die Ausübung des rechtlichen Gehörs und die Durchsetzung des Gehörsanspruchs verzichten können (S. 452); siehe auch BOVAY, S. 243 und KNEUBÜHLER, S. 211, der auf vereinzelte Gegenstimmen hinweist.

437 Anstelle vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 801 ff.

- 111 Das Bundesgericht erblickte «gerade noch keine Nichtigkeit» in der Wahl eines falschen Verfahrens, als ein erstinstanzliches Strafgericht in einem Verfahren gemäss Art. 374 f. StPO einen Schuldspruch aussprach, weil bei korrekter Anwendung des Verfahrensrechts dasselbe Gericht für die Beurteilung der Anklage im ordentlichen Verfahren gemäss Art. 328 ff. StPO örtlich, sachlich und funktionell zuständig gewesen wäre.⁴³⁸ Es gewichtete mithin nicht als schwerwiegend im Sinne der Evidenztheorie, wenn vor der richtigerweise zuständigen Instanz die falsche (hier aber immerhin ebenfalls strafprozessuale) Verfahrensart gewählt wird.
- 112 Hingegen bejahte das Bundesgericht die Nichtigkeit von Entscheidungen, von denen die betroffene Person nichts wusste und bei denen sie gar keine Gelegenheit erhalten hatte, am gegen sie laufenden Verfahren teilzunehmen.⁴³⁹ Diese Praxis entwickelte sich betreffend die Pflicht zur Veröffentlichung von Änderungen an Zonenplänen, wonach die Zonenplanänderung, die nicht veröffentlicht wurde und folglich nicht angefochten werden konnte, nichtig ist, nicht hingegen die nur ungenügend, aber nach ortsüblicher Praxis eröffnete Planänderung.⁴⁴⁰ Ähnlich wurde die «volumfängliche Unterdrückung der ersten Veranlagungsphase» durch die Zustellung einer endgültigen Ermessensveranlagung, ohne der steuerpflichtigen Person zuvor je eine Steuererklärung zur Ausfüllung zugestellt zu haben, als schwerwiegender Verfahrensfehler betrachtet, der zur Nichtigkeit führt.⁴⁴¹
- 113 Als nichtig betrachtete das Bundesgericht ferner nicht an ihre eigentlichen Adressatinnen zugestellte Verfügungen.⁴⁴² In diesen Konstellationen ist allerdings nicht ein qualifizierter Verfahrensfehler nichtigkeitsbegründend, sondern vielmehr die Tatsache, dass mangels Eröffnung gegenüber den Betroffenen gar kein Entscheid ergangen ist.⁴⁴³ Bei Missachtung vorgeschriebener Schriftlichkeit, die in der Lehre als Nichtigkeitsgrund angeführt wird,⁴⁴⁴ könnte analog geprüft werden, ob überhaupt eine Verfügung rechtliche Exis-

438 BGE 147 IV 93 E. 1.4.4 S. 105.

439 BGE 129 I 361 E. 2.1 S. 364 (betreffend ein Säumnisurteil im Vaterschaftsprozess, zu dem nicht korrekt vorgeladen worden war); BGE 136 III 571 E. 6 S. 573 f. (betreffend ein Betreibungsverfahren, das ohne Wissen des Schuldners zur Verwertung seines Grundstücks geführt hat). Siehe ähnlich BVGer, 1. September 2010, C-6991/2008, E. 8; ferner VGr ZH, 10. März 2010, VB.2009.00699, E. 3.3.

440 BGer, 26. Mai 2015, 5A_737/2014, E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 114 Ib 180 E. 2a S. 184 und 116 Ia 215 E. 2c S. 219.

441 BGE 137 I 273 E. 3.4.3 S. 281.

442 BGE 110 V 145 E. 2d S. 152; 101 II 149 E. 4b S. 152. Die völkerrechtswidrig ins Ausland zugestellte Verfügung gilt ebenfalls als nicht zugestellt (BGer, 9. April 2018, 2C_478/2017, E. 5, a.M. und kritisch zu diesem Entscheid PLÜSS, Zustellung, S. 462 ff.).

443 Siehe oben N. 20, 24.

444 RHINOW/KOLLER/KISS-PETER/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N. 1245.

tenz erlangt hat. Eine bloss fehlerhafte Eröffnung führt im Verwaltungsverfahren «nach konstanter Rechtsprechung» des Bundesgerichts nicht zur Nichtigkeit der Verfügung.⁴⁴⁵ Besondere Zurückhaltung sei bei der Beurteilung der Nichtigkeit von Akten des völkerrechtlichen Verkehrs geboten, für die es im Vergleich zum nationalen Recht nur wenige völkerrechtliche Form- und Verfahrensvorschriften gebe.⁴⁴⁶

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts führen nach dem Gesagten *zwei Konstellationen* der nicht zuständigkeitsbezogenen, formellen Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit einer Verfügung: Erstens gelten Entscheide als nichtig, an deren Zustandekommen die betroffene Person in keiner Weise mitwirken konnte. Zweitens wird Nichtigkeit angenommen, wenn überhaupt keine Eröffnung erfolgte. Letzteres erscheint indessen weniger als Anwendungsfall der Evidenztheorie, sondern vielmehr als Ausdruck des Grundsatzes, dass Entscheidungen erst mit ihrer Eröffnung aussenwirksam entstehen.⁴⁴⁷

Das Bundesgericht erachtet eine Verletzung der Ausstandsregeln und somit der Garantie des unabhängigen Richters «in besonders schwer wiegenden Fällen» als denkbaren Nichtigkeitsgrund, insbesondere bei der Verfolgung persönlicher Interessen durch die Ausstands betroffenen.⁴⁴⁸ Diese Aussage bedarf indessen insoweit einer Relativierung, als eine Annahme der Nichtigkeit nach der Evidenztheorie in solchen Konstellationen regelmässig aufgrund fehlender Erkennbarkeit – sonst wäre der Ausstand wohl verlangt und mittels Gang an eine übergeordnete Instanz durchgesetzt worden – oder aus Rechtssicherheitsüberlegungen scheitern wird.

Keinen Nichtigkeitsgrund bildet die bisweilen in querulatorischen Eingaben argumentativ angeführte fachliche Unfähigkeit der Mitglieder staatlicher Behörden: Die Feststellungen JELLINEKS, es sei keine zwingende Vorschrift, dass «blödsinnige» Personen nicht zu einem öffentlichen Amt berufen werden, und die «geistige Minderwertigkeit des urteilenden oder handelnden Staatsorgans» sei kein Nichtigkeitsgrund,⁴⁴⁹ gelten auch für das heutige Schweizer Recht. Wenn diese die Unsinnigkeit einer Anordnung zur Folge hat, kann zwar

445 BGer, 9. Juni 2006, 2P.44/2006, E. 2.3.

446 BGE 130 III 430 E. 3.3 S. 434.

447 KNAPP, Précis, N. 1220, leitet aus der Inexistenz die Undurchsetzbarkeit ab, die von der Nichtigkeit abzugrenzen sei.

448 BGE 136 II 383 E. 4.1 S. 389; 120 IV 226 E. 7b S. 241.

449 JELLINEK, S. 60, 128. Verfügungen sind nicht rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen gleichzusetzen, deren Autor geschäftsfähig sein müsste (so historisch KORMANN, S. 285, ausgehend von Willenserklärungen des Monarchen), sondern entfalten ihre Wirksamkeit unabhängig vom Willen ihres Autors (GRISEL, Droit administratif, S. 206). Auch der betrunkene, zivilrechtlich nicht handlungsfähige Staatsangestellte kann deshalb gültig eine Verfügung erlassen oder eröffnen (vgl. das Beispiel des betrunkenen Zustellbeamten bei VON HIPPEL, S. 80).

der Inhaltsmangel, können aber nicht die fehlenden fachlichen Fähigkeiten ihres mit Amtsbefugnissen ausgestatteten Autors einen Nichtigkeitsgrund darstellen.⁴⁵⁰ Die Befugnis zum Treffen einer Anordnung hängt nicht davon ab, ob die mit Amtsgewalt ausgestattete Person ihrer Aufgabe inhaltlich gewachsen erscheint.

3. Inhaltliche Mängel

- 117 Inhaltliche Fehler einer Verfügung bestehen in einer unzutreffenden Willensbildung der Behörde, die auf einer falschen tatbeständlichen oder rechtlichen Würdigung der Sache beruht, und unterscheiden sich damit von den Kanzlei-
fehlern, die nicht der «Kopfarbeit» entspringen.⁴⁵¹ Nach einer in der Rechtsprechung formelhaft wiederholten Aussage bewirken inhaltliche Mängel «nur ausnahmsweise» die Nichtigkeit einer Entscheidung.⁴⁵² Die Möglichkeit nichtigkeitsbegründender Inhaltsmängel wird damit anerkannt, doch stellt sich die Frage, ob mit dieser Formel ein quantitativer oder qualitativer Ausnahmeharakter angesprochen sein soll und welche Art bzw. welches Ausmass inhaltlicher Fehlerhaftigkeit diese Schwelle erreicht.

a) Lehre

- 118 In der Lehre finden sich zahlreiche Stellungnahmen, dass inhaltliche Fehlerhaftigkeit die Schwelle des schwerwiegenden Mangels im Sinne der Evidenztheorie erreichen könne. Grobe Fehler in Sachverhaltsermittlung, Rechtsanwendung oder Ermessensbetätigung könnten indes nur «ausnahmsweise»,⁴⁵³ «in seltenen Fällen»⁴⁵⁴ zur Nichtigkeit führen. Aus einer Verletzung des Willkürverbots im Sinne von Art. 9 BV folgt nicht automatisch diese Rechtsfolge.⁴⁵⁵ Nichtigkeitsbegründende inhaltliche Mangelhaftigkeit könne etwa vorliegen bei tatsächlicher Unmöglichkeit des Vollzugs der Verfügung.⁴⁵⁶ Genannt werden in diesem Zusammenhang das Urteil gegen eine nicht (mehr)⁴⁵⁷ existente Partei⁴⁵⁸ oder eine gänzlich unverständliche Anordnung.⁴⁵⁹ Nichtigkeit könne

450 So schon RIEMER, S. 67.

451 BGer, 19. März 2013, 2C_596/2012, E. 2.5.

452 Anstelle vieler siehe aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 147 IV 93 E. 1.4.4 S. 105.

453 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 213, siehe auch TANQUEREL, N. 910 und 877.

454 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 151.

455 UHLMANN, Willkürverbot, N. 301.

456 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 151; SCHWARZENBACH, S. 138.

457 Zufolge Versterbens, siehe ACKERMANN, S. 329.

458 ZINGG, Berner Kommentar, Art. 60 ZPO, N. 51; WALDER, S. 340; siehe schon KORMANN, S. 236.

459 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 151.

ferner vorliegen bei offensichtlichen Verstössen gegen Kerngehalte von Grundrechten,⁴⁶⁰ d.h. «Grundrechtspositionen, die nach geltendem Verfassungsrecht um keinen Preis verletzt werden dürfen»,⁴⁶¹ bzw. gegen unverzichtbare Rechte⁴⁶² sowie «bei absoluter Gesetzeslosigkeit».⁴⁶³ Gemeint ist mit diesem Begriff der Gesetzeslosigkeit, dass die betreffende Verfügung, so wie sie ergangen ist, offensichtlich und schlechterdings nicht hätte ergehen können.⁴⁶⁴ In der Lehre wurde ferner durch den Vorschlag, den Begriff der unverzichtbaren und unverjähren Grundrechte, deren Verletzung auch im Vollzugsstadium noch geltend gemacht werden kann,⁴⁶⁵ mit jenem der «besonders schwerwiegenden und die Nichtigkeit bewirkenden Grundrechtsverletzungen» zu ersetzen, eine inhaltliche Gleichsetzung dieser Konzepte postuliert.⁴⁶⁶

Für ACKERMANN verweist die Evidenztheorie hinsichtlich inhaltlicher Fehlerhaftigkeit «einzig auf eine rational nicht fassbare Gerechtigkeitsinstitution».⁴⁶⁷ Nach der Auffassung von DAUM und BIERI kann die Nichtigkeit einer gesetzwidrigen Handlung nur entweder aus einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung oder aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm folgen.⁴⁶⁸ IMBODEN führte als Nichtigkeitsgründe folgende Inhaltsmängel auf: bei «besonders hoher Wertung des verletzten Rechtsguts»,⁴⁶⁹ bei tatsächlicher Unmöglichkeit der Anordnung,⁴⁷⁰ wenn die angeordnete Massnahme der Rechtsordnung unbekannt oder in jedem Fall unzulässig ist⁴⁷¹ oder wenn die «Kategorie von Rechtsträgern, denen der in concreto Beteiligte angehört, einer bestimmten Berechtigung oder Verpflichtung überhaupt nicht zugänglich

460 TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N. 569; SCHEFER, S. 394 f.

461 MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 144.

462 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 151.

463 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 151; SCHWARZENBACH, S. 138, der die Ausweisung eines Schweizer Bürgers als Beispiel hierfür nennt.

464 Siehe Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 16. Oktober 1967, in: ZBl 69/1968 S. 47 ff.

465 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1945 f., vgl. weiterführend unten FN 522.

466 GADOLA, S. 39 f.; ähnlich HANGARTNER, Bundesgericht, S. 77 f., der von «Nichtigkeitsbeziehungsweise Revisionsgründen zufolge schwerwiegender Grundrechtsverletzungen» sprach. Vgl. ferner ACKERMANN SCHWENDENER, S. 52 f., wonach die derart fehlerhafte Sachverfügung nach beiden Auffassungen nicht vollstreckt werden dürfe, was indessen ausblendet, dass die Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Das Verhältnis der beiden Konzepte gilt als ungeklärt (GÄCHTER/EGLI, Art. 39 VwVG, N. 36).

467 ACKERMANN, S. 326.

468 DAUM/BIERI, Art. 7 VwVG, N. 18.

469 IMBODEN, Staatsakt, S. 147.

470 IMBODEN, Staatsakt, S. 138, wonach dies ein «allgemein anerkannter Grund» sei.

471 IMBODEN, Staatsakt, S. 142. Vgl. bereits CADOTSCH, S. 12, der Akte als nichtig betrachtete, «deren Vornahme keiner Behörde rechtlich möglich ist».

ist»⁴⁷² sowie wenn einem bedingungsfeindlichen Akt wie der Einbürgerung eine Bedingung beigefügt wird.⁴⁷³ Nichtig sei auch die *sententia incerta*, die Anordnung mit unbestimmtem Subjekt oder Objekt.⁴⁷⁴ Unerheblich müsse hingegen sein, ob die Willensbildung der handelnden Amtspersonen mangelhaft war, weil Hoheitsakte «ausschliesslich an ihrer objektiven Richtigkeit» zu messen seien.⁴⁷⁵ Historisch findet sich weiter die Auffassung, dass rechtliche Unmöglichkeit zur Nichtigkeit führen könne, so bei der Wiederholung eines bereits erfolgten Aktes,⁴⁷⁶ einer Erlaubnis strafbaren Handelns oder einer Anordnung, bei deren Vollzug sich der vollstreckende Beamte strafbar machen würde.⁴⁷⁷ In der älteren Literatur wurde ferner vertreten, nichtig seien Anordnungen, denen «wesentliche juristische Momente fehlen».⁴⁷⁸

120 Typischerweise verweisen die entsprechenden modernen Literaturstellen überhaupt nicht auf Rechtsprechung oder lediglich auf Urteile, in denen inhaltliche Fehlerhaftigkeit zwar als denkbarer Nichtigkeitsgrund bezeichnet, in der Folge aber nicht (oder zumindest nicht wegen Inhaltsfehlern) Nichtigkeit angenommen wird. TANQUEREL bezeichnet Inhaltsmängel wohl nicht zuletzt deshalb als weitgehend bloss theoretisch denkbare Nichtigkeitsgründe.⁴⁷⁹ Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, auf die sogleich einzugehen ist, kann dieser Befund bestätigt werden. Aus jüngerer Zeit finden sich kaum einschlägige Urteile, in denen ein Akt ausschliesslich wegen Inhaltsmängeln als nichtig erklärt worden wäre.

472 IMBODEN, Staatsakt, S. 143, der als Beispiele nennt, dass keine Schweizer aus der Schweiz ausgewiesen werden dürfen und nicht jedermann auf Konkurs betrieben werden kann.

473 IMBODEN, Staatsakt, S. 144.

474 IMBODEN, Staatsakt, S. 139 f.

475 IMBODEN, Staatsakt, S. 129. Alles andere bedeutete, den Gründen für den Fehler statt Art und Grad der Fehlerhaftigkeit entscheidende Bedeutung zuzumessen (vgl. RIEMER, S. 89). Dennoch findet sich die Auffassung, auch der an schweren Willensmängeln leidende Akt, etwa die erschlichene Verfügung, sei nichtig (siehe GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 425).

476 KORMANN, S. 238, z.B. die erneute Einbürgerung einer schon eingebürgerten Person.

477 KORMANN, S. 234 f.

478 GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 242; ähnlich FLEINER, S. 203, der von wesentlichen juristischen Elementen spricht. CADOTSCH, S. 35, erachtete eine Besprechung der nichtigkeitsbegründenden Inhaltsmängel als entbehrlich, weil die von ihm genannten diesbezüglichen Nichtigkeitsgründe der Unbestimmtheit, Unsinnigkeit oder Unvollständigkeit des Inhalts einer Anordnung «allgemein als einfache logische Forderungen anerkannt werden, die an den Staat gestellt werden müssen, sofern er den Inhalt seiner Willenserklärungen für die Untertanen verbindlich machen will».

479 TANQUEREL, N. 912.

b) Rechtsprechung

In einem Urteil aus dem Jahre 2017 erklärte das Bundesgericht Ermessens- 121
veranlagungen einer Person, die keine Steuererklärungen mehr eingereicht
hatte, als nichtig.⁴⁸⁰ Das Steueramt hatte über Jahre «systematisch und massiv»
das geschätzte Einkommen erhöht,⁴⁸¹ was für sich allein genommen nicht als
Nichtigkeitsgrund gewertet wurde.⁴⁸² Den Schluss auf Nichtigkeit veranlasste
erst, dass der Behörde mit jeder der ab einem gewissen Zeitpunkt erfolgenden
Lohnpfändungen «noch drastischer in die Augen springen musste», dass die
Pflichtige «die auf immer abenteuerlicher wirklichkeitswidrigen Einschät-
zungen beruhenden und somit zwangsläufig Jahr für Jahr unerträglicher
übersetzten Steuerforderungen» nicht hatte begleichen können.⁴⁸³ Das Vor-
gehen des Steueramts sei «Ausdruck einer durch nichts zu rechtfertigenden
Willkür», es habe «seiner Untersuchungspflicht und seiner vom Gesetzgeber
festgelegten Verpflichtung, die Einschätzung nach pflichtgemäßem Ermessen
vorzunehmen, in einer stossenden, ja geradezu unerträglichen Weise zuwider»
gehandelt.⁴⁸⁴ In theoretischer Hinsicht erwog das Bundesgericht, dass ein Vor-
wurf der «krassen Willkür» über den steuerrechtlichen Einsprachegrund der
offensichtlichen Unrichtigkeit von Ermessensveranlagungen (Art. 132 Abs. 3
DBG) hinausgehe und nach der «allgemeinen Rechtsprechung zur Nichtigkeit»
diese «üblicherweise nicht nur schon aufgrund von schweren inhaltlichen Män-
geln angenommen werde, sondern dass vielmehr noch (krasse) Verfahrens-
fehler dazukommen müssen».⁴⁸⁵ Aus den Erwägungen wird indessen nicht
restlos klar, ob der Nichtigerklärung primär eine inhaltliche Würdigung der
stark übersetzten Ermessensveranlagung zugrunde lag oder ob in erster Linie
der als verfahrensfehlerhaft betrachtete Verzicht auf sich aufdrängende
Untersuchungshandlungen, welche die grobe inhaltliche Fehlerhaftigkeit ver-
hindert hätten, dazu Anlass gab. Auf Ersteres deutet hin, dass in einem spä-
teren, durch drei der am erwähnten Entscheid mitwirkenden Bundesrichter
gefallten Urteil erwogen wurde, es könne im dort zu beurteilenden Fall nicht
von einer «unerträglich und abenteuerlich wirklichkeitswidrigen Ermessens-
veranlagung gesprochen werden, welche die ausnahmsweise Annahme einer

480 BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016 (Fünferbesetzung [vgl. Art. 20 Abs. 2 BGG], aber keine amtliche Publikation).

481 BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016, E. 5.2.3.

482 BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016, E. 5.2.4.

483 BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016, E. 5.3.2.

484 BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016, E. 5.3.3.

485 BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016, E. 3.4.1.

Nichtigkeit der Veranlagung aus inhaltlichen Gründen rechtfertigen würde»,⁴⁸⁶ Letzteres Verständnis findet sich hingegen in einem Urteil der damaligen II. sozialrechtlichen Abteilung,⁴⁸⁷ wo eine Verfügung über Beiträge aus selbständiger Erwerbstätigkeit wegen bewusster und willkürlicher Falschein-schätzung unter Vernachlässigung der behördlichen Verfahrenspflichten als nichtig erklärt wurde.⁴⁸⁸

122 Bei der Nichtigserklärung einer Vereinbarung zwischen der Zürcher Oberstaatsanwaltschaft und einer privaten Sterbehilfeorganisation erwog das Bundesgericht, dass diese Vereinbarung einer gesetzlichen Grundlage entbehre, gegen das materielle Strafrecht und das Betäubungsmittelrecht verstosse und von der StPO sowie den Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft betreffend Abklärungen von ausserordentlichen Todesfällen abweiche.⁴⁸⁹ Unter Erwähnung des Rechts auf Leben und der persönliche Freiheit, die in einem zentralen Bereich betroffen seien, und unter Hinweis darauf, dass die Vereinbarung der Rechtssicherheit abträglich sei, erklärte sie das Bundesgericht für nichtig.⁴⁹⁰ Inwiefern die inhaltliche Fehlerhaftigkeit der Vereinbarung eine qualifizierte sei, lässt sich dem Urteil allerdings nicht in nachvollziehbarer Weise entnehmen.⁴⁹¹ Die Annahme der Nichtigkeit wirkt vor diesem Hintergrund primär durch das angestrebte Verfahrensergebnis motiviert, die rechtliche Unwirksamkeit der Vereinbarung feststellen zu können.

123 Jüngst betrachtete das Bundesgericht einen kommunalen Entscheid betreffend Vergabe eines Monopols zum Plakataushang ohne vorherige Ausschreibung angesichts der Schwere des in einem Verstoss gegen die Binnenmarkt-gesetzgebung liegenden Inhaltsmangels als nichtig: Es erwog, dass die Vergabe einer exklusiven Plakatkonzession ohne vorgängige Ausschreibung und damit der Ausschluss des Wettbewerbs zugunsten eines Unternehmens gegen die grundlegenden Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM verstosse, den Zwecken des Binnenmarktgesetzes zuwiderlaufe und zudem die verfassungsmässigen Grundsätze der Wirtschaftsfreiheit, des freien Wettbewerbs und der Wettbewerbsneutralität verletze.⁴⁹² Damit setzt das Bundesgericht die Hürde für

486 BGer, 18. April 2019, 2C_164/2019, E. 4.

487 Entsprechend der heutigen III. öffentlich-rechtlichen Abteilung.

488 BGE 145 V 326 E. 6.3.2 S. 332 und E. 4.1 S. 329, wo ausdrücklich auf das Urteil 2C_679/2016 Bezug genommen und ausgeführt wird, dass selbst schwere inhaltliche Mängel nicht für die Annahme krasser Willkür genühten, sondern «aussergewöhnlich schwere bzw. krasse Verstösse der Veranlagungsbehörde gegen die ihr obliegende Untersuchungs- und Überprüfungspflicht dazukommen» müssten.

489 BGE 136 II 415 E. 3.1 S. 426. Siehe zu diesem Urteil auch oben N. 29.

490 BGE 136 II 415 E. 3.2 S. 426.

491 Kritisch auch BOMMER, S. 364 f.

492 BGE 148 II 564 E. 7.4 S. 569.

die Annahme eines nichtigkeitsbegründenden Inhaltsmangels bedeutend tiefer an als in seiner bisherigen Rechtsprechung und als dies die Lehre tut. Dem Urteil ist keine Begründung zu entnehmen, inwiefern nicht ein blosser Gesetzesverstoss gegen das BGBM vorliege, sondern grobe Willkür beziehungsweise ein schwerwiegender Inhaltsmangel im Sinne der Evidenztheorie. Bezeichnenderweise fehlt in der entscheidenden Erwägung eine Auseinandersetzung mit der Lehre und der bundesgerichtlichen Praxis zur Gewichtung der Schwere eines Inhaltsmangels. Immerhin bestätigt das amtlich publizierte Urteil, dass die hinzutretende Mangelhaftigkeit in verfahrensmässiger Hinsicht – in casu durch die Verunmöglichung einer Anfechtung des Vergabeentscheids durch eine Konkurrentin – die Gewichtung der Fehlerhaftigkeit beeinflussen kann.⁴⁹³ Angesichts der Begründung der Schwere der Mangelhaftigkeit, die auf allgemeine Überlegungen weitgehend verzichtete, ist jedoch nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht dieses Element der Evidenztheorie mit dem genannten Urteil konkretisieren wollte.

Mangelnde Vollstreckbarkeit bewog das Bundesgericht in einem zivilrechtlichen Entscheid aus dem Jahre 2022, eine Entscheidung gegen eine unbestimmte beklagte Partei als nichtig zu erklären.⁴⁹⁴ Ein Urteil gegen eine unbekannte beklagte Partei «viole l'essence même du procès civil».⁴⁹⁵ Weil es keiner Vollstreckung zugänglich ist, kann es das Ziel des Zivilprozesses, eine Streitigkeit zwischen zwei Parteien beizulegen, nicht erreichen.⁴⁹⁶ 124

In mehreren Fällen hat das Bundesgericht die Annahme der Nichtigkeit einer Verfügung durch seine Vorinstanzen als unrichtig beurteilt: So etwa jene des Bundesverwaltungsgerichts betreffend eine angeblich das Verbot der spontanen Amtshilfe verletzende Schlussverfügung der ESTV, wozu eine inhaltlich unrichtige Rechtsauffassung das Bundesverwaltungsgericht veranlasst hatte.⁴⁹⁷ In einer Präsidialverfügung, mit der das Bundesgericht eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Bundesstrafgerichts als gegenstandslos geworden abschrieb, kritisierte es dessen Nichtigerklärung einer Verfügung betreffend eine Kontosperrung.⁴⁹⁸ In zwei das öffentliche Personalrecht 125

493 BGE 148 II 564 E. 7.4 S. 569.

494 BGer, 31. Oktober 2022, 5D_78/2022, E. 3.1 ff.

495 BGer, 31. Oktober 2022, 5D_78/2022, E. 3.3.1.

496 Vgl. BGer, 31. Oktober 2022, 5D_78/2022, E. 3.2.

497 BGer, 13. Juli 2020, 2C_287/2019, E. 2.3.2.

498 BGer, 10. August 2017, 1C_635/2015, E. 2. Interessant ist die Rechtslage nach Ergehen dieser Verfügung: Nach der Gegenstandslosigkeitsklärung der Beschwerde an das Bundesgericht existiert nunmehr ein formell rechtskräftiges Urteil des Bundesstrafgerichts, das mit rechtsfehlerhafter Begründung zu Unrecht die Nichtigkeit einer Verfügung feststellte. Aufgrund der faktischen Umstände zeitigt diese einigermaßen kuriose Situation allerdings keine praktischen Auswirkungen.

betreffenden Verfahren erachtete das Bundesgericht den jeweiligen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgericht als willkürlich, eine Kündigung wegen inhaltlicher Mängel als nichtig zu erklären: Die kantonale Instanz hatte im einen Fall unzulässigerweise aus dem Unrechtsgehalt der Kündigung auf deren Nichtigkeit geschlossen,⁴⁹⁹ im anderen dies zu Unrecht aus dem Fehlen eines Kündigungsgrunds, was die Kündigung gänzlich unmotiviert und damit willkürlich erscheinen lasse, hergeleitet.⁵⁰⁰

126 Im Übrigen finden sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bloss theoretische Erwägungen zur inhaltlichen Fehlerhaftigkeit als Nichtigkeitsgrund, die aufgrund ihres Abstraktionsgrades nur wenig Aufschluss über den dabei vorausgesetzten qualifizierten Grad der Fehlerhaftigkeit geben: «In seltenen Ausnahmefällen»,⁵⁰¹ «nur ausnahmsweise» führten inhaltliche Mängel zur Nichtigkeit.⁵⁰² Eine mögliche Nichtigkeit müsse in jedem Rechtsgebiet nach den dafür massgeblichen Rechtssätzen im Einzelfall beurteilt werden.⁵⁰³ Füllt eine Behörde ihren Beurteilungsspielraum «gesetzeswidrig und falsch» aus, folgt daraus nicht notwendigerweise die Nichtigkeit der entsprechenden Entscheidung.⁵⁰⁴ Bereits im Jahre 1945 erwog das Bundesgericht, die Praxis anerkenne, «dass Nichtigkeit nur bei besonders hoher Wertung des Rechtsgutes und bei besonders groben und schwerwiegenden Verstössen dagegen Platz greifen könne».⁵⁰⁵ Es sei ein «ausserordentlich schwerwiegender Mangel» erforderlich,⁵⁰⁶ sodass die Anordnung «geradezu sinnlos, sittenwidrig oder willkürlich» sei.⁵⁰⁷ Dies könne beispielsweise bei einer Grundrechtsverletzung der Fall sein, die den Kerngehalt betreffe, wie die Verhängung einer Körperstrafe.⁵⁰⁸ Als nichtig sei «namentlich eine Verfügung anzusehen, die einen unmöglichen Inhalt hat, bei der die Fehlerhaftigkeit an ihr selbst zum Ausdruck kommt, bei tatsächlicher Unmöglichkeit des Vollzugs oder wenn sie unklar oder unbestimmt ist».⁵⁰⁹ Mangelnde Vollstreckbarkeit, etwa wegen fehlender Bezeich-

499 BGer, 9. September 2020, 8C_242/2020, E. 6.5 ff.

500 BGer, 3. November 2020, 8C_7/2020, E. 6.2.3.4 ff. Zum Personalrecht unten N. 220 ff.

501 BGer, 31. August 2010, 8C_1065/2009, E. 4.2.3.

502 BGE 138 II 501 E. 3.1 S. 503.

503 BGer, 26. Juni 2006, 6S.4/2006, E. 3

504 Vgl. BGer, 26. Mai 2015, 5A_737/2014, E. 5.1

505 BGE 71 I 190 E. 1 S. 198.

506 BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275.

507 BGer, 2. Oktober 2019, 2C_315/2019, E. 2.2; ähnlich BGer, 31. August 2010, 8C_1065/2009, E. 4.2.3.

508 BGer, 13. Juli 2011, 8C_166/2011, E. 4.2.1.

509 BGer, 9. September 2020, 8C_242/2020, E. 6.2.

nung des Adressaten, könne auch Nichtigkeit der Verfügung bedeuten.⁵¹⁰ Blosser Gesetzeswidrigkeit, d.h. die (auch verfassungswidrige)⁵¹¹ fehlerhafte Rechtsanwendung, ist nach der Rechtsprechung hingegen kein Nichtigkeitsgrund.⁵¹² Die unter Umständen zulässige Auslegung einer Bestimmung gegen ihren Wortlaut gebietet für sich allein betrachtet ebenfalls nicht die Annahme der Nichtigkeit.⁵¹³ Bei der Prüfung von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts, welche einem Rechtsvertreter Kosten auferlegt hatten, auf ihre Tauglichkeit als definitive Rechtsöffnungstitel verneinte das Bundesgericht die Treuwidrigkeit bzw. Rechtsmissbräuchlichkeit der Kostenaufgabe⁵¹⁴ und erwog, die Entscheide erwiesen sich «unter dem Gesichtspunkt der Verletzung verfassungsmässiger Rechte keineswegs als nichtig».⁵¹⁵ Implizit ging das Bundesgericht mithin davon aus, dass eine schwerwiegende Verletzung verfassungsmässiger Rechte oder missbräuchliches behördliches Verhalten grundsätzlich die Nichtigkeit bewirken könnten.

Aus dem Gesagten lassen sich zwei Kategorien bilden: Erstens würde das Bundesgericht gemäss seinen theoretischen Erwägungen die Nichtigkeit einer Verfügung in Konstellationen annehmen, in denen sie sich nicht vollstrecken lässt – sei es, weil nicht klar bzw. feststellbar ist, was oder gegenüber wem überhaupt vollstreckt werden soll, und der Vollstreckung demnach faktische Hindernisse entgegenstünden, sei es, dass der Vollzug an sich aufgrund der damit verbundenen Kerngehaltsverletzung unrechtmässig wäre. Soweit erkennbar ist letztere Konstellation in der Rechtsprechung bislang nicht mehr als eine hypothetische, erstere kam hingegen bereits zur Anwendung.⁵¹⁶ Zweitens kann eine nach inhaltlichen Massstäben als grob bewertete Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit führen: Bei der Nichtigkeitsklärung von Ermessensveranlagungen und der Sterbehilfvereinbarung bewegte sich der fragliche Akt nach der Wertung des Bundesgerichts derart fernab des Zulässigen, dass er nicht als rechts-

510 BGer, 21. Juli 2006, 5P.169/2006, E. 2.3. Siehe dazu BVGer vom 17. Juli 2008, B-2698/2007, E. 4: Nichtigkeit beim vollständigen Fehlen des Adressaten, wenn sich der ins Recht gefasste Adressat auch nicht aus dem Sachzusammenhang erkennen lässt.

511 BGer, 26. Mai 2015, 5A_737/2014, E. 4.5.

512 BGE 130 II 249 E. 2.4 S. 257; BGer, 23. Mai 2016, 5F_6/2016, E. 2.3 mit Hinweisen.

513 BGer, 3. März 2000, 1A.209/1999, E. 2d/cc, wo in der Folge zum Entscheid gegen die Nichtigkeit insbesondere eine Gewichtung der betroffenen öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen wurde.

514 BGer, 13. Januar 2021, 5A_84/2020, E. 4.

515 BGer, 13. Januar 2021, 5A_84/2020, E. 8, nach einer Prüfung von Rügen betreffend die Meinungsäusserungsfreiheit, das Recht auf freie Berufsausübung, auf ein faires Verfahren und auf eine wirksame Beschwerde (vgl. E. 2).

516 BGer, 31. Oktober 2022, 5D_78/2022, E. 3 (dazu oben N. 124).

wirksam anerkannt wurde. Ausserhalb dieser Rechtsprechungslinie steht die Annahme eines schweren Inhaltsmangels bei einer Verletzung von Art. 2 Abs. 7 BGBM im jüngsten französischsprachigen Leiturteil aus dem Jahre 2022,⁵¹⁷ welche nicht den in den erwähnten deutschsprachigen Urteilen postulierten Standard der Fehlerhaftigkeit anwendet, wonach erst von einem schwerwiegenden Inhaltsmangel auszugehen ist, wenn eine Anordnung geradezu sinnlos oder grob willkürlich ist oder den Kerngehalt eines Grundrechts verletzt.

128 Das Bundesverwaltungsgericht verweist hinsichtlich der Nichtigkeit zufolge inhaltlicher Mangelhaftigkeit auf die Lehre zum Zivilprozessrecht, wonach gegen nicht existierende Parteien ergangene, nicht umsetzbare sowie dem schweizerischen Recht unbekannte, verbotene oder gegen die guten Sitten verstossende Rechtsfolgen anordnende Entscheide nichtig seien.⁵¹⁸ Entsprechend war etwa die an eine verstorbene oder verschollene Person gerichtete Schlussverfügung⁵¹⁹ oder die an einen nicht partei- und prozessfähigen Nachlass gerichtete Verfügung der Steuerverwaltung⁵²⁰ nichtig. Nicht nichtig ist die Ausschreibung einer womöglich zu umfassenden Rahmenvereinbarung für eine öffentliche Beschaffung, in der mit einer Begrenzung der Vertragsdauer und der Höchstbezugsmenge der Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts ausreichend Rechnung getragen wird.⁵²¹

c) Zwischenfazit

129 In der Lehre finden sich vielerlei unterschiedliche Ausführungen zu denkbaren Nichtigkeitskonstellationen aufgrund inhaltlicher Mangelhaftigkeit. Im Wesentlichen lassen sich diese in zwei Gruppen unterteilen: Erstens lässt sich die Fallgruppe der aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht vollziehbaren Anordnungen erkennen, die tatsächlich Unmögliches verlangen, bei deren Vollzug sich die handelnden Staatsorgane strafbar machen würden oder die gegen Kerngehalte von Grundrechten bzw. unverjährbare und unverzichtbare Rechte verstossen, was als Vollzugshindernis wirkt.⁵²² Zweitens werden

517 BGE 148 II 564, dazu oben N. 123.

518 BVGer, 25. August 2011, A-6683/2010, E. 3.3 mit Hinweis auf HOHL, N. 548 und HABSCHEID, N. 459.

519 BVGer, 1. Dezember 2010, A-6711/2010, E. 3.4.

520 BVGer, 25. August 2011, A-6683/2010, E. 4.3; 4. Februar 2011, A-6829/2010, E. 3.1.

521 BVGer, 18. Oktober 2021, B-3238/2021, E. 5.4.4.

522 Beim Vollzug jeder Verfügung können unabhängig von ihrer formellen Rechtskraft entsprechende Einwände besonders schwerer Grundrechtsverletzungen erhoben werden, wobei das Bundesgericht nicht mehr von einem *numerus clausus* unverjährender und unverzichtbarer Rechte ausgeht (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 1945f.; siehe auch BOVAY, S. 280, wo dieser prozessuale Grundsatz im Zusammenhang

Anordnungen aus inhaltlichen Gründen als nichtig betrachtet, weil ihnen aus Wertungsgesichtspunkten der rechtliche Bestand abgesprochen werden müsse. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich dieselben beiden Fallgruppen erkennen, in denen inhaltliche Fehlerhaftigkeit als denkbar nichtigkeitsbegründend betrachtet wurde oder diese Rechtsfolge begründete. Die entsprechende Schwelle, bei deren Erreichen wertende Überlegungen auf die Nichtigkeit einer Anordnung schliessen lassen, liegt nicht bereits bei Willkür im Sinne von Art. 9 BV, sondern darüber. Eine abstrakte Definition, wo diese Schwelle im Einzelfall anzusetzen ist, lässt sich allerdings weder aus Lehre noch Rechtsprechung einigermaßen präzise ableiten.⁵²³ Versuche, die Distanz eines fehlerhaften Ergebnisses zum rechtlich gebotenen anders als mittels wertender Überlegungen zu gewichten, sind in der Rechtsprechung nicht ersichtlich.

II. Offensichtlichkeit oder Erkennbarkeit

Das zweite Kriterium der Evidenztheorie bei der Prüfung der allfälligen Nichtigkeit eines Aktes bildet, dass der schwerwiegende Fehler «offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar» sein müsse.⁵²⁴ Es wird gemeinhin mit Rechtssicherheitsüberlegungen begründet.⁵²⁵ Diesem zweiten Prüfschritt der Evidenztheorie müssen in dreierlei Hinsicht Konturen verliehen werden: Zunächst ist zu klären, für wen die Fehlerhaftigkeit leicht erkennbar sein muss. Sodann fragt sich, bezogen auf welchen Zeitpunkt die leichte Erkennbarkeit zu prüfen ist, und schliesslich bedarf mit Blick auf die Kasuistik der Erörterung, welcher inhaltliche Beurteilungsmassstab zur Feststellung dieser «Evidenz» zur Anwendung zu bringen ist.

1. Für wen?

Das Bundesgericht bezeichnet einen Fehler als offensichtlich bzw. leicht erkennbar im Sinne der Evidenztheorie, «der auch einer durchschnittlich, nicht juristisch gebildeten Person auffallen sollte».⁵²⁶ Derselbe Massstab, wonach auf den Erkenntnishorizont einer hypothetischen Durchschnittsperson ohne

mit den Nichtigkeitsgründen Erwähnung findet). Das Bundesgericht erlaubte schon im 19. Jh. eine gegenüber dem Entscheid in der Sache verspätete Berufung auf das Verbot des Schuldverhafts bei Vollstreckung (BGE 14 I 526 E. 1 S. 527; 19 I 471 E. 1 S. 472).

523 Zur Problematik und Kritik dieses Ergebnisses unten N. 151 f.

524 Siehe die Nachweise oben bei N. 16.

525 MOOR/POLTIER, S. 367.

526 Anstelle vieler BGer, 23. Februar 2018, 8C_677/2017, E. 5.3.3.

juristische Bildung abzustellen sei, findet sich in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁵²⁷ sowie kantonaler Instanzen.⁵²⁸

132 Auch die Lehre will auf das Erkenntnisvermögen einer durchschnittlichen, juristisch nicht gebildeten Person abstellen, zumeist allerdings ohne diesen Standard näher zu definieren.⁵²⁹ Nach FLEINER-GERSTER muss die Rechtswidrigkeit zur Annahme der Nichtigkeit «so eklatant sein, dass sie ohne weiteres durch einen Dritten» erkannt werden kann, insbesondere die Vollstreckungsbeamten oder das mit einer Verwaltungsanordnung konfrontierte Zivilgericht.⁵³⁰ Teils wird auf die «zumutbare Sorgfalt» des Bürgers verwiesen, bei welcher ihm die Mangelhaftigkeit des Entscheids nicht entgangen sein dürfte.⁵³¹ Dies sei etwa bei der «Ressortverwechslung» der Fall, wenn ein Bürger beispielsweise mit einem seine Steuern betreffenden Anliegen an die Baubehörden gelange.⁵³² Die Nichtigkeit einer Verfügung entgehe nur den Unvorsichtigen und Fahrlässigen.⁵³³ Damit knüpft das Kriterium der Erkennbarkeit an den aus Art. 9 BV abgeleiteten Vertrauensschutz an,⁵³⁴ wonach berechtigte und schutzwürdige konkrete Erwartungen von Privaten aus vorausgegangenem (staatlichem) Handeln dazu führen können, dass diese so zu stellen sind, wie sie es aus der ursprünglichen Perspektive hatten erwarten dürfen.⁵³⁵

133 Neben dem gedachten Standard der durchschnittlichen, juristisch ungebildeten Person findet sich in der Rechtsprechung der Gedanke, dass auf den *Erkenntnishorizont der entscheidenden Behörde* abzustellen sei: So stellte das Bundesgericht jüngst hinsichtlich der Erkennbarkeit eines Mangels darauf ab, dass die verfügende Gemeinde die Fehlerhaftigkeit gekannt habe oder leicht hätte erkennen können.⁵³⁶ Das Bundesverwaltungsgericht verneinte

527 BVGE 2008/8 E. 6.2.

528 VGr ZH, 26. September 2019, VB.2019.00076, E. 3.2; VGr SG, 18. Januar 2019, B 2018/27, E. 1.4.2; KGer FR, 8. Februar 2021, 601 2020 162, E. 3.2.1.

529 WIEDERKEHR/RICHLI, N. 2622; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1098. RHINOW/KRÄHENMANN, S. 119.

530 FLEINER-GERSTER, S. 261. Die Genannten sind aber in der Regel nicht juristisch ungebildet.

531 WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 166.

532 GUENG, S. 485.

533 GRISEL, Droit administratif, S. 203.

534 WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 111, wo die Evidenztheorie als dem Schutz des guten Glaubens des Bürgers an den Bestand hoheitlicher Akte dienend verstanden wird.

535 BSK-TSCHENTSCHER, Art. 9 BV, N. 15. Zum schon in der älteren deutschen Lehre auftauchenden Gedanken, dass aus Rechtssicherheitsüberlegungen Privaten die Rechtsfolge der Nichtigkeit nur «zugemutet» werden könne, wenn sie von jenen erkannt werden könne, siehe LERCHE, S. 48 mit Hinweisen.

536 BGE 148 II 564 E. 7.5 S. 570, ohne Bezugnahme auf Praxis oder Lehre.

die Offensichtlichkeit der (als schwerwiegend qualifizierten) Unzuständigkeit der Kantonspolizei Zürich, die anstelle des damaligen Bundesamts für Migration eine Verfügung über eine Einreiseverweigerung erlassen hatte: Die Kantonspolizei sei dazu berufen, Einreisen am Flughafen Zürich (etwa bei fehlenden Reisepapieren) formlos zu verweigern, und angesichts dieser Kompetenz gestützt auf Weisungen und Rundschreiben des Bundesamts «offenbar gutgläubig» der Meinung gewesen, im Auftrag des Bundes formell verfügen zu dürfen.⁵³⁷ Die Unzuständigkeit sei bei dieser Ausgangslage weder für die Kantonspolizei noch den Beschwerdeführer leicht erkennbar gewesen.⁵³⁸ Ebenfalls auf die Erkennbarkeit der Unzuständigkeit für die handelnde Behörde stellte das Obergericht Zürich ab, als es eine Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung in Anwendung des Gewaltschutzgesetzes bestätigte, obwohl es die Zuständigkeit der Polizei zu deren Erlass verneinte.⁵³⁹ Auf die fehlende Erkennbarkeit des Rechtsfehlers für eine fachkundige Behörde (im betreffenden Fall das BAZL) stellte das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall betreffend die Unzuständigkeit des Genfer Flughafens für Anordnungen betreffend den Flugverkehr mit Helikoptern ab.⁵⁴⁰ Ähnlich argumentierte das Bundesverwaltungsgericht, die Unzuständigkeit des BAG für den Erlass einer Verfügung über die Arzneimittelliste sei in einem Fall nicht erkennbar gewesen, weil «immerhin sogar das in der Materie kundige BAG» von seiner Zuständigkeit ausgegangen sei.⁵⁴¹ Mit dieser Argumentation liesse sich indessen jede Unzuständigkeit als nicht erkennbar qualifizieren, wenn die entscheidende Behörde eine gewisse Sachnähe aufweist und in ihrem Entscheid ihre eigene Zuständigkeit nicht problematisiert.

Als massgeblich wird ferner teils betrachtet, wenn ein Rechtsfehler im Instanzenzug von den Parteien, der anwaltlichen Vertretung und den Behörden nicht erkannt worden ist: So betrachtete das Bundesgericht einen nachträglich eingetretenen Zuständigkeitsverlust nicht als erkennbar, weil er bis über das abgeschlossene kantonale Rechtsmittelverfahren hinaus keiner der anwaltlich vertretenen Parteien aufgefallen war und sich diese vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen hatten.⁵⁴² Wurden Statutenänderungen einer

537 Zum Ganzen BVGer, 6. März 2008, C-1417/2008, E. 2.1 und 3.2.

538 BVGer, 6. März 2008, C-1417/2008, E. 3.2.

539 OGr ZH, II. Strafkammer, 19. September 2014, SU140003-O/U, E. 3.3.2.

540 BVGer, 12. Mai 2009, A-7171/2008, E. 5.

541 BVGer, 29. September 2009, C-5058/2007, E. 3.2.1.

542 BGE 145 III 436 E. 4 S. 440; ähnlich BGE 136 II 489 E. 3.3 S. 496. Siehe auch den – von TANQUEREL, N. 910 als «trop restrictif» betrachteten Entscheid BGer, 31. Juli 2018, 6B_120/2018, wo das Bundesgericht in E. 2.5 zur fehlenden Erkennbarkeit erwog: «[I]l n'apparaît pas que les autorités cantonales auraient douté de leur compétence en la

Stiftung jahrelang bei einer unzuständigen Aufsichtsbehörde eingereicht, kann deren Unzuständigkeit für das Bundesverwaltungsgericht kein Nichtigkeitsgrund sein.⁵⁴³ Das Bundesgericht berücksichtigt zudem, wenn ein angeblich nichtigkeitsbegründender Mangel in früheren oder inhaltlich ähnlich gelagerten bundesgerichtlichen Verfahren mit analoger prozessualer Ausgangslage nicht aufgefallen und berücksichtigt worden war:⁵⁴⁴ Erkennt das Bundesgericht einen Mangel nicht, war er demnach nicht leicht erkennbar.

135 Zusammenfassend verweisen Lehre und Praxis auf einen nicht näher definierten Erkenntnishorizont einer beliebigen Drittperson – ein Standard, der bereits aufgrund seiner Unbestimmtheit offensichtlich nicht zu überzeugen vermag und wie auch das Kriterium der Erkennbarkeit insgesamt abzulehnen ist.⁵⁴⁵ Immerhin konkretisiert ihn die Praxis oftmals durch die aktenkundige Perspektive von Verfahrensbeteiligten, die den möglicherweise nichtigkeitsbegründenden Rechtsfehler im konkreten Fall (nicht) erkannt haben. Liegt auch beim Blick «mit juristischer Brille»⁵⁴⁶ keine Erkennbarkeit vor, ist diese für Laien umso mehr zu verneinen. Ein Abstellen auf die Perspektive der Verfahrensbeteiligten darf indessen nicht ausser Acht lassen, dass Parteien oder deren anwaltliche Vertretung womöglich ein Interesse daran haben, dass eine Verfügung nicht als nichtig behandelt wird, und Gründe bestehen können, die mögliche Nichtigkeit einer Verfügung entweder nur in einem bestimmten Verfahrensabschnitt oder überhaupt nicht zu thematisieren.

2. Wann?

136 Im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit stellt sich neben jener nach dem anwendbaren Erkenntnishorizont die Frage, zu welchem Zeitpunkt die schwerwiegende Mangelhaftigkeit einer Verfügung zutage treten muss, damit sie zu deren Nichtigkeit führt. Aus dogmatischen Überlegungen kann grundsätzlich nur die ursprüngliche, nicht aber nachträgliche Fehlerhaftigkeit einer Verfügung zu ihrer Nichtigkeit führen.⁵⁴⁷ Weil eine nichtige Verfügung kraft Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen zu keinem Zeitpunkt wirksam ist, müssen sich diese Voraussetzungen auch zu jedem Zeitpunkt als erfüllt er-

matière, non plus que les recourants, qui ont pris part à la procédure sans mettre en cause la compétence du tribunal de première instance ou de la cour cantonale à cet égard.» Zu durch unklare Anträge gestifteter zuständigkeitsmässiger Unklarheit siehe BGer, 30. August 2007, 1C_156/2007, E. 2.2.

543 BVGer, 25. August 2010, C-605/2008, E. 4.3.

544 BGE 136 II 489 E. 3.3 S. 496; BGer, 10. Juni 2003, 1A.103/2003, E. 1.1.

545 Dazu ausführlich unten N. 153 ff. und 163 ff.

546 LERCHE, S. 49.

547 Siehe oben N. 21.

weisen. Dahingehend lässt sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung verstehen, welche die Erkennbarkeit verneinte, als die Unzuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Rechtsmittelinstanzen in einem Verfahren «lange Zeit nicht klar gewesen» und «den beteiligten Behörden erst in den letzten Jahren allmählich bewusst» geworden war.⁵⁴⁸ Die Erkennbarkeit auf einen späteren Zeitpunkt als den Erlass der Verfügung zu beziehen – etwa jenen der rechtsmittelweisen Geltendmachung der Nichtigkeit –, bedeutete, eine systemwidrige, schwebende Nichtigkeit von Verfügungen anzunehmen. Dass die schwerwiegende Mangelhaftigkeit einer Verfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses erkennbar war, die Erkennbarkeit in der Folge aber entfällt, erscheint eine praktisch kaum vorstellbare Konstellation. Eine nachträgliche Heilung der bis dahin bereits eingetretenen Nichtigkeitsfolge ist überdies aus konzeptionellen Überlegungen ausgeschlossen.⁵⁴⁹ Nicht überzeugend erscheint jedenfalls die Auffassung, aus dem Unterbleiben einer Anfechtung auf die fehlende leichte Erkennbarkeit des Mangels zu schliessen:⁵⁵⁰ Wer eine Verfügung nämlich als nichtig und demnach keiner Rechts(kraft)wirkung zugänglich betrachtet, sieht sich gerade nicht zu deren mit Aufwand und gegebenenfalls Kosten verbundenen Anfechtung veranlasst. Auch eine nichtige, ausschliesslich begünstigende Verfügung wird kaum je angefochten werden, weil die Betroffenen in der Regel ein Interesse daran haben, dass die begünstigende Verfügung als wirksam betrachtet wird.

3. Wie?

Eine schwere Mangelhaftigkeit ist im Sinne der Evidenztheorie erkennbar, wenn die mängelbehaftete Verfügung zu jedem Zeitpunkt, d.h. auch schon bei ihrem Erlass, von allen Personen unabhängig von ihrem juristischen Bildungsgrad erkannt werden konnte. Unter Ausklammerung der notwendigen Kritik an dieser Definition⁵⁵¹ stellt sich die Frage nach einer präziseren inhaltlichen Umschreibung des dabei zur Anwendung zu bringenden Standards.

Dazu findet sich die Auffassung, dass die Offensichtlichkeit bzw. leichte Erkennbarkeit des Mangels zu verneinen sei, sobald es zu dessen Feststellung weiterer Abklärungen bedürfe.⁵⁵² Das Erfordernis der Erkennbarkeit ohne zusätzliche Abklärungen kann sich dabei sinnvollerweise nur auf tatsächliche,

548 BGE 136 II 489 E. 3.3 S. 495f.

549 Dazu unten N. 303.

550 WIEDERKEHR/RICHLI, N. 2623, mit Hinweis auf Bündner Rechtsprechung.

551 Unten § 5.

552 WIEDERKEHR/RICHLI, N. 2623. Siehe schon BGE 44 I 56 E. 2 S. 60: Keine Nichtigkeit wegen eines Fehlers, zu dessen Nachweis ein Beweisverfahren notwendig wäre.

nicht aber juristische Abklärungen beziehen, andernfalls die Qualität des Erinnerungsvermögens der handelnden Amtspersonen an ihre allenfalls schon länger zurückliegende juristische Ausbildung diesen Standard beeinflussen würde. Schon IMBODEN vertrat die Auffassung, dass die fehlende Erkennbarkeit «niemals in der rein juristischen Schwierigkeit einer Rechtsfrage [...], sondern stets nur in der erschwerten Nachprüfbarkeit tatsächlicher Momente liegen» könne.⁵⁵³ In diesem Sinne verneinte das Bundesverwaltungsgericht die Erkennbarkeit der Unzuständigkeit des Bundesamts für Migration für die Wiedererwägung einer mehrere Jahre zuvor ergangenen Wegweisungsverfügung, weil diese erst aus beigezogenen kantonalen Migrations- und Strafakten ersichtlich geworden war.⁵⁵⁴ In BGE 92 IV 191 setzte das Bundesgericht für die Annahme der Nichtigkeit einer Verfügung voraus, dass sie «mit grundlegenden Fehlern behaftet ist, die aus dem Akt selbst ohne weiteres ersichtlich sind».⁵⁵⁵ Ähnlich erachtete es einen Verfahrensfehler nicht als leicht erkennbar, der nicht aus dem angeblich nichtigen Entscheid selbst hervorgeht, sondern ein Studium der Verfahrensakten voraussetzt.⁵⁵⁶ Damit deckt sich die bereits von IMBODEN vertretene Auffassung, wonach das Kriterium der Erkennbarkeit nicht auf das Ins-Auge-Springen des Mangels, sondern vielmehr auf die tatsächliche Möglichkeit verweist, den Mangel zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt feststellen zu können.⁵⁵⁷ Entscheidend ist mithin nicht, ob der Fehler bei erstmaliger Lektüre des fehlerbehafteten Aktes auffällt. Bei einer solchen Handhabung erschiene das Kriterium der Erkennbarkeit viel eher objektivierbar, weil zu jedem denkbaren Mangel einer Verfügung festgestellt werden kann, ob dessen Erkennbarkeit bloss die Kenntnis der Rechts- oder auch der zu einem bestimmten Zeitpunkt herrschenden Faktenlage voraussetzt.

139 Die Praxis leitet eine fehlende Erkennbarkeit teils aus denselben Überlegungen wie die Schwere des Fehlers ab: Hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit eines kantonalen Urteils, das die ausschliessliche Zuständigkeit der Bundesorgane zum Entscheid über die Einsicht in Staatsschutzakten missachtete, erwog das Bundesgericht, angesichts des Wortlauts sowie von Sinn und Zweck der anwendbaren Verordnung⁵⁵⁸ könne «die leichte Erkennbarkeit nicht ver-

553 IMBODEN, Staatsakt, S. 85.

554 BVGer, 1. Juli 2013, D-3178/2012, E. 4.2.

555 BGE 92 IV 191, Regeste; ausführlich (und italienisch) ebenda E. 2c S. 197.

556 BGer, 23. Januar 2009, 6B_744/2008, E. 1.3.

557 IMBODEN, Staatsakt, S. 116, der insbesondere auch auf praktische Überlegungen verweist (S. 84 ff.).

558 Verordnung vom 5. März 1990 über die Behandlung von Staatsschutzakten des Bundes (AS 1990 386; nicht mehr in Kraft).

neint werden».⁵⁵⁹ Dazu Anlass gaben offenbar nur inhaltliche Überlegungen, welche bereits zur Qualifikation des Nichtigkeitsbegründenden Rechtsfehlers als schwerwiegend geführt hatten. Sodann ist nach einem Bundesgerichtsurteil «weder offensichtlich noch leicht erkennbar», dass eine Bausektion, die Baubewilligungen erteilen und mit Bedingungen und Auflagen verknüpfen darf, «nicht auch zugleich für die im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens zu prüfenden Fragen der Unterschützstellung einzelner Objekte eines Gebäudes zuständig sein soll».⁵⁶⁰ Dass sich der fehlerbehaftete Entscheid – hier aufgrund von Sachnähe der Zuständigkeitsbereiche – nicht stark vom vergleichsweise heranziehbar fehlerfreien Entscheid unterscheidet, lässt seine Fehlerhaftigkeit als schwerer erkennbar erscheinen. Nicht leicht erkennbar wäre nach der Rechtsprechung ein Zuständigkeitsfehler, der auf einer ungenügenden Delegationsnorm beruht;⁵⁶¹ eine Konstellation, in der die Feststellung des Fehlers eine juristische Würdigung eines Erlasses bedingt. Beide Qualifikationen erscheinen durchaus folgerichtig, wenn dem Kriterium der Erkennbarkeit eine Laienperspektive zugrunde gelegt wird. Gleiches gilt hinsichtlich einer während des Laufs der Rechtsmittelfrist wegen einer Rechtsänderung eintretenden Unzuständigkeit, deren leichte Erkennbarkeit das Bundesverwaltungsgericht verneinte.⁵⁶² Hier nähert sich das Nichtigkeitskonzept dem Vertrauensschutz an, wird doch eine Rechtsfolge aus dem Vertrauen des Privaten auf die Beständigkeit der Zuständigkeitsordnung hergeleitet.⁵⁶³ Die Ähnlichkeit dieser Konstellation zur Rechtsfolge, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet wird, wonach den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keinerlei Nachteile erwachsen dürfen,⁵⁶⁴ ist unverkennbar.

4. Ergebnis

Die Praxis verwendet keine präzise oder auch nur einheitliche Definition der Erkennbarkeit des schweren Mangels als Definitionselement der Evidenztheorie. Angesichts dieses Ergebnisses drängt sich die im Folgenden postu-

559 BGE 117 Ia 202 E. 8a S. 221.

560 BGer, 11. August 2006, 1P.629/2005, E. 3.2.1

561 BGE 98 Ia 568 E. 4 S. 571; vgl. VGer ZH, 28. Juni 2017, VB.2017.00090, E. 2.3.

562 BVGer, 27. Oktober 2014, A-495/2014, E. 1.3.

563 Zur Voraussetzung eines weiter als das allgemeine Vertrauen in die Beständigkeit der Rechtsordnung gehenden Vertrauensverhältnisses KRADOLFER, St. Galler Kommentar BV, Art. 9 BV, N. 83f.

564 BGE 138 I 49 E. 8.3.2 S. 53f.

lierte Aufgabe dieses Kriteriums auf.⁵⁶⁵ Auffallend erscheint, dass in Lehre und Rechtsprechung deutlich weniger (vertiefte) Auseinandersetzungen mit diesem zweiten Definitionselement der Evidenztheorie als mit jenem des schwerwiegenden Mangels vorhanden sind. Vielfach wird die Erkennbarkeit aus der Schwere des Rechtsfehlers abgeleitet. Die Begriffe «offensichtlich» und «leicht erkennbar» werden regelmässig entweder gleichgesetzt oder die Offensichtlichkeit wird als gesteigerte Form leichter Erkennbarkeit verstanden. Massgeblich erscheint mithin, ab wann von leichter Erkennbarkeit eines Fehlers auszugehen ist. Hierzu lassen sich zwei Argumentationslinien ausmachen: Die erste stellt betreffend die Erkennbarkeit darauf ab, ob die Feststellung der qualifizierten Rechtswidrigkeit des betreffenden Akts ohne Kenntnis nicht darin wiedergegebener tatsächlicher Umstände erfolgen kann und damit zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt für eine mit der Frage der Nichtigkeit eines Aktes befasste Instanz überhaupt praktisch möglich erscheint. Insbesondere die jüngere Praxis und Lehre scheint sich mit dem Abstellen auf die Perspektive juristischer Laien hingegen eher vom Gedanken des Vertrauensschutzes leiten und die Erkennbarkeit schwerwiegender Mangelhaftigkeit an berechtigten privaten Erwartungen in die Gültigkeit staatlicher Akte scheitern zu lassen.⁵⁶⁶ Damit wird indessen dem Vertrauensschutz die Funktion zugeordnet, die Rechtslage nicht nur für die Vertrauenden, sondern erga omnes zu gestalten. Dies ist abzulehnen.⁵⁶⁷

III. Keine Gefährdung der Rechtssicherheit

- 141 Die Evidenztheorie verlangt als dritte kumulative Voraussetzung für die Annahme der Nichtigkeit, dass die Nichtigklärung des fraglichen Aktes die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt.⁵⁶⁸ Die Rechtssicherheit wird als ungeschriebener Grundsatz mit Verfassungsrang betrachtet.⁵⁶⁹ Aus dem Rechtssicherheitsgebot lassen sich Forderungen nach Bestimmtheit, Voraussehbarkeit, Stabilität und Kontinuität des Rechts ableiten.⁵⁷⁰ Rechtssicherheit ist «für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz» und soll insbesondere Orientie-

565 Dazu unten N. 153 ff. und 163 ff.

566 Vgl. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 111.

567 Dazu unten N. 165 und 204 ff.

568 Siehe die Hinweise bei N. 16.

569 OESCH, S. 148; GÄCHTER, S. 261 m.w.H.; KLETT, N. 212, sprach von einem «Verfassungsprinzip».

570 WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 52; OESCH, S. 145 ff., je m.w.H.

rung und Gewissheit ermöglichen, welche Regeln und Anordnungen gelten.⁵⁷¹ In diesem Zusammenhang wird vom Kalkulabilitätspostulat gesprochen, das Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Rechtslage gebiete.⁵⁷² Die Lehre bezeichnet das Vertrauen in die Beständigkeit einer bestimmten Rechtslage als Geltungsvertrauen, jenes in eine bloss allmähliche statt abrupte und sprunghafte Änderung der Rechtslage als Kontinuitätstrauen.⁵⁷³ Sowohl das Geltungs- als auch das Kontinuitätstrauen könnten als beeinträchtigt erscheinen, wenn einem Rechtsanwendungsakt durch Nichtigerklärung ex tunc jede Rechtswirkung abgesprochen wird.

An dieses dritte Kriterium der Evidenztheorie knüpft die Lehre das Gebot, 142 das Interesse an der Rechtssicherheit und dasjenige an der richtigen Rechtsanwendung gegeneinander abzuwägen.⁵⁷⁴ Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist indessen nur zu entnehmen, dass bei der Annahme der Nichtigkeit «alle massgeblichen Interessen gegeneinander abzuwägen» seien.⁵⁷⁵ Dieser Gedanke geht auf die Rezeption von IMBODEN in BGE 83 I 1 zurück, wo sich das Bundesgericht dessen Auffassung anschloss, dass erst von Nichtigkeit auszugehen sei, «wenn die Verletzung der in Frage stehenden Vorschrift schwerer wiegt als die sich aus der Unwirksamkeit der Anordnung ergebende Beeinträchtigung der Rechtssicherheit und des handlungsökonomischen staatlichen Interesses», weshalb nur ein qualifizierter Mangel zur Nichtigkeit führen könne.⁵⁷⁶ Auch in einem jüngeren Urteil findet sich die Aussage, dass in der Annahme der Nichtigkeit jeder als verfassungswidrig erklärten Entscheidung ein Rechtssicherheitsproblem läge.⁵⁷⁷ Die vorzunehmende Interessenabwägung umfasst mithin alle Elemente der Evidenztheorie: «Art und Intensität des Interesses an der Herstellung des gesetzmässigen Zustands» sind der von der Nichtgeltung der Verfügung verursachten Beeinträchtigung der Interessen von Parteien oder Dritten gegenüberzustellen.⁵⁷⁸ Eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit spräche innerhalb dieser Abwägung gegen eine Annahme der Nichtigkeit.

571 KLETT, N. 214.

572 GÄCHTER, S. 262 f. m.w.H.

573 Zu diesem Begriffspaar KÖLZ, Verwaltungsrecht, N. 138 ff.; RHINOW, Methodik, S. 271 ff.; siehe auch KRADOLFER, N. 159 ff.

574 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1098; MÜLLER, Art. 49 VRPG, N. 85; MOOR/POLTIER, S. 367 f.

575 BGE 132 II 21 E. 3.3 S. 28.

576 BGE 83 I 1 E. 3 S. 5.

577 BGE 98 Ia 568 E. 4 S. 572

578 Siehe die Formulierung im Praxisleitfaden von MARTIN, S. 203.

143 Zur Frage, *wann* von einer die Nichtigkeit ausschliessenden Beeinträchtigung der Rechtssicherheit auszugehen wäre, findet sich nur spärliche Praxis. Das Bundesgericht klammert sie aus, wenn es schon das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels verneint.⁵⁷⁹ Nur in wenigen Urteilen erscheint das dritte Kriterium der Evidenztheorie als entscheidend: Als nicht hinnehmbar betrachtete das Bundesgericht die Annahme der Nichtigkeit zufolge örtlicher Unzuständigkeit von während zehn Jahren ergangenen Anordnungen eines Kreisamts betreffend einen Erbgang.⁵⁸⁰ Eine Gefährdung der Rechtssicherheit läge sodann darin, eine in Rechtskraft erwachsene Einstellungsverfügung als nichtig zu erklären und damit eine (erneute) strafrechtliche Beurteilung desselben Lebenssachverhalts zu erlauben.⁵⁸¹ Aus Rechtssicherheitsüberlegungen darf ferner nicht stets Nichtigkeit angenommen werden, sobald sich herausstellt, dass eine Drittperson beim Erlass der Verfügung nicht ins Verfahren einbezogen worden war, obwohl ihr (auch) Parteistellung zugekommen wäre.⁵⁸² War die Wahl eines Richters ungültig, schliesst das Bundesgericht aus Rechtssicherheitsgründen nicht auf Nichtigkeit sämtlicher Entscheide, an denen er mitgewirkt hat, sondern erachtet diese bloss als anfechtbar wegen Verletzung des Anspruchs auf ein auf Gesetz beruhendes Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁵⁸³

144 Nicht Rechts-, sondern Verkehrssicherheitsüberlegungen schlossen die Annahme der Nichtigkeit eines vorsorglichen Führerausweisentzugs aus.⁵⁸⁴ Hinsichtlich rechtswidrig aufgestellter Verkehrssignalisationen erwog das Bundesgericht, dass selbst bei besonders schwerwiegender und offensichtlicher oder zumindest leicht erkennbarer Fehlerhaftigkeit deren Nichtigkeit nur in Betracht fallen könne, wenn die Verkehrssicherheit dieser Rechtsfolge nicht entgegenstehe.⁵⁸⁵ Berechtigtes und schutzwürdiges Vertrauen von Dritten in den Bestand einer Anordnung kann mithin gegen die Annahme der Nichtigkeit sprechen. Bei der Würdigung der Fehlerhaftigkeit einer Baubewilligung gewichtete das Bundesgericht die Interessen des Privaten, der auf deren Bestand vertraut hatte.⁵⁸⁶ Wohl angesichts der Relevanz einer Nichtigklärung

579 Soz.B. in BGer, 26. Mai 2015, 5A_737/2014, E. 6.

580 BGE 99 II 246 E. 3c S. 256.

581 BGE 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 368.

582 BGer, 12. November 2014, 2C_657/2014, E. 2.4.2.

583 BGE 136 I 207 E. 5.6 S. 218.

584 BGE 138 II 501 E. 3.2.3 S. 505.

585 BGE 128 IV 184 E. 4.2 S. 186. Aus Verkehrssicherheitsüberlegungen ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht damit einen praktisch unerreichbaren Standard aufstellt.

586 BGE 99 Ia 126 E. 4b S. 136.

für verfahrensunbeteiligte Dritte erachtete es das Bundesgericht ferner als nicht mit dem Rechtssicherheitsgedanken vereinbar, die Nichtigkeit sämtlicher mit einer Ortsplanungsrevision zusammenhängender Beschlüsse und Verfügungen anzunehmen, deren Auflage als irreführend gerügt wurde.⁵⁸⁷

Betreffend die unzulässigerweise vom Gerichtspräsidenten anstatt der urteilenden Kammer festgesetzte Entschädigung der amtlichen Verteidigung erwog das Bundesgericht, dass eine Bejahung der Nichtigkeit aufgrund des Zuständigkeitsfehlers «weitreichende Konsequenzen für alle gleichgelagerten Fälle» in einem Zeitraum von mehreren Jahren entfalten würde und sich daraus zahlreiche Streitigkeiten ergeben könnten; darin sei eine Gefährdung der Rechtssicherheit zu erblicken.⁵⁸⁸ Ähnlich verneinte das Zürcher Verwaltungsgericht die Nichtigkeit eines von der sachlich unzuständigen Behörde erlassenen Abbruchbefehls, deren Annahme «aller Wahrscheinlichkeit nach den Bestand verschiedener weiterer baurechtlicher Entscheide der Gemeinde» in Frage gestellt hätte.⁵⁸⁹ Rechtssicherheitsüberlegungen zur Konsequenz der Annahme der Unwirksamkeit einer gewissen Kategorie von Akten finden sich bereits in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem 19. Jh. zu Urteilen der nach Art. 58 Abs. 2 aBV abgeschafften geistlichen Gerichtsbarkeit: Mit Blick auf die ansonsten drohenden «grossen Nachtheile und schweren Verwicklungen» rechtfertigte sich, die «von den geistlichen Gerichten erlassenen, von den kantonalen Behörden anerkannten und im beidseitigen Einverständnis der geschiedenen Ehegatten vollzogenen Urtheile [...], welche durch tatsächliche Vollziehung ihre allgemeine Anerkennung gefunden haben, unbeanstandet zu lassen».

Die Rechtssicherheit kann ferner beeinträchtigt erscheinen, wenn die Nichtigkeit einer Entscheidung für weitere Verfahren und für den Rechtsverkehr im Allgemeinen erhebliche Konsequenzen aufweist.⁵⁹⁰ Die Rechtssicherheit wäre in diesem Sinne auch durch die Annahme der Nichtigkeit einer aufsichtsrechtlichen Verfügung, mit der die Totalrevision einer Stiftungsurkunde angeordnet worden war, angesichts des öffentlichen Auftretens der Stiftung gegenüber Versicherten, Firmen und Behörden beeinträchtigt.⁵⁹¹ Ähnlich wie beim Kriterium der Erkennbarkeit knüpft die Praxis an den Gedanken des

587 BGer, 14. März 2007, 1P.423/2006, E. 3.2.3.

588 BGer, 31. Mai 2021, 1B_92/2021, E. 2.5.

589 VGr ZH, 8. Juni 2022, VB.2021.00575, E. 2.

590 Etwa bei der Annahme der Nichtigkeit einer Konkursöffnung durch ein (nicht völlig offensichtlich) örtlich unzuständiges Gericht, dazu OGr ZH, 3. Mai 2021, PS210050-U, E. 3.4.

591 BVGer, 25. August 2010, C-605/2008, E. 4.3.

Vertrauensschutzes an, der gemeinhin als eine Konkretisierung des Grundsatzes der Rechtssicherheit verstanden wird.⁵⁹² Das Verwaltungsgericht Zürich tut dies explizit, indem in neueren Urteilen das dritte Kriterium der Evidenztheorie dahingehend umschrieben wird, dass «die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet und das berechnete Vertrauen des Bürgers in die Gültigkeit der Verfügung nicht getäuscht werden» soll.⁵⁹³ In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet sich eine entsprechende ausdrückliche Erwägung nur in älteren Urteilen: So wurde die dritte Voraussetzung der Evidenztheorie in BGE 99 Ia 126 dahingehend umschrieben, «qu'enfin l'admission de la nullité ne porte pas atteinte d'une manière intolérable à la sécurité juridique ou que les intérêts du citoyen confiant dans la validité de la décision ne sont pas méconnus d'une façon intolérable».⁵⁹⁴ Gemäss BGE 115 II 415 darf die Annahme der Nichtigkeit «weder die Rechtssicherheit ernsthaft gefährden noch das berechnete Vertrauen des Bürgers enttäuschen».⁵⁹⁵

147 Das Bundesverwaltungsgericht kehrte das Definitionselement auch schon um, indem es nicht prüfte, ob die Rechtssicherheit der Annahme der Nichtigkeit entgegenstehe, sondern ob die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz die Annahme der Nichtigkeit *erforderten*.⁵⁹⁶ Darin könnte einerseits bloss eine fehlerhafte Wiedergabe der Evidenztheorie liegen, andererseits aber auch der Gedanke, dass eine Nichtigerklärung nur aus zwingenden Gründen erfolgen solle, weil ein Interesse der Rechtsunterworfenen daran besteht, dass der Bestand behördlicher Entscheide nicht ohne zwingende Veranlassung infrage gestellt wird.

148 Eine Annahme der Nichtigkeit ist nach der dargestellten Praxis zur Evidenztheorie nur in jenen Fällen gerechtfertigt, wo angesichts der konkreten Interessenlage die Berufung auf die formelle Rechtskraft des nichtigen Entscheids eine «deutliche Überbewertung der Rechtssicherheitspostulate und der Verfahrensökonomie»⁵⁹⁷ bedeutete. Ausgangspunkt der jeweiligen Be-

592 Siehe WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 47 mit einer «Flut von Belegen aus der Literatur».

593 VGr ZH, 16. Januar 2020, VB.2019.00745, E. 4.7.1; 14. November 2019, VB.2019.00543, E. 2.1; 26. September 2019, VB.2019.00076, E. 3.2; 22. August 2019, VB.2019.00127, E. 2.2. Zur Verknüpfung von Erkennbarkeit und Vertrauensschutz unten N. 204 ff. Vgl. auch KNAPP, Précis, N. 1208.

594 BGE 99 Ia 126 E. 4a S. 135.

595 BGE 115 II 415 E. 3b S. 421.

596 BVGer, 6. März 2008, C-1417/2008, E. 3.2 a.E.

597 LEUENBERGER, S. 70 f.

trachtung bildet der Gegenstand der möglichen Nichtigerklärung, dessen Beseitigung ex tunc infrage steht, und die Frage nach schutzwürdigen Interessen an dessen Bestand. Dabei erscheinen insbesondere *drei Konstellationen* einschlägig, in denen Rechtssicherheitsüberlegungen gegen eine Annahme der Nichtigkeit sprechen: der erhebliche Zeitablauf seit Ergehen des fraglichen Entscheids, die Gefahr einer Vielzahl durch die Nichtigerklärung drohender neuer Verfahren sowie die Betroffenheit nicht verfahrensbeteiligter Drittpersonen durch die konkrete Nichtigerklärung oder durch die Bejahung eines Nichtigkeitsgrunds, der Entscheide betreffend Dritte als nichtig erscheinen lässt.

§5 Kritik der Evidenztheorie

I. Konturlosigkeit der Evidenztheorie

Aus dem vorstehend beschriebenen Stand von Lehre und Praxis zur Evidenz- 149
theorie lassen sich nicht mehr als gewisse Leitplanken erkennen, wie die Trennlinie zwischen anfechtbaren und nichtigen Akten im Einzelfall zu ziehen ist. Mit Recht wird diese Abgrenzung in der Literatur als «delikat» und die dazu ergangene Rechtsprechung als «unpräzise» bezeichnet.⁵⁹⁸ Die Frage nach der Nichtigkeit einer Verfügung «kann oftmals nicht leicht beantwortet werden».⁵⁹⁹ Wie KARLEN konstatierte, zeichnet sich die Rechtsprechung im Ergebnis durch «grossen Pragmatismus» aus.⁶⁰⁰ Solcher ist in der Rechtsprechung zwar nicht grundsätzlich abzulehnen,⁶⁰¹ problematisch erscheint indessen, wenn Entscheidungen zur Nichtigkeit mangels leistungsfähiger Dogmatik letztlich beliebig ausfallen. «Klarheit über die Klarheit», welche Fehler im Sinne der Evidenztheorie schwer und offensichtlich sind, besteht nicht.⁶⁰² Das in Lehre und Rechtsprechung stets wiederholte Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach nur ausnahmsweise oder zahlenmässig selten auf Nichtigkeit zu schliessen sei, hilft der Rechtsanwendung nicht weiter, denn sie ist immer nur im Einzelfall, nicht in einer Vielzahl von Fällen gleichzeitig mit der Frage nach der

598 MÜLLER, Art. 5 VwVG, N. 27. HURNI, N. 487, bezeichnet die Nichtigkeitskriterien als «unscharf».

599 STADELWIESER, S. 151.

600 KARLEN, S. 213.

601 Zumal die Praktikabilität eines Ergebnisses, wie sie pragmatische Rechtsprechung anzu zielen pflegt, allgemein als Auslegungselement akzeptiert wird (dazu OESCH, S. 128 f.). WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, S. 55, postulieren die Praktikabilität als eigenständigen Grundsatz des öffentlichen Verfahrensrechts.

602 SALADIN, S. 544.

Rechtsfolge eines behördlichen Fehlers befasst. Soweit sie bloss den Ausnahmecharakter der Nichtigkeit betont, sei es in quantitativer oder qualitativer Hinsicht, kommt der Evidenztheorie keinerlei Erkenntnisgewinn zu.⁶⁰³ Im Übrigen überzeugt das zur Begründung einer Vermutung der Gültigkeit von Verfügungen⁶⁰⁴ bisweilen Vorgebrachte⁶⁰⁵ nicht, wonach Behörden nicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben innert nützlicher Frist in der Lage seien, wenn sie stets die Gültigkeit der von ihnen zu vollziehenden Entscheide infrage stellen müssten, und solches in einem Spannungsverhältnis zum Hierarchieprinzip stünde. Die Existenz des Nichtigkeitskonzepts setzt eine Nichtigkeitskognition vollziehender Behörden zwingend voraus: Weil eine zu vollziehende Verfügung nichtig sein kann, muss jede vollziehende Behörde darauf achten, ob die von ihr zu vollziehenden Anordnungen an diesem, einem Vollzug entgegenstehenden Mangel leiden – Hierarchieprinzip hin oder her.

150 Einigermassen gefestigt erscheint die Kasuistik lediglich hinsichtlich nichtigkeitsbegründender Unzuständigkeit, wenn eine Behörde ausserhalb des Rahmens ihrer Entscheidungsgewalt handelt.⁶⁰⁶ Die schwerwiegende Mangelhaftigkeit als Kriterium der Evidenztheorie ist sonst aber weitgehend konturlos geblieben, trotz der «dogmatischen Prominenz»⁶⁰⁷ der Nichtigkeit als verwaltungsrechtlicher Begriff. Ein Praxisleitfaden rät zwecks Erkennens der Nichtigkeit einer Anordnung zu einer Gewichtung, «wie schlimm» der Mangel sei, ohne dafür präzisere Kriterien zur Verfügung stellen zu können.⁶⁰⁸ Immerhin finden sich in der dargestellten Rechtsprechung eine Reihe von Urteilen, denen eine Gewichtung gewisser Fehler zu entnehmen ist, die im Einzelfall vergleichend beigezogen werden kann. Die Evidenztheorie scheitert aber insbesondere aufgrund ihrer Konturlosigkeit in dreierlei Hinsicht, wie im Folgenden darzulegen ist.

603 Dahingehend ZEHNDER, S. 90.

604 Siehe BGE 92 IV 191 E. 2b S. 197: «L'amministrazione può normalmente funzionare solo se è riconosciuta ai suoi atti una speciale presunzione di validità.» Dabei kann es sich nicht um eine Vermutung im Rechtssinne handeln, zumal keine Rechtsfolgen, sondern nur ein Sachverhalt vermutet werden können (SALADIN, S. 543, der das zitierte Urteil deshalb als unrichtig erachtet, mit Hinweis auf BURCKHARDT, Methode, S. 212, 287, sowie HÄFELIN, S. 630 f., der eine Verwendung des Begriffs der «Vermutung» einer Gültigkeit von Verwaltungsakten als unzutreffend bezeichnet. Eine solche Vermutung hat nach HÄFELIN «weiter nichts zu bedeuten, weil aus ihr gar keine Konsequenzen gezogen werden»).

605 So von GRISEL, Droit administratif, S. 201.

606 Dazu oben N. 81 ff.

607 SALADIN, S. 539, welcher dieser ein vernünftiges Verhältnis zur praktischen Bedeutung des Konzepts abspricht.

608 MARTIN/SELTMANN/LOHER, S. 249.

1. Problem des Vergleichsobjekts

Schwerwiegende Inhaltsmängel werden von Lehre und Praxis als denkbare 151 Nichtigkeitsgründe anerkannt. Dieser Gedanke setzt voraus, dass sich inhaltliche Fehlerhaftigkeit überhaupt sinnvoll gewichten lässt,⁶⁰⁹ wofür wohl allein auf einen Wertungsentscheid abgestellt werden kann.⁶¹⁰ Bei der von der korrekten Behörde im richtigen Verfahren erlassenen Entscheidung stellt sich dabei regelmässig das *Problem des Vergleichsobjekts*: Oftmals unterscheiden sich alle denkbaren inhaltlich fehlerhaften Entscheide nur in ihrer (grundsätzlich nicht in Rechtskraft erwachsenden)⁶¹¹ Begründung, nicht aber im Ergebnis: Kommt einer Person nach Erfüllung der entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Polizeibewilligung zu,⁶¹² so ist jede Nichterteilung inhaltlich gleichermaßen fehlerhaft. Eine Abstufung zwischen verschiedenen Graden der Fehlerhaftigkeit des Verfahrensergebnisses ist nicht möglich. Es fehlt damit das einfach rechtsfehlerhafte Vergleichsobjekt, das sich vom qualifiziert rechtsfehlerhaften unterscheidet. Genauso ist jede Kündigung im öffentlichen Personalrecht, die nicht hätte erfolgen dürfen, gleichermaßen falsch.⁶¹³ Sind hingegen mehrere oder gar eine Vielzahl behördlicher Anordnungen denkbar, etwa weil der Behörde ein Ermessensspielraum zukommt,⁶¹⁴ ist nicht ein einziges fehlerfreies Verfahrensergebnis denkbar, mit dem sich ein inhaltlich fehlerhafter Entscheid vergleichen und ermitteln liesse, wie weit das gewählte Verfahrensergebnis vom rechtlich gebotenen entfernt liegt. Erst anhand einer Definition des gerade noch vertretbaren Verfahrensergebnisses (bspw. einer maximalen Gebührenhöhe) liesse sich ein Vergleichsobjekt kreieren, was aber regelmässig mit prak-

609 Nach FORSTHOFF, S. 244, besteht kein Unterschied im rechtlichen Gewicht zwischen einer Gesetzesverletzung und der Gesetzlosigkeit, d. h., wenn der fehlerhafte Akt überhaupt nicht auf ein gültiges Gesetz bezogen werden könne.

610 Vgl. betreffend Rechtsnormen NOVAK, S. 30, dem gemäss anhand einer Bewertung der Erzeugungsbedingungen für wirksames Recht nach ihrer rechtlichen Bedeutung das rechtliche Gewicht ihrer Verletzung bestimmt werden könne.

611 Anstelle vieler TANNER, N. 50 m.w.H.

612 Vgl. BGE 141 II 91 E. 2.1 S. 96.

613 Nach der hier vertretenen Auffassung ist deshalb die Nichtigkeit einer Kündigung zufolge inhaltlicher Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, dazu N. 224, 261.

614 Da das «Ideal der eindeutigen Gesetzes- oder Verfassungsdeduktion» unmöglich erscheint (KLEY, Auslegung, S. 18), bestehen auch in Konstellationen ohne solchen Spielraum Schwierigkeiten bei der Definition der rechtlich richtigen Lösung als Vergleichsobjekt.

tischen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte.⁶¹⁵ Insbesondere wenn eine Entscheidung in vielerlei verschiedener Hinsicht inhaltlich fehlerhaft sein kann, wird diese Grenzziehung in der Praxis regelmässig einigermaßen beliebig erscheinen. Bei der Gewichtung von Zuständigkeits-, Form- und Verfahrensfehlern ist zumindest stets feststellbar, von welcher Instanz, in welcher Form und in welchem Verfahren eine Entscheidung korrekterweise hätte erlassen werden sollen – damit existiert ein regelmässig bereits durch blosser Lektüre der anwendbaren Verfahrensvorschriften definierbarer Massstab, an dem sich die formellen Fehler messen und gewichten lassen.

152 UHLMANN betrachtete zur Grenzziehung zwischen im Sinne von Art. 9 BV noch Vertretbarem und Willkürlichem methodisch zwei Ansatzpunkte als denkbar: entweder die «Abmessung konzentrisch zunehmender Unrichtigkeit», welche als Ausgangspunkt ein einzig rechtlich richtiges Ergebnis bedingt, oder die in einem Schritt erfolgende Bestimmung eines «Wahrscheinlichkeitsraums» rund um ein offenes Rechtsanwendungsergebnis.⁶¹⁶ Um aus inhaltlichen Gründen auf die Nichtigkeit eines Rechtsanwendungsakts zu schliessen, bedarf es nach der dargestellten Praxis gegenüber der Willkür noch eines zusätzlichen Schritts.⁶¹⁷ Die Konkretisierung der zusätzlich notwendigen, qualifizierenden Fehlermerkmale zur Überschreitung des Fehlerraums des «einfach» Willkürlichen bietet erhebliche Schwierigkeiten, wenn nicht ausgehend von einem einzigen richtigen Ergebnis zunehmende Unrichtigkeit definiert werden kann. Ausserhalb des Wahrscheinlichkeitsraums des Vertretbaren müsste ein weiterer Raum des in Nichtigkeitsbegründendem Masse Willkürlichen definiert und der grob fehlerhafte Akt darin verortet werden können. Angesichts der Unklarheit des Grades nichtigkeitsbegründender inhaltlicher Fehlerhaftigkeit und der mit deren Annahme verbundenen methodischen Schwierigkeiten ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass das diesbezügliche Ergebnis zufällig wirken und nicht in für die Verfahrensbeteiligten nachvollziehbarer Weise begründet werden kann.

615 Illustrativ für dieses Problem sei ein Zürcher Urteil angeführt: «Um im Sinn der Evidenztheorie Nichtigkeit annehmen zu können, müsste die Behörde die Beschwerdeführenden zu einer offensichtlich viel zu weitgehenden Brandschutzsanie rung verpflichtet haben» (VGr, 17. November 2016, VB.2015.00576, E. 4.7). Hier wird das Offensichtlichkeits- bzw. Erkennbarkeitskriterium herangezogen, um die Problematik der Grenzziehung zwischen der weitgehenden, aber zulässigen, der zu weitgehenden, unzulässigen und der qualifiziert unzulässigen Anordnung zu überdecken.

616 UHLMANN, Willkürverbot, N. 458.

617 Oben N. 121 ff.; zur entsprechenden einhelligen Auffassung der Lehre oben N. 118 ff.

2. Unklarer Erkenntnishorizont der Erkennbarkeit

Das Kriterium der Erkennbarkeit bildet einen gänzlich unklaren Standard, 153
soweit die Praxis auf den Erkenntnishorizont des juristisch ungebildeten
Durchschnittsbürgers abstellen will: Die erga omnes und ex tunc eintretenden
Rechtsfolgen der Nichtigkeit verbieten eine Subjektivierung des Erkennbar-
keitskriteriums durch ein Abstellen auf den konkreten Erkenntnishorizont
spezifischer verfahrensbeteiligter bzw. verfahrensbetroffener Laien.⁶¹⁸ Nur
mittels eines objektivierten Massstabs der Erkennbarkeit könnte zudem dem
Einwand begegnet werden, dass dieses Kriterium willkürlich sei und letztlich
bloss das «Unvermögen oder eine Unwilligkeit zu einer Begründung» anzei-
ge.⁶¹⁹ Doch wie sollen sich die Rechtsanwendenden, deren Vorverständnis
typischerweise durch ihre juristische Ausbildung und praktische Tätigkeit
sehr ähnlich geprägt ist,⁶²⁰ in die Perspektive einer hypothetischen Durch-
schnittsperson hineinversetzen können? Und was (an)erkennt der juristisch
ungebildete Durchschnittsbürger überhaupt als rechtsfehlerhaft?

Das Strafrecht kennt das Konzept der Parallelwertung in der Laiensphäre 154
und geht von einem Verbotsirrtum aus, wenn ein Täter meint, überhaupt kein
Unrecht zu tun.⁶²¹ Gegenüber dem Verwaltungsrecht und insbesondere der
verwaltungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, deren Nichtbeachtung Nich-
tigkeitsfolgen zeitigen kann,⁶²² besteht hingegen kaum ein vergleichbares
Laienverständnis, das im Sinne einer allgemeinen Rechtsüberzeugung zwi-
schen Recht und Unrecht unterscheidet⁶²³ und sinnvoller sowie nachvollzieh-
barer gerichtlicher Feststellung zugänglich wäre. Nicht mit dem Rechtssystem
vertraute Personen empfinden oftmals juristisch einleuchtende Lösungen
als inakzeptabel oder prozessrechtlich undenkbare Urteile als problemad-
äquat, weil sie ausserjuristische Bewertungsmaßstäbe zur Anwendung bring-
en: eine Erfahrung, die Jurastudierende wohl seit jeher machen, wenn sie
Aussenstehenden vom universitären Stoff erzählen.

618 Vgl. DROESE, S. 115.

619 KRUGMANN, S. 115.

620 GÄCHTER, S. 225. Gleichwohl erscheint jedes Urteil über die Klarheit der Rechtslage als subjektiv determiniert, weil dem «weniger Kenntnisreichen» zweifelhaft erscheinen wird, was «der Verständige, Gebildete und Erfahrene» erkennt (ARIOLI, S. 47). Vgl. zur Idee eines sich durch Rechtswissen herausbildenden Rechtsgefühls KRIELE, S. 28 ff.

621 TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Praxiskommentar StGB, Art. 21, N. 4 mit Rechtsprechungs-
hinweisen.

622 Siehe oben N. 105 ff.

623 Zum «Wesenszug» der schweizerischen Rechtsauffassung, an die «tragende Werthaltungen im Volk» anknüpfen zu wollen, auch wenn diese keinen direkten Ausdruck im positiven Recht gefunden haben, siehe Rhinow, Methodik, S. 103.

155 Schon im 19. Jh. konstatierte BERNATZIK, dass «darüber, was Recht, was Unrecht ist, die Meinungen sehr geteilt sein können».⁶²⁴ Nach dem Dafürhalten von ARIOLI kann zudem eine ausführliche und sorgfältige Begründung «auch die offensichtliche Unrichtigkeit eines mit dem Gesetz gänzlich unvereinbaren Entscheids verdecken».⁶²⁵ Die Kategorie der Nichtigkeit kann die durch vom positiven Recht losgelöste Gerechtigkeitsüberlegungen geleiteten Rechtsunterworfenen zur Passivität verführen, wenn sie mit aus ihrer Sicht unge-rechten behördlichen Handlungen konfrontiert werden.⁶²⁶ In seiner Kritik des im deutschen Verwaltungsrecht gleichermaßen vorhandenen Evidenzkriteriums schreibt LEISNER hierzu treffend, dass das Risiko, einen schwerwiegend fehlerhaften Akt als nichtig zu ignorieren, nur eingehen kann, wer zuvor fachlich qualifizierten Rat eingeholt hat.⁶²⁷ Vertraut ein Privater auf die Nichtigkeit einer Verfügung, handelt er «auf eigene Gefahr»⁶²⁸ und geht das Risiko ein, dass die rechtsanwendenden Instanzen das von ihm als offensicht-lich Betrachtete abweichend beurteilen.⁶²⁹

156 Aufgrund der unterschiedlichen Massstäbe, die Juristen und Nichtjuristen bei der Gewichtung von Fehlerhaftigkeit einer rechtlichen Anordnung zur Anwendung bringen, ist der von Lehre und Praxis herangezogene Erkenntnis-horizont eines durchschnittlichen Laien keiner sinnvollen Konkretisierung zugänglich. Die rechtliche Wirksamkeit einer Anordnung von einem geradezu beliebig erscheinenden Kriterium abhängig zu machen, das jede rechtsan-wendende Instanz frei nach Gefühl und wohl unterschiedlich definiert, er-scheint in hohem Masse unbefriedigend.⁶³⁰

3. Rechtssicherheit als untauglicher Orientierungspunkt

157 Das dritte Kriterium der Evidenztheorie, wonach die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigen dürfe, schärft die Konturen der Evi-denztheorie nicht und bietet keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Wenn

624 BERNATZIK, S. 267. Nach ZIPPELIUS, S. 16, sind «in den meisten Gerechtigkeitsfragen die Meinungsverschiedenheiten nicht restlos zu überwinden», weil diese auf Güterab-wägungen mit individuellen Gewichtungen beruhen.

625 ARIOLI, S. 46.

626 SALADIN, S. 550.

627 LEISNER, S. 672. Er kritisiert das Evidenzkriterium insbesondere als zu unbestimmt und zu subjektbezogen (S. 671 mit Hinweisen auf die deutsche Lehre im 20. Jh.).

628 FLEINER, S. 205.

629 KELSEN, Staatsunrecht, S. 90, schrieb hierzu (auch für die schweizerische Rechtslage mehr als hundert Jahre später treffend): «In der Regel ist ja die Frage, ob ein Nichtigkeit begründender Mangel vorliegt, eine sehr zweifelhafte Rechtsfrage, die für sich zu ent-scheiden selbst ein Rechtskundiger nicht wagen dürfte.»

630 Zur hier deshalb geforderten Aufgabe des Erkennbarkeitskriteriums unten N. 163 ff.

nämlich selbst für juristische Laien klar sein müsste, dass eine Anordnung keinerlei Rechtswirkungen zeitigt, so wird sich keine vernünftige Person auf deren Bestand verlassen haben und erscheint die Voraussehbarkeit dessen, was gilt, nicht als beeinträchtigt.⁶³¹ Soweit eine Person aufgrund spezifischer, sie betreffender Umstände gleichwohl darauf vertraut hatte, stellen sich nicht Fragen der Rechtssicherheit, sondern des Vertrauensschutzes.⁶³²

Eigenständige Bedeutung könnte dem dritten Kriterium der Evidenztheorie nur zukommen, wenn die Nichtigkeit auch in Konstellationen in Betracht fällt, in denen die schwerwiegende Fehlerhaftigkeit nicht für jedermann von vornherein klar scheint. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Praxis ist hiervon auszugehen: Bei der nichtig erklärten Vereinbarung der Oberstaatsanwaltschaft und einer Sterbehilfeorganisation scheint zumindest eine rechtskundige Behörde davon ausgegangen zu sein, rechtmässig zu handeln.⁶³³ Der dritte Prüfschritt der Evidenztheorie vernebelt, dass in der bisherigen Praxis letztlich immer eine wertende Abwägung hinter der Annahme der Nichtigkeit steht, welche die Schwere der Fehlerhaftigkeit des Aktes gewichtet und die möglichen praktischen Konsequenzen einer Nichtigerklärung für den Rechtsverkehr und Dritte berücksichtigt. Es liesse sich ohne Überdehnung des Rechtssicherheitsbegriffs im Übrigen auch die Auffassung vertreten, dass bereits die Möglichkeit einer Nichtigerklärung staatlicher Anordnungen eine Gefahr für die Rechtssicherheit darstellen kann.⁶³⁴ WEBER-DÜRLER wies darauf hin, dass bei Verfügungen, die das Recht fehlerhaft anwenden, zwei unterschiedliche Ausprägungen der Rechtssicherheit einander widersprechende Ergebnisse verlangen: Während das Interesse an Stabilität und Kontinuität rechtlicher Anordnungen gegen eine Korrektur des einmal eröffneten Hoheitsakts spricht, spricht das «Legalitätsinteresse» an korrekter Rechtsanwendung dafür.⁶³⁵

Das Rechtssicherheitskriterium kann zum unrichtigen Schluss verleiten, dass ein öffentliches (Rechtssicherheits-)Interesse an der Geltung grob fehlerhafter Anordnungen ausschliesslich aufgrund ihrer staatlichen Urheberschaft

631 Zum die Voraussehbarkeit des geltenden Rechts betreffenden Gehalt der Rechtssicherheit siehe oben N. 141.

632 Vgl. SALADIN, S. 552 f. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 480, unterscheiden Konstellationen von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit dahingehend, dass bei Ersteren subjektive Interessen an einer konkretisierten Rechtslage, bei Letzteren objektive Interessen des Kollektivs in die Beständigkeit des Rechts und die Voraussehbarkeit der Rechtsentwicklung betroffen seien.

633 BGE 136 II 415, dazu oben N. 29 und 122.

634 Vgl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 430, der in der Möglichkeit, dass Behörden Verwaltungsakte als unbeachtlich ignorieren dürften, die Gefahr von «Chaos» und einer «Untergrabung der Rechtsstaatsidee» ortet.

635 WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 52.

bestünde.⁶³⁶ Wird das Rechtssicherheitsgebot in erster Linie als Ausdruck des Vertrauensschutzes verstanden,⁶³⁷ schützt es private Erwartungen in den Bestand einer Rechtslage. Worauf sich positivrechtlich der Schutz des Rechts Scheins einer grob fehlerhaften behördlichen Anordnung stützen liesse, in die kein Teilnehmer des Rechtsverkehrs irgendwelches Vertrauen gesetzt hatte, ist nicht ersichtlich. Das Vertrauen der Behörde in die Rechtmässigkeit und -beständigkeit ihres eigenen Handelns genießt keinen verfassungsrechtlichen Schutz. Soweit die blosser Vermeidung behördlichen Aufwands im Zusammenhang mit den Folgen einer Nichtigerklärung als öffentliches Interesse anerkannt werden sollte, vermöchte dieses ein privates, zumeist Grundrechtsbezüge aufweisendes Interesse, dem fraglichen grob fehlerhaften Akt die Anwendung zu versagen, kaum je zu überwiegen.⁶³⁸

II. Vermischung von Fehlerhaftigkeit und Nichtzustandekommen

160 Die Frage nach dem Zustandekommen einer hoheitlichen Anordnung lässt sich nicht sinnvoll unter Rückgriff auf die Evidenztheorie beantworten: Wurde keine Verfügung erlassen, liegt nicht ein schwerer Mangel vor, sondern gar kein Objekt, dessen Mangelhaftigkeit beurteilt werden könnte.⁶³⁹ Die Wirkung der aus der Inexistenz folgenden Undurchsetzbarkeit ist zwar ähnlich wie jene der Nichtigkeit.⁶⁴⁰ Indessen kann erhebliche Verwirrung stiften, eine (noch) gar nicht erlassene Verfügung als «nichtig» zu bezeichnen, weil diese später – inhaltlich identisch – rechtmässig eröffnet werden könnte.

161 Das «Schema von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit» passt nur schlecht auf die Rechtsfolgen von Eröffnungsmängeln, welche sich vielmehr danach richten, ob die Betroffenen einem Irrtum unterliegen, ob sie deswegen einen Nachteil erleiden und inwieweit ihnen dieser nach dem Grundsatz von Treu und

636 Diese hier abgelehnte Auffassung würde immer und ungeachtet der Umstände des Einzelfalls den Ausschluss der Nichtigkeit ermöglichen, was kaum Sinn eines Definitionselements der Evidenztheorie sein kann.

637 Vgl. oben N. 141.

638 Unrichtig erscheint demnach ein Beschluss des Obergerichts Bern, das die Nichtigkeit eines gestützt auf eine später vom Bundesgericht als verfassungswidrig erklärte kantonale Verordnungsbestimmung (vgl. BGer, 3. September 2021, 2C_308/2021) erlassenen Strafbefehls zu beurteilen hatte und dabei übergang, dass polizeiliche und private Interessen an der Durchsetzung epidemiologischer Schutzmassnahmen kein Festhalten an einer verfassungswidrigen Bestrafung gebieten (OGr BE, 4. November 2022, SK 22 99, Ziff. 26).

639 Vgl. oben N. 20, 24.

640 KNAPP, Précis, N. 1220.

Glauben zuzumuten ist.⁶⁴¹ Bei einer «nicht mehr zu korrigierenden Kürzung der Parteirechte» durch einen Eröffnungsmangel verbietet das Bundesgericht, daran verbindliche Rechtsfolgen zu knüpfen, «sofern insoweit ein Rechtsschutzinteresse besteht».⁶⁴² Die Praxis prüft dennoch bisweilen die Nichtigkeit von Entscheidungen, die nicht eröffnet worden sind, anhand der Evidenztheorie, obwohl das Bundesgericht Eröffnungsfehler nicht als denkbare Nichtigkeitsgründe betrachtet.⁶⁴³

Daran zeigt sich eine Schwäche der tradierten Nichtigkeitsdefinition: Die Evidenztheorie verführt die Rechtsanwendenden dazu, zunächst das Vorliegen irgendeines Rechtsfehlers zu prüfen. Ist ein solcher erkannt, so werden die drei Kriterien der Evidenztheorie durchdekliniert, ohne einzelfallbezogen nach der Notwendigkeit und möglichen rechtlichen Begründbarkeit einer ausserordentlichen Korrektur des Fehlers zu fragen, für die gegebenenfalls nur gegenüber gewissen Personen⁶⁴⁴ und hinsichtlich einer spezifischen prozessualen Frage, etwa des Fristenlaufs, ein Bedürfnis besteht. So bestünde etwa keine Veranlassung, wie das Bundesverwaltungsgericht auf Nichtigkeit zu schliessen, wenn eine Verfügung unzulässigerweise nicht dem Rechtsvertreter, sondern bloss der betroffenen Person eröffnet wird,⁶⁴⁵ können doch bereits durch das Eintreten auf ein Rechtsmittel, das nach Ablauf der von der ersten Zustellung an gerechneten Frist erhoben worden ist, alle möglichen nachteiligen Konsequenzen des behördlichen Fehlers für die betroffene Person beseitigt werden.

III. Nicht überzeugende Anknüpfung an die Erkennbarkeit

In seiner französischsprachigen Rechtsprechung verweist das Bundesgericht in den theoretischen Ausführungen zur Nichtigkeit von Verfügungen betreffend deren Ausnahmecharakter darauf, dass die Nichtigkeit ausser in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen nur anzunehmen sei, wenn nach den Umständen die Anfechtbarkeit offensichtlich nicht den notwendigen Schutz gewähre.⁶⁴⁶ Die früheste entsprechende Erwägung in BGE 122 I 97

641 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 640 ff.

642 BGer, 4. Februar 2014, 1C_236/2013, E. 2.2.

643 Siehe oben N. 109 und die dortigen Hinweise.

644 Vgl. SALADIN, S. 553.

645 BVGer, 20. Oktober 2009, E-4934/2009, E. 5.2.

646 Im Wortlaut: «[I]l n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire» (BGE 122 I 97 E. 3a/aa S. 99; fast wortgleich BGE 130 II 249 E. 2.4 S. 257). Siehe ferner BGer, 31. Juli 2018, 6B_120/2018, E. 2.2; 15. Dezember 2017, 6B_667/2017, E. 3.1.

verweist dafür interessanterweise vergleichend auf eine das Mietrecht betreffende Fundstelle.⁶⁴⁷ Nach DROESE zeigt sich in dieser Bezugnahme auf einen «ausreichenden Schutz» die latente Widersprüchlichkeit des bundesgerichtlichen Kriterienkatalogs der Evidenztheorie, weil augenfällige Fehler in der Regel eine Anfechtung veranlassen und dort daher keine Schutzlücke bestehe.⁶⁴⁸ Die Nichtigkeit schützt gerade nicht jene, die innert der Rechtsmittelfrist verpasst haben, sie betreffende behördliche Anordnungen mit der gebotenen Aufmerksamkeit auf mögliche verdeckte Fehler zu untersuchen und diese anfechtungsweise geltend zu machen.⁶⁴⁹ DROESE charakterisiert den Schutzgedanken der Nichtigkeit wohl vor diesem Hintergrund nicht als auf das Individuum, sondern auf die Rechtsordnung als Ganzes bezogen, welche «vor Unterspülung durch stossende Fehlgriffe der rechtsanwendenden Behörde» bewahrt werden müsse, wirft aber gleichzeitig die Frage auf, warum nur offensichtliche Mängel zur Nichtigkeit führen sollen.⁶⁵⁰

164 Diese Frage erscheint berechtigt, nicht nur angesichts der angesprochenen praktischen Schwierigkeiten in der Handhabung der Voraussetzung der Erkennbarkeit des Mangels. Den einer Beurteilung der Erkennbarkeit zugrundeliegenden subjektiven Vorverständnissen dieselbe Bedeutung wie dem materiellen Gewicht des Rechtsfehlers einzuräumen, ist kaum sachgerecht.⁶⁵¹ Wird damit nur vorausgesetzt, dass sich die Rechtsfehlerhaftigkeit überhaupt von der mit der Nichtigkeitsfrage befassten Instanz feststellen lässt, handelt es sich nicht um ein zusätzliches Kriterium. Eine gedachte Drittperspektive juristischer Laien stellt ebenfalls keine eigenständige Voraussetzung gegenüber der Gewichtung der Schwere des erkannten Mangels dar, da dieser Massstab im Einzelfall weitgehend freier Definition zugänglich ist und nicht mehr als einen «Anstrich der Objektivität»⁶⁵² aufweist. Die fehlende praktische Bedeutung des Erkennbarkeitskriteriums tritt in der Rechtsprechung offen zutage, übergehen es doch gewisse Bundesgerichtsurteile bei der Subsumption

647 Ob es sich dabei um einen unbedachten oder wohlüberlegten vergleichenden Hinweis handelt, erscheint unklar. Zur Problematik von Privatrechtsanalogien in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik unten N. 241 ff.

648 DROESE, S. 115.

649 So der Gedanke bei MOOR/POLTIER, S. 367.

650 DROESE, S. 115. Es fragt sich, ob eine Unterspülung des Vertrauens in die Rechtsordnung und des Rechtsfriedens nicht in erster Linie dadurch erfolgen würde, wenn schwerwiegenden, aber für Laien nicht erkennbaren Mängeln nach Ablauf der Rechtsmittelfrist keine Relevanz mehr zugebilligt wird.

651 Vgl. ähnlich zur Ablehnung der Evidenz als Abgrenzungskriterium für Willkür aus der deutschen Doktrin WINTER, S. 622.

652 KRUGMANN, S. 152.

gänzlich⁶⁵³ oder beschränken sich auf die nicht weiter ausgeführte Behauptung, dass der identifizierte und als schwer qualifizierte Rechtsfehler erkennbar sei.⁶⁵⁴ RHINOW und KRÄHENMANN schreiben hinsichtlich nichtigkeitsbegründender Verfahrensfehler, dass diese derart gravierend sein müssten, dass «daneben die fehlende Erkennbarkeit des Mangels nicht ins Gewicht fällt»,⁶⁵⁵ und gehen mithin davon aus, dass allein die Schwere der mit einer hoheitlichen Entscheidung verbundenen Rechtsverletzung unabhängig von ihrer Erkennbarkeit die Annahme der Nichtigkeit gebieten könne.

Neben der Frage seiner Berechtigung stellt sich insbesondere jene nach der Grundlage dieses Prüfschritts. In der im zweiten Teil dieser Arbeit postulierten Verankerung des Nichtigkeitskonzepts im verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip findet das Erkennbarkeitskriterium keine Stütze: Ob eine hoheitliche Anordnung derart fernab zulässigen Staatshandelns liegt, dass ihr die Existenz als Rechtsanwendungsakt abzusprechen ist, entscheidet sich allein am Vorhandensein eines hinreichenden Bezugs zur geltenden Rechtsordnung. Nach der Lehre bezwecken die Erfordernisse der leichten Erkennbarkeit und der Rechtssicherheit den Schutz des Vertrauens des Bürgers in den Bestand von Entscheidungen.⁶⁵⁶ Der Vertrauensschutzgedanke erweist sich indessen als untaugliche Grundlage des Erkennbarkeitserfordernisses, weil sich unter Rückgriff auf den grundrechtlichen Vertrauensschutz nur die Rechtslage gegenüber bestimmten Personen, nicht hingegen erga omnes gestalten lässt.⁶⁵⁷ Ob das berechtigte Vertrauen eines Privaten in einen ihn begünstigenden, aber mit schweren Mängeln behafteten Verwaltungsakt geschützt wird, indem dessen Nichtigkeit verneint oder ihm qua Vertrauensschutz der darin enthaltene Anspruch zugesprochen wird, ist im Ergebnis einerlei. Hinsichtlich belastender Anordnungen ist nicht erkennbar, weshalb die Rechtsposition der Betroffenen bei schwerwiegender Fehlerhaftigkeit durch das Erkennbarkeitskriterium verschlechtert werden soll, insbesondere wenn ausser dem öffentlichen Interesse am grundsätzlichen Bestand einmal getroffener Entscheidungen keine Drittinteressen für das Festhalten an der schwerwiegend fehlerhaft verfügten Belastung sprechen.⁶⁵⁸

Vor diesem Hintergrund ist auf das Erkennbarkeitskriterium zu verzichten. Es erscheint nicht nur konturlos und ohne Mehrwert für Rechtsanwen-

653 So in BGE 132 II 342 E. 2 S. 346 ff. (nur im Obersatz in E. 2.1 erwähnt).

654 So in BGE 136 II 415 E. 3.2 S. 426.

655 RHINOW/KRÄHENMANN, S. 120.

656 SCHEFER, S. 395; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 166.

657 Dazu unten N. 206.

658 Vgl. LEISNER, S. 674, auch zur Interessenlage bei begünstigenden Verwaltungsakten.

dende und Rechtsunterworfenen, sondern entbehrt auch einer nachvollziehbaren rechtlichen Grundlage. Ist ein Mangel nicht feststellbar, erübrigt sich ein Rückgriff auf Erkennbarkeitsüberlegungen, weil dann bereits die Fehlerhaftigkeit der womöglich nichtigen Anordnung verneint werden muss. Wurde ein schwerwiegender Mangel erkannt, darf diesem nicht mit Hinweis auf eine Laienperspektive die Relevanz abgesprochen werden, zumal sich den schutzwürdigen Interessen von Privaten, welche auf die Gültigkeit des Aktes vertraut haben, unter Rückgriff auf den Vertrauensschutz ausreichend und ohne dogmatische Inkonsistenzen Rechnung tragen lässt.

- 167 Dem verständlichen Anliegen rechtsanwendender Instanzen, sich mit bisweilen abenteuerlich anmutenden Begründungen für die Nichtigkeit rechtskräftiger Entscheidungen nicht vertieft auseinandersetzen zu müssen,⁶⁵⁹ kann ohne zusätzlichen Aufwand mittels einer inhaltlichen Bewertung des geltend gemachten Mangels nachgekommen werden, dessen angebliche oder tatsächliche Schwere den betreffenden Akt noch nicht als qualifiziert rechtsfehlerhaft erscheinen lässt. Der Möglichkeit, auf die ohnehin fehlende Erkennbarkeit der geltend gemachten Mangelhaftigkeit hinzuweisen – etwa mit Blick auf die Länge der zur Begründung gemachten Ausführungen –, bedarf es dazu nicht. Zur Klärung, worauf sich die Rechtsanwendung stattdessen stützen soll, ist im folgenden zweiten Teil auf die rechtliche Grundlage und Funktion der Nichtigkeit im Verwaltungsrecht einzugehen.

IV. Abschied von der Evidenztheorie als Gebot der Rechtssicherheit

- 168 Die Abgrenzung zwischen rechtlich wirksamem und gänzlich unwirksamem behördlichem Handeln anhand unklarer Kriterien vorzunehmen, ist aus Rechtssicherheitsüberlegungen nicht hinnehmbar.⁶⁶⁰ Keinesfalls darf als Gegenstand juristischer Zufälligkeit erscheinen, ob eine Verfügung nichtig ist und keinen anerkannten Teil der Rechtsordnung bildet oder ob sie in formelle Rechtskraft erwachsen kann. Die jüngste bundesgerichtliche Anwendung der Evidenztheorie in einem Leitentscheid illustriert, dass die tradierte Nichtigkeitsdefinition dank ihres angeblichen Abstützens auf das Offensichtliche dazu verführt, fehlerhafter Akte ohne Anknüpfung an die bisherige Praxis zum Nicht-

659 KRUGMANN, S. 116, spricht dem Evidenzkriterium in diesem Sinne eine Entlastungsfunktion zu, weil es schnellerer Aufgabenerledigung diene.

660 Die Bedeutung der Rechtssicherheit bei dieser Abgrenzung anerkennt die Evidenztheorie durch ihr drittes Kriterium, das dafür allerdings keinen tauglichen Orientierungspunkt bildet (siehe oben N. 157 ff.).

tigkeitsbegriff ergebnisorientiert als nichtig zu erklären.⁶⁶¹ Eine wertungsmässige Gleichsetzung des Verzichts auf die Ausschreibung einer Konzession mit inhaltlicher Fehlerhaftigkeit, die in der Verletzung des Kerngehalts eines Grundrechts besteht, entspricht nicht einer voraussehbaren Rechtsprechung. Dass das Bundesgericht in mehreren Urteilen die vorinstanzliche Annahme der Nichtigkeit als unrichtig betrachtete,⁶⁶² deutet auf praktische Schwierigkeiten in der einheitlichen Handhabung der Evidenztheorie durch gerichtliche Instanzen und damit eine fehlende Praxistauglichkeit der tradierten Nichtigkeitsdefinition hin. Schliesslich ist die Evidenztheorie scheinengenau, indem sie zwar drei Prüfschritte statuiert, im Ergebnis aber nur eine Gesamtabwägung der für und gegen die Nichtigkeit sprechenden Interessen fordert.

Wenn die Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit anhand eines kaum voraussehbaren Wertungsentscheids,⁶⁶³ den verschiedene Instanzen uneinheitlich treffen, und einzelfallbezogen «ungeachtet der von der Praxis und Doktrin herausgearbeiteten Fallgruppen»⁶⁶⁴ erfolgt, erscheinen die Rechtssicherheit in gravierendem Masse beeinträchtigt und das Vertrauen des Publikums in die Beständigkeit staatlicher Anordnungen gefährdet. Diese Erkenntnis bildet Ausgangspunkt der im zweiten Teil dieser Arbeit postulierten Verankerung des Nichtigkeitskonzepts im Verfassungsrecht.

661 BGE 148 II 564, dazu oben N. 123.

662 Siehe oben N. 125.

663 Zur Problematik der Interessenabwägung als Methode siehe DRUEY, S. 139 ff.

664 BVGer, 12. Februar 2015, A-6175/2013, E. 2.5.4 (wobei damit wohl primär die Bedeutung des Einzelfalls bei der Abwägung der Interessen an Rechtssicherheit und korrekter Rechtsanwendung betont wurde).

2. Teil:

Die Nichtigkeitsdefinition im Lichte ihrer Funktion und ihrer dogmatischen Grundlagen

Der erste Teil dieser Arbeit untersuchte und kritisierte den Stand von Lehre und Praxis zur Nichtigkeit als Begriff des öffentlichen Rechts. Dabei wurde festgestellt, dass die Evidenztheorie aus dogmatischen und praktischen Gründen nicht zu überzeugen vermag. Der nun folgende zweite Teil der Untersuchung widmet sich zunächst den prozessualen Funktionen der Nichtigkeit im öffentlichen Recht (§ 6) und sodann ihren rechtlichen Grundlagen (§ 7). Schliesslich wird vor dem Hintergrund der dabei gewonnenen Erkenntnisse sowie der im vorstehenden § 5 formulierten Kritik an der Evidenztheorie der verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff als neue Nichtigkeitsdefinition vorgeschlagen (§ 8). 170

§6 Funktion einer Differenzierung von Fehlerfolgen

Wird eine grob fehlerhafte Verfügung rechtzeitig angefochten, ist die Rechtslage nach deren Aufhebung in einem Rechtsmittelverfahren mit aufschiebender Wirkung typischerweise identisch wie jene nach deren Nichtigkeitsklärung: In beiden Fällen hat die Verfügung seit ihrem Ergehen keine Rechtsfolgen herbeizuführen vermocht. Mangels Relevanz für die Rechtslage nach Verfahrensende lässt das Bundesgericht die Frage der Nichtigkeit deshalb bisweilen aus- 171

drücklich offen.⁶⁶⁵ Es schloss allerdings in mehreren Fällen auf Nichtigkeit, in denen die blosser Aufhebung des angefochtenen Akts aufgrund seiner Rechtsfehlerhaftigkeit prozessual möglich gewesen wäre, weil dieser innert Frist angefochtener Streitgegenstand bildete. So hätte das Bundesgericht in BGE 117 Ia 202 betreffend Staatsschutzakten bezüglich der Frage, ob das in Missachtung der Bundeskompetenzen ergangene kantonale Urteil «nichtig zu erklären oder als anfechtbarer Entscheid aufzuheben sei»,⁶⁶⁶ statt auf Nichtigkeit auch auf blosser Anfechtbarkeit schliessen können.⁶⁶⁷ Bei beiden Ergebnissen hätte das bundesrechtswidrige Urteil der Vorinstanz keinerlei Rechtsfolgen entfalten können. Auch bei der Nichtigserklärung eines Zürcher Rekursentscheids betreffend das Handelsregister in BGE 137 III 217 hätte das Bundesgericht diesen und den ihn schützenden Beschwerdeentscheid der kantonalen Letztinstanz nach fristgerechter Beschwerdeerhebung durch die zuständige Bundesbehörde⁶⁶⁸ aufheben können, ohne dafür prozessuale Hürden argumentativ umgehen zu müssen. In beiden Fällen liegt der Schluss nahe, dass der Nichtigserklärung eine über die Beseitigung des Streitgegenstands hinausgehende Bedeutung zukommen oder damit eine zusätzliche Aussage verbunden sein sollte. Die entsprechenden prozessualen Funktionen einer Nichtigserklärung sind im Folgenden zu erläutern.

665 Z.B. BGE 91 I 374 E. 5 S. 381, wo ausdrücklich auf die fehlende praktische Bedeutung der Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit verwiesen wird, weil die streitgegenständliche Verfügung rechtzeitig angefochten worden war und aufgehoben wurde. Siehe aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. BGE 147 IV 329 E. 2.11 S. 336. Das Bundesverwaltungsgericht betrachtet die Frage nach der Nichtigkeit einer von einer unzuständigen Behörde erlassenen Verfügung als «subsidiär» und offenzulassen, wenn die Verfügung fristgerecht angefochten wurde und wegen dieses Mangels ohnehin aufzuheben ist (BVGer, 21. Juni 2017, A-6750/2016, E. 3.8.2).

666 BGE 117 Ia 202 E. 8a S. 220.

667 Das Bundesgericht hätte sich auch im Falle einer blossen Aufhebung zum Einsichtsbegehren in der Sache äussern müssen; es hätte sich bloss die Frage gestellt, ob dies im Klageverfahren oder in jenem der gegen den gegenteiligen Entscheid des Regierungsrats (der mit dem nichtig erklärten Verwaltungsgerichtsurteil aufgehoben worden war) gerichteten Beschwerde einer Privatperson hätte erfolgen müssen (vgl. BGE 117 Ia 202 E. 8b S. 221). Die nach damaligem Verfahrensrecht einschlägige staatsrechtliche Klage war nicht fristgebunden, weshalb unerheblich war, ob der Bund innerhalb von 30 Tagen gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid vorgegangen war (BGE 117 Ia 202 E. 1b S. 206).

668 Siehe den in BGE 137 III 217 (= BGer, 11. April 2011, 4A_578/2010) nicht publizierten Sachverhalt.

I. Unwerturteil

Bei isolierter Betrachtung des betreffenden Verfahrens kann in der Feststellung der Nichtigkeit anstelle der einfachen Aufhebung einer Anordnung nach Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit ein gesteigertes Unwerturteil erblickt werden.⁶⁶⁹ Die Qualifikation eines Rechtsfehlers als grob und dessen Bezeichnung als offensichtlich bzw. leicht erkennbar unter Hinweis auf den Erkenntnishorizont einer Durchschnittsperson⁶⁷⁰ birgt den Vorwurf an die handelnden Behörden, dass sie sich bei gebotener Sorgfalt der Fehlerhaftigkeit ihrer Anordnung sowie des Erkennens dieser Fehlerhaftigkeit durch alle Adressaten hätten bewusst sein müssen und sie sich überdies klar ausserhalb des Rahmens jenes Fehlerbereichs bewegten, der im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf genommen wird.⁶⁷¹ Das Knüpfen einer gesteigerten Fehlerfolge an gewisse Rechtsverletzungen, etwa die Verletzung des Kerngehalts eines Grundrechts⁶⁷² oder des Devolutiveffekts,⁶⁷³ betont zudem die Bedeutung der entsprechenden Vorschriften.

II. Herbeiführung nicht anders erzielbarer Verfahrensergebnisse

Für die Rechtslage für die Verfahrensbeteiligten nach Verfahrensabschluss bleibt der Entscheid zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit vielfach ohne praktische Bedeutung, weil eine angefochtene Verfügung sowohl im Falle ihrer Nichtigklärung als auch ihrer Aufhebung in einem Rechtsmittelverfahren mit aufschiebender Wirkung zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen entfalten kann.⁶⁷⁴ Nur wenn mangels aufschiebender Wirkung bei nicht erkannter Nichtigkeit der entsprechenden Verfügung während des Rechtsmittelverfahrens Wirkungen zugesprochen werden, kommt der Wahl der Fehlerfolge in dieser Hinsicht entscheidende Bedeutung zu. In solchen Fällen ermöglicht die blossе Anfechtbarkeit gegebenenfalls nicht den notwendigen Rechtsschutz, was

669 Vgl. ebenso AMSTUTZ, Wettbewerbsbeschränkungsrecht, der in den Erwägungen zur Nichtigkeit einer Verfügung der Wettbewerbskommission in BGE 127 II 32 eine «(an Schärfe kaum zu überbietende) Missbilligung» des Vorgehens dieser Behörde erblickt (S. 249) und von einem «kaum verschleierte[n] Missmut der II. öffentlichrechtlichen Abteilung» spricht (S. 260).

670 Zu diesem Definitionselement der Praxis oben N. 131 ff., für dessen Kritik siehe oben N. 153 ff. und 163 ff.

671 Zum diesbezüglichen Begriff des Fehlerkalküls unten N. 188.

672 Dazu oben N. 118 und 126.

673 Dazu oben N. 92 ff.

674 Vgl. unten N. 295.

nach einer in französischsprachigen Bundesgerichtsurteilen zu findenden Erwägung die Annahme der Nichtigkeit gebieten kann.⁶⁷⁵

174 Soll ein zuvor im Instanzenzug ergangener Entscheid bestätigt werden, bedarf es dazu keiner Nichtigklärung des diesen aufhebenden oder ändernden fehlerhaften Rechtsmittelentscheids. Wird ein Rechtsmittelentscheid aufgrund eines Fehlers als nichtig erklärt, der dem in diesem Rechtsmittelentscheid beurteilten Entscheid nicht gleichermaßen anhaftet, folgt allerdings ohne anderslautende Erwägungen im Urteil, dass die Nichtigkeit feststellt, dass der vorinstanzliche Entscheid in formelle Rechtskraft erwachsen kann.⁶⁷⁶

175 Keiner Nichtigklärung hätte es zur Herbeiführung des avisierten Verfahrensergebnisses in jenem bundesgerichtlichen Verfahren bedurft, in dem eine Gemeinde den kantonalen Entscheid über eine raumplanungsrechtliche Ausnahmegewilligung beim Verwaltungsgericht angefochten hatte, anstatt diesen zusammen mit einem eigenen Bauentscheid zu eröffnen.⁶⁷⁷ Das Bundesgericht stellte in der Folge die Nichtigkeit des Verwaltungsurteils fest, das die kantonale Bewilligung schützte, weil es davon ausging, dass «die Gefahr der inhaltlichen Vorbestimmtheit oder des möglichen Widerspruches zweier eigener Urteile über den gleichen Gegenstand», falls die Ausnahmegewilligung erneut vor das kantonale Verwaltungsgericht getragen würde, nur durch eine Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsurteils gebannt werden konnte.⁶⁷⁸ Allerdings hätte sich dieses Ergebnis auch durch die einfache Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Anweisung an die Gemeinde, die Ausnahmegewilligung zu eröffnen, herbeiführen lassen. Davor schreckte das Bundesgericht aber wohl zurück, weil es zur Natur des angefochtenen Urteils als Zwischen- oder Endentscheid keine Stellung nehmen wollte.⁶⁷⁹ Der Entscheid ist mithin illustrativ für die Möglichkeit, mittels Feststellung der Nichtigkeit *prozessuale Fragen offenzulassen*, welche bei einem Schluss auf blosser Anfechtbarkeit des vorinstanzlichen Entscheids zwingend der Beantwortung bedurft hätten.

176 Die Nichtigkeitsfolge schützt vor der Notwendigkeit, eine fehlerhafte Entscheidung zur Abwendung von Rechtsnachteilen innert Frist anzufechten.⁶⁸⁰

675 BGer, 26. April 2016, 5A_11/2016, E. 4.1.2; 24 Juli 2008, 9C_333/2007 E. 2.1. Siehe zu dieser Überlegung GRISEL, *Traité*, S. 420 ff.

676 Vgl. BGE 117 Ia 202 E. 8b S. 221.

677 BGer, 4. Februar 2014, 1C_236/2013.

678 BGer, 4. Februar 2014, 1C_236/2013, E. 3.5.

679 BGer, 4. Februar 2014, 1C_236/2013, E. 1.2 und 2.3.

680 Vgl. STACHER, *Scheinschiedsprüche*, S. 329, der allerdings die Eigenverantwortung der Rechtssubjekte betont, sich im ausgebauten Rechtsmittelsystem zur Wehr zu setzen. Illustrativ dafür ist das vorstehend bei N. 121 besprochene Urteil (BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016).

Das Bundesgericht erlaubt gegenüber nichtigen Akten nicht nur die Entgegennahme von ausser Frist erhobenen Rechtsmitteln, sondern auch den *Verzicht auf weitere Prozessvoraussetzungen*.⁶⁸¹ Im Urteil betreffend die Vereinbarung der Zürcher Oberstaatsanwaltschaft mit einem Verein über von diesem organisierte Suizidhilfe liess das Bundesgericht nicht nur die Rechtsnatur der Vereinbarung offen,⁶⁸² sondern überging auch mit Blick auf ein «Rechtsschutzbedürfnis», dass eine solche Vereinbarung jedenfalls kein taugliches Anfechtungsobjekt einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bildete.⁶⁸³ Statt einen Nichteintretensentscheid zu fällen, nahm es eine materielle Nichtigkeitprüfung vor und öffnete damit einen eigentlich nicht bestehenden Rechtsweg.⁶⁸⁴ Ein solches Rechtsschutzbedürfnis leuchtet nicht ohne Weiteres ein, zumal der Vereinbarung ohne Weiteres im Anwendungsfall jegliche Rechtsverbindlichkeit oder zumindest Aussenwirkung hätte versagt werden können. Es drängt sich der Verdacht auf, dass sich das Bundesgericht angesichts der Rechtsauffassung der Zürcher Behörden zur Zulässigkeit ihres Handelns veranlasst sah, so früh als möglich die Rechtswidrigkeit der Vereinbarung festzustellen, noch bevor sie je zur Anwendung gebracht worden war oder als Vorbild für weitere Kantone hätte dienen können. Dafür steht ein Rückgriff auf die Nichtigkeit zwar nicht zur Verfügung, da diese nicht aus einem irgendwie gearteten Rechtsschutzbedürfnis, sondern aus der Rechtsgrundlagenlosigkeit einer Anordnung folgt.⁶⁸⁵ Dies ändert aber nichts am Schluss, dass das Bundesgericht die Nichtigkeit im betreffenden Fall zur Herbeiführung eines Verfahrensergebnisses einsetzte, dem prozessuale Hürden entgegenstanden.

In BGE 127 II 32 war das Bundesgericht mit einer Beschwerde gegen einen Rekursentscheid zu einer Verfügung der Wettbewerbskommission betreffend die Schweizerische Meteorologische Anstalt befasst. Es entschied, dass die Schweizerische Meteorologische Anstalt gar nicht zur Rekurshebung befugt gewesen sei und die Vorinstanz auf deren Rechtsmittel demnach nicht hätte

681 MOOR, nullité, S. 49. Zur Kritik dieser – nur von den öffentlich-rechtlichen Abteilungen praktizierten – Rechtsprechung siehe unten N. 285 ff.

682 Dazu oben N. 29. Die Vereinbarung weise zwar gewisse Züge einer (unter bestimmten Voraussetzungen abstrakt anfechtbaren) Verwaltungsverordnung auf, sei aber nicht genereller Natur (BGE 136 II 415 E. 1.1 S. 416 f.).

683 BGE 136 II 415 E. 1.2 S. 417. Bedauernd, dass das Bundesgericht nicht die Zweistufen-theorie zur Anwendungsbrachte MOOR, nullité, S. 53. Zur Möglichkeit des Verzichts auf ein Anfechtungsobjekt aufgrund eines Rechtsschutzbedürfnisses BSK-WALDMANN, Art. 82 BGG, N. 13 ff.

684 Siehe UHLMANN, Verfassungsgerichte, S. 222, der Zweifel anbringt, ob das Institut der Nichtigkeit «beliebige bundesgerichtliche Zuständigkeiten» schaffen könne.

685 Zum verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff, der diesem Verständnis zugrunde liegt, unten N. 248 ff.

eintreten dürfen.⁶⁸⁶ In der Folge erwog das Bundesgericht, dass «sich aufgrund der besonderen Sach- und Rechtslage» weitere Bemerkungen rechtfertigten, wonach die erstinstanzliche Verfügung nichtig sei.⁶⁸⁷ Dabei führte das Bundesgericht aus, dass ihm «mangels Streitobjekts in der Sache» nicht zustehe, «formell die Nichtigkeit der Verfügung der Wettbewerbskommission festzustellen», was es aber nicht an «erläuternden Erwägungen in der Begründung» hindere, welche sich umso mehr rechtfertigten, «als es der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt verwehrt bleibt, die Verfügung der Wettbewerbskommission anzufechten, und eine Korrektur durch eine andere Behörde zurzeit als wenig wahrscheinlich erscheint».⁶⁸⁸ Das Erkennen auf Nichtigkeit der Verfügung der Wettbewerbskommission erlaubte dem Bundesgericht, sich ungeachtet der Aufhebung des angefochtenen Entscheids zufolge fehlender Legitimation zur Sache zu äussern und überdies der künftigen Praxis der Wettbewerbskommission Schranken zu setzen.

178 Diesem Entscheid liegt ein Verständnis des Streitgegenstands zugrunde, wonach jeweils nur das vorinstanzliche Entscheiddispositiv Gegenstand der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz bildet⁶⁸⁹ und im Falle einer Feststellung, dass die Prozessvoraussetzungen vor der Vorinstanz nicht erfüllt gewesen seien, *ausschliesslich* der vorinstanzliche Entscheid beseitigt werde – mit der Folge, dass die dort streitgegenständliche Verfügung in Rechtskraft erwachsen kann. Dieses Verständnis erscheint indessen mit Blick auf den Devolutiv-effekt⁶⁹⁰ keineswegs zwingend: Weil im öffentlichen Verfahrensrecht eine Streitsache mit Einlegung eines Rechtsmittels grundsätzlich gesamthaft an die höhere Instanz übergeht und deren Entscheid den angefochtenen ersetzt, muss im mehrstufigen Verfahren jeweils nur der letzte Entscheid formell aufgehoben werden.⁶⁹¹ Nur wenn in Fällen, in denen ein Rechtsmittelentscheid zufolge fehlender Prozessvoraussetzungen aufgehoben wird, das Wiederaufleben des dort beurteilten Entscheids als zwingende prozessuale Folge und dessen Beurteilung als ausgeschlossen betrachtet wird,⁶⁹² bedarf es der Nichtig-

686 BGE 127 II 32 E. 2 S. 36 ff.

687 BGE 127 II 32 E. 3 S. 41 ff.

688 BGE 127 II 32 E. 3h S. 48.

689 Zum Streitgegenstand nach BGG siehe BSK-DORMANN, Art. 106 BGG, N. 3 ff.

690 Dazu KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1250, 1644.

691 So zum VwVG KIENER, Art. 54 VwVG, N. 15; vgl. zum Zürcher Recht GRIFFEL, Kommentar VRG, § 28 VRG, N. 35. Zur Unterscheidung zwischen Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand KOCHER, N. 389.

692 Diese Frage wird wohl anhand des anwendbaren Verfahrensrechts und der dazu ergangenen Praxis gegebenenfalls unterschiedlich zu beantworten sein.

keit zur Beseitigung eines solchermaßen von höherinstanzlicher Beurteilung immunisierten Entscheids. Ansonsten könnte die übergeordnete Instanz sich gleichzeitig mit der Aufhebung des angefochtenen Rechtsmittelentscheids wegen dort nicht erfüllter Prozessvoraussetzungen zum rechtlichen Schicksal des vorinstanzlich Strittigen äussern. Die höhere Rechtsmittelinstanz müsste dann nicht auf die Nichtigkeit zurückgreifen, um eine erstinstanzliche, inhaltlich fehlerhafte Verfügung beseitigen zu können, über welche ihre Vorinstanz mangels gegebener Prozessvoraussetzungen keinen Rechtsmittelentscheid in der Sache hätte fällen dürfen.

Die Nichtigkeitskognition kann nach dem Ausgeführten dazu verwendet werden, prozessual nicht anders erzielbare Ergebnisse herbeizuführen – sei es, weil einer einfachen Aufhebung des angefochtenen Aktes prozessrechtliche Schranken entgegenstünden und es eines prozessualen «Notventils»⁶⁹³ bedarf, oder sei es, weil die Rechtsmittelinstanz Prozessvoraussetzungen offenlassen will, die vor einer Aufhebung des angefochtenen Aktes hätten bejaht werden müssen. Dass die Nichtigkeit jederzeit von allen Behörden von Amtes wegen zu beachten ist,⁶⁹⁴ ermöglicht nicht, zu beliebigen Zeitpunkten an beliebige Behörden zu gelangen; die einschlägigen Rechtswege werden im dritten Teil dieser Arbeit besprochen. 179

III. Aufhebung nicht streitgegenständlicher Entscheide

Eine Erweiterung der Perspektive über die Grenzen des einzelnen Verfahrens und über eine isolierte Betrachtung der jeweiligen Behandlung des Streitgegenstands hinaus zeigt eine weitere Funktion der Nichtigkeit: Stellt das Bundesgericht fest, dass ein gewisser Rechtsfehler die Nichtigkeit des davon betroffenen Entscheids verursacht, äussert es sich damit implizit auch zu allen weiteren, vom selben Mangel betroffenen Verfügungen und hebt im Ergebnis en passant nicht streitgegenständliche Verfügungen auf, welche zu den Parteien nicht notwendigerweise einen Bezug aufweisen. Mit Blick auf das rechtliche Gehör erscheint dies zwar unproblematisch, weil der Vertrauensschutz berechtigtes und schutzwürdiges privates Vertrauen Dritter in einen dermassen implizit als nichtig erklärten, nicht streitgegenständlichen Akt schützt.⁶⁹⁵ Im Einzelfall kann sich dessen ungeachtet aufdrängen, von einer ins Auge gefassten 180

693 Siehe unten N. 182. Das Bundesgericht verwendet den Begriff des Notventils im Zusammenhang mit der Nichtigkeit von Verträgen, siehe BGE 147 IV 73 E. 7.1 S. 87.

694 Anstelle vieler BGE 136 II 415 E. 1.2 S. 417.

695 Zum Vertrauensschutz siehe unten N. 205 ff.

Nichtigerklärung einer Kategorie von Akten (intensiv) Betroffene als Mitbeteiligte ins Verfahren aufzunehmen oder diesen zumindest den entsprechenden Entscheid zu eröffnen.⁶⁹⁶

- 181 Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, in der ausdrücklich und im Dispositiv die Nichtigkeit einer ausserhalb des Streitgegenstands liegenden Verfügung festgestellt wird. Darin zeigt sich gleichermassen die Funktion der Nichtigkeit, einer Rechtsmittelinstanz die gänzliche Beseitigung nicht streitgegenständlicher Entscheide zu ermöglichen.⁶⁹⁷ Indessen erwog das Bundesgericht jüngst, es sei nicht befugt, von Amtes wegen die Nichtigkeit eines Aktes festzustellen, der nicht Verfahrensgegenstand bilde, wenn die entsprechende Feststellung für den Verfahrensausgang nicht entscheidend sei.⁶⁹⁸ Die vorfrageweise Feststellung der Nichtigkeit eines Rechtsaktes, auf welchen sich der Streitgegenstand direkt stützt, erscheint hingegen prozessrechtlich unproblematisch und geboten, wenn der Verfahrensausgang davon abhängt.⁶⁹⁹

IV. Nichtigkeitskognition als Notventil

- 182 Das Konzept der Nichtigkeit schafft eine Kategorie von Fehlern, die die Rechtswirksamkeit hemmen, von Amtes wegen zu beachten sind und jeder rechtsanwendenden Behörde verbieten, entsprechend fehlerhaften Akten Verbindlichkeit zuzuerkennen und insbesondere solche Akte zu vollziehen.⁷⁰⁰ Die daraus folgende *Nichtigkeitskognition* kann eine Funktion als Notventil bei Anordnungen erfüllen, gegen die kein rechtzeitiger Rechtsschutz gesucht oder gewährt worden ist, bei denen aber wertende Überlegungen Rechtsschutz ungeachtet des Zeitablaufs gebieten. Ob in der Praxis vollziehende Behörden regelmässig eine solche Prüfung vornehmen, erscheint unklar; die im ersten Teil dieser Untersuchung besprochene Rechtsprechung betrifft in erster Linie Fälle, in denen dies unterlassen worden war.⁷⁰¹

696 Eine Beiladung bedarf indessen stets einer gesetzlichen Grundlage, siehe BRUNNER, N. 374 ff.

697 Vgl. MOOR, nullité, S. 45.

698 BGE 148 II 564 E. 9.3 S. 575: «Le Tribunal fédéral n'est par ailleurs de toute façon pas habilité à se prononcer d'office sur la nullité d'un acte lorsque celui-ci ne constitue pas l'objet de la contestation et que ledit constat ne sert pas en soi à trancher l'issue d'un recours.» Zur Geltung der Prozessvoraussetzungen bei der Feststellung der Nichtigkeit siehe den 3. Teil.

699 Zur vorfrageweisen Ausübung der Nichtigkeitskognition siehe unten N. 268 ff.

700 Vgl. unten N. 268 f.

701 Es würde überraschen, wenn die (publizierte) Rechtsprechung gerichtlicher Rechtsmittelinstanzen sich mit Fällen zu beschäftigen hätte, in denen eine Verwaltungsbehörde zugunsten eines Privaten die Nichtigkeit eines von ihr zu vollziehenden Entscheids annahm.

SALADIN forderte die Abschaffung der Kategorie der nichtigen Verfügungen, weil das damit angesprochene Problem der Fehlerkorrektur ausserhalb eines ordentlichen Rechtsmittelverfahrens letztlich identisch mit jenem des Widerrufs sei und das Bedürfnis nach ausserordentlicher Fehlerkorrektur im Rahmen von Revision, Wiedererwägung, einer vorfrageweisen Prüfung von einem neuen Entscheid zugrundeliegenden Akten anderer Behörden sowie des Rechtsschutzes gegen Vollstreckungsakte ausreichend befriedigt werden könne.⁷⁰² Dies bedingte allerdings entsprechende Überprüfungsbefugnisse aller Behörden, wie sie unter dem Titel der Nichtigkeitsgründe anerkannt sind.⁷⁰³ Ein Vorteil, den Rechtsschutz gegen Anordnungen, die nicht ausreichend im geltenden Recht verankert sind, unter einem anderen Titel als der Nichtigkeit zu gewähren, ist nicht ersichtlich. Verfahrensrechtliche Überlegungen zur Möglichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit vermögen überdies nichts daran zu ändern, dass rechtsanwendende Behörden keine nichtigen Akte, sondern nur wirksam erzeugtes Recht als verbindliche Entscheidungsgrundlage betrachten dürfen.⁷⁰⁴

V. Zwischenfazit

Im Rahmen ihrer Nichtigkeitskognition sind die rechtsanwendenden Behörden grundsätzlich verpflichtet, von Amtes wegen die Nichtigkeit von Anordnungen zu berücksichtigen, die sie vollziehen oder deren formeller Rechtskraft für ihren eigenen Entscheid Bedeutung zukommt. Mit der Nichtigkeitsklärung eines staatlichen Hoheitsakts ist verglichen mit dessen blosser Aufhebung ein gesteigertes Unwerturteil und ein Vorwurf der Unsorgfalt gegenüber der handelnden Behörde verbunden. Ferner verwenden rechtsanwendende Behörden die Nichtigkeit dazu, zwecks Beseitigung qualifiziert fehlerhafter Akte auf Prozessvoraussetzungen zu verzichten oder sich zur Verbindlichkeit nicht streitgegenständlicher Anordnungen zu äussern.

Die Gefahr eines Missbrauchs dieser Kompetenz ist nicht von der Hand zu weisen. Der Begriff des Notventils erscheint vor diesem Hintergrund insoweit passend, als keinesfalls ohne Not ausserhalb der bei bloss einfach rechtsfehlerhaften Akten bestehenden prozessualen Schranken auf die Nichtigkeit einer Anordnung erkannt werden sollte. In mehreren der besprochenen Bundesgerichtsurteile hätte die Begründung des Verfahrensergebnisses keines Rück-

702 SALADIN, S. 552 ff.

703 MOOR/POLTIER, S. 368, erblicken in SALADINS Vorschlag deshalb eine blosser Verlagerung der gesamten Problematik; siehe dazu auch UHLMANN, Nichtigkeit, S. 207.

704 Vgl. unten N. 268.

griffs auf die Nichtigkeit bedurft. Dies erscheint unbefriedigend, denn je häufiger auf Nichtigkeit geschlossen wird, desto geringer scheinen die Hemmungen, auf diesen, gesetzgeberisch festgelegte Prozessvoraussetzungen aushebelnden Notbehelf – «das letzte Bollwerk jedes Einzelnen gegen krasse Staatsunrecht»⁷⁰⁵ – zurückzugreifen. Ein stärker auf den Devolutiveffekt abstützendes Verständnis des Streitgegenstandes würde die Aufhebung von unterinstanzlichen Entscheiden ermöglichen, über die ein Rechtsmittelentscheid ergangen ist, obwohl die Prozessvoraussetzungen dafür nicht gegeben waren.⁷⁰⁶

186 Das Hinwegsetzen über prozessuale Vorgaben wie Fristen oder Legitimationsvoraussetzungen darf nicht ohne eine den Verfahrensregeln gleich- oder höherrangige Rechtsgrundlage erfolgen, andernfalls die entsprechenden Vorschriften letztlich kaum mehr als blosse Empfehlungen darstellten.⁷⁰⁷ Der Wunsch nach einem bestimmten, nicht anders herbeiführbaren Verfahrensergebnis – mag er auch auf nobler Gesinnung und hehren Motiven beruhen – stellt keine ausreichende und vor allem keine juristische Begründung für die Nichtigkeit als Folge qualifizierter Rechtsfehlerhaftigkeit dar. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden die Frage nach der rechtlichen Grundlage des Nichtigkeitskonzepts zu klären.

§7 Rechtliche Grundlage der Nichtigkeit

I. Dogmatische Relevanz

187 Im ersten Teil dieser Untersuchung wurde aufgezeigt, dass der Nichtigkeitsbegriff und die zu seiner Definition herangezogene Evidenztheorie seit Jahrzehnten unverändert verwendet werden. Während dieser Zeit erfolgte weder in der Rechtsprechung noch in der gebräuchlichen Lehrbuchliteratur je eine vertiefte dogmatische Auseinandersetzung mit der Evidenztheorie oder eine Suche nach der positivrechtlichen Grundlage der Möglichkeit, dass Staatsakte nichtig sein können. Eingang in die schweizerische Rechtsprechung fand der Begriff der Nichtigkeit ursprünglich durch die Rezeption von IMBODENS Habilitationsschrift in der Mitte des 20. Jahrhunderts. IMBODEN bezeichnete die Nichtigkeit als «von der immanenten Logik der Rechtsordnung gefordertes

705 HANS HUBER, in: ZBJV 97/1961 S. 314.

706 Ausführlich oben N. 178.

707 Im Folgenden wird denn auch abgelehnt, dass bei der Überprüfung der Nichtigkeit des Streitgegenstands auf Prozessvoraussetzungen verzichtet werden dürfte, siehe unten N. 285 ff.

Konzept», weil mit der Existenz von verbindlichem Recht notwendigerweise auch Unverbindlichkeit existieren müsse.⁷⁰⁸ Er wollte die Nichtigkeitsgründe bei Fehlen einer gesetzlichen Anordnung auf «die der Rechtsordnung zugrunde liegenden allgemeinen Wertgedanken» zurückführen.⁷⁰⁹

Die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ermöglicht, staatliche Akte als geltend zu betrachten, «die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen».⁷¹⁰ Obwohl nicht rechtlich korrekt zustande gekommen, ist ein fehlerhafter Staatsakt unter Umständen dennoch wirksam. MERKL verwendete dafür vor hundert Jahren den Begriff des Fehlerkalküls.⁷¹¹ Angesichts der Komplexität der Rechtsordnung und weil «das Recht ein Werkzeug von Menschen für Menschen ist», müsse mit fehlerhafter Rechtsanwendung durch die für den Staat handelnden Personen gerechnet werden.⁷¹² Es bestehe ein dringendes rechtspolitisches Bedürfnis, einen gewissen, durch das Fehlerkalkül gedeckten Fehlerbereich zu tolerieren, in dem rechtsfehlerhaftes Staatshandeln ungeachtet seiner Fehlerhaftigkeit rechtliche Verbindlichkeit schaffe, statt allen fehlerhaften hoheitlichen Akten jegliche Rechtswirkungen abzusprechen.⁷¹³ Obwohl jeder Rechtsanwendungsakt ein schöpferisches oder zumindest konkretisierendes Element der Rechtsgewinnung enthält,⁷¹⁴ bedarf er eines ausreichenden Anknüpfungspunkts im geltenden Recht, um als Anwendungsakt gelten zu können. Die Rechtmässigkeit eines Aktes und seine Qualität als rechtserzeugender Akt, welche vom Fehlerkalkül gedeckte Fehler nicht infrage stellen, sind aber klar zu unterscheiden.⁷¹⁵

Wenn angenommen wird, dass nur die Rechtsordnung selbst bestimmen kann, wann und wie rechtlich verbindliche Anordnungen entstehen, erfordert ein Fehlerkalkül nach MERKL eine positivrechtliche Grundlage.⁷¹⁶ Diese ist im

708 IMBODEN, Staatsakt, 5f.

709 IMBODEN, Staatsakt, S. 68.

710 MERKL, S. 293.

711 MERKL, S. 293.

712 MERKL, S. 295. Nach GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 423, liegt eine Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit «gewissermassen in der Natur der Dinge».

713 MERKL, S. 295 ff., 276.

714 Grundlegend RHINOW, Methodik, S. 195 ff., 232 ff.; vgl. bereits IMBODEN, Bundesrecht, S. 23. Das rechtsfortbildende Element jeder Normanwendung auf den Einzelfall gilt als unumstritten anerkannt (GÄCHTER, S. 219 m.w.H.).

715 Dazu ausführlich KRADOLFER, N. 360.

716 MERKL, S. 293. Vgl. schon KELSEN, Staatsunrecht, S. 87 f., der als rechtslogisches Gebot erachtete, dass die Rechtsordnung selber definiere, welche Voraussetzungen für einen Staatsakt unbedingt notwendig seien, andernfalls er nichtig sei, und welche im Falle ihrer Nichterfüllung nur zur Anfechtbarkeit führten.

geltenden Schweizer Recht in allen Verfahrensvorschriften zu erblicken, welche die Anfechtbarkeit von Verfügungen beschränken und damit den Vollzug von einfach rechtsfehlerhaften Anordnungen ermöglichen.⁷¹⁷ Eine Herleitung des Nichtigkeitskonzept aus dem Prozessrecht ist hingegen ausgeschlossen, soweit die entsprechenden Vorschriften zur Beschränkung von Anfechtungsmöglichkeiten nicht dahingehend ausgelegt werden können, dass sie hinsichtlich nichtiger Akte keine Geltung beanspruchen.⁷¹⁸

190 GIACOMETTI vertrat die Auffassung, dass nur das öffentliche Recht, das Verwaltungsakten überhaupt erst normative Geltung verleihe, die Folge von Rechtsverstössen für die Verbindlichkeit von Verwaltungsakten regeln könne.⁷¹⁹ In der Ermöglichung einer Rechtskontrolle und der Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten im Rechtsmittelverfahren erblickte er allerdings einen prinzipiellen gesetzlichen Ausschluss der Nichtigkeit.⁷²⁰ Er fasste die Problematik schwerwiegend fehlerhafter Staatsakte als reines «Scheinproblem»,⁷²¹ für das der Rechtsstaat mit der Möglichkeit eines Widerrufs bzw. der Vernichtbarkeit ex tunc eine ausreichende und befriedigende Lösung biete.⁷²² Diese Ansicht übergeht indessen, dass die Rechtsordnung für das Zustandekommen wirksamer Anordnungen Erzeugungsbedingungen statuiert, die sich nicht allein auf eine Notwendigkeit staatlicher Urheberschaft beschränken. Staatliche Anordnungen bedürfen einer Grundlage im Recht und finden darin gleichzeitig ihre Schranke.⁷²³ Eine dem Staat zurechenbare Anordnung kann nur als verbindlicher Rechtsakt verstanden werden, wenn sie einen ausreichenden Zusammenhang zur geltenden Rechtsordnung aufweist.⁷²⁴

191 Die rechtliche Grundlage der Nichtigkeit ist nicht nur für ihre Existenz als öffentlich-rechtliches Konzept bedeutsam, sondern auch für Fragen ihrer praktischen Handhabung. Im Anwendungsbereich kantonaler materiellen Rechts können angesichts der kantonalen Verfahrensautonomie nur die Verfassung, nicht hingegen bundesgesetzliche Normen auf das kantonale Prozessrecht einwirken.⁷²⁵ Soweit aus dem Verfassungsrecht hergeleitet werden kann,

717 So z.B. Art. 50 Abs. 1 VwVG, welcher für die Beschwerde gegen eine Verfügung einer Bundesbehörde wegen eines der in Art. 49 VwVG angeführten Gründe eine Frist von 30 Tagen setzt, nach der keine solche mehr erhoben werden kann.

718 Dafür fehlen regelmässig jegliche Anhaltspunkte, vgl. unten N. 290.

719 GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 428 f.

720 GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 431.

721 GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 428.

722 GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 436 ff.

723 Siehe ausführlich zum Legalitätsprinzip sogleich N. 193 ff.

724 Zur entsprechenden Neufassung der Nichtigkeitsdefinition siehe unten N. 248 ff.

725 THURNHERR, Verwaltungsrechtspflege, S. 219.

welchen ausschliesslich auf kantonales Recht gestützten Anordnungen die rechtliche Existenz abgesprochen werden muss, ist der Nichtigkeitsbegriff ein bundesrechtlicher und dessen Handhabung durch das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren nach Art. 95 lit. a BGG frei überprüfbar. Soweit die Nichtigkeit ein verfassungsmässiges Recht im Sinne von Art. 116 BGG betrifft, könnte das Bundesgericht auch im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde die kantonale Anwendung dieses Konzepts überprüfen. Durch eine fehlerhafte Handhabung des Verfügungsbegriffs, worunter auch die Nichtigkeitsgründe zu zählen sind, könnte das kantonale Verwaltungsverfahrenszudem den Vollzug des Bundesverwaltungsrechts vereiteln,⁷²⁶ weshalb die einschlägigen bundesrechtlichen Vorgaben bedeutsam erscheinen.

II. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte

Mangels Anknüpfungspunkten auf Gesetzesstufe für die Existenz öffentlich-rechtlicher Nichtigkeit sind im Folgenden die denkbaren Verortungen der Nichtigkeit im Verfassungsrecht zu erörtern. Da die Verfassung staatliche Organisation im Ausgangspunkt normativ konstituiert und der Beschränkung staatlicher Macht dient,⁷²⁷ drängt sich die Frage nach einer möglichen verfassungsrechtlichen Grundlage der Nichtigkeit auf, welche die Trennlinie zwischen wirksamer Rechtserzeugung und rechtlich inexistenten Handlungen zieht.

1. Legalitätsprinzip

a) Recht als notwendige Grundlage von Hoheitsakten

Nach Art. 5 Abs. 1 BV ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Das darin im Einklang mit der bereits zur alten Bundesverfassung bestehenden Lehre und Praxis⁷²⁸ verfassungsrechtlich verankerte Legalitätsprinzip fordert, dass sich alles staatliche Handeln auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann, die qualitativen Mindestanforderungen hinsichtlich Normstufe und -dichte genügen muss.⁷²⁹ Allein das positive⁷³⁰ Recht, das aus einem demokratischen Prozess hervorging,⁷³¹ soll bestimmen, ob, wie und von wem

726 KÖLZ/KOTTUSCH, S. 423.

727 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 21.

728 SCHWEIZER, Nachführung, S. 517 mit Hinweisen. Zur verfassungsrechtlichen Verortung des Legalitätsprinzips unter Geltung der aBV COTTIER, S. 16 ff.

729 Anstelle vieler UHLMANN, Legalitätsprinzip, N. 2 ff.

730 DUBEY, Art. 5 BV, N. 32 ff., der daraufhinweist, dass auch ungeschriebenes Recht daunterfallen kann. Umfasst sind alle Normen mit Aussenwirkung (SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 21).

731 Vgl. GONIN, N. 712.

hoheitlich gehandelt werden soll und darf.⁷³² Das Legalitätsprinzip gilt als Kernelement des modernen Rechtsstaatsbegriffs⁷³³ und erfordert in der Rechtsanwendung die Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung.⁷³⁴ Dass die Verwaltungstätigkeit nicht gegen das Gesetz verstösst, genügt nicht.⁷³⁵ Das Legalitätsprinzip beansprucht für die Eingriffs- und Leistungsverwaltung gleichermaßen Geltung⁷³⁶ und verbietet rechtsfreie Räume staatlichen Handelns.⁷³⁷ In den Worten des Bundesgerichts dient das Legalitätsprinzip «einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns».⁷³⁸

194 Aus dem Legalitätsprinzip folgen die Erfordernisse des Rechtssatzes, wonach sich staatliches Handeln auf generell-abstrakte Regeln stützen muss,⁷³⁹ der genügenden Normdichte, wonach Rechtssätze ausreichend präzise formuliert sein müssen und ihr Inhalt damit vorhersehbar sein muss,⁷⁴⁰ und der genügenden Normstufe, welche vom Inhalt der betreffenden Regelung abhängt.⁷⁴¹ Steht die Rechtfertigung einer Grundrechtsbeeinträchtigung infrage,

732 WYSS, S. 64.

733 Der bei HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N. 454, verwendete Begriff des Kerngehalts ist aufgrund der damit angedeuteten begrifflichen Nähe zur Grundrechtsdogmatik abzulehnen. Zum Legalitätsprinzip als unabdingbarem Bestandteil des Rechtsstaats siehe ALIG, S. 52f. Vgl. ferner RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N. 2592 und 2605ff., sowie BIAGGINI, Richterrecht, S. 279, der von einer rechtsstaatlich gebotenen Ausrichtung am Recht spricht.

734 DUBEY, Art. 5 BV, N. 55; BIAGGINI, Richterrecht, S. 280; ZEN-RUFFINEN, N. 196. Zu den aus dem Legalitätsprinzip fließenden Vorgaben für den Erlass von Verfügungen siehe BICKEL, S. 61ff.

735 UHLMANN/FLEISCHMANN, S. 9.

736 BGE 130 I 1 E. 3.1 S. 5; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1863; MÄCHLER, Ausgaben, S. 102, mit weiteren Rechtsprechungshinweisen. Bei der Eingriffsverwaltung soll es den Einzelnen schützen, in der Leistungsverwaltung die Allgemeinheit vor einer übermässigen Privilegierung Einzelner (SCHULTHESS/WIEDERKEHR, S. 182).

737 SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 31 mit Hinweisen.

738 BGE 141 II 169 E. 3.1 S. 171. Zu den Funktionen des Legalitätsprinzips siehe SCHNEIDER, S. 25f.

739 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 8; SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 35. Damit ist noch keine Aussage über die notwendige Regelungsstufe verbunden (BÜRKI, S. 26f.; MAHON, Art. 5 BV, N. 9).

740 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 10; SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 37; ausführlich BÜRKI, S. 29ff.

741 BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 9; SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 41. Siehe zum Ganzen auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 653ff.; BSK-EPINEY, Art. 5 BV, N. 43ff. sowie GRISEL RAPIN, S. 42ff.

stellt Art. 36 Abs. 1 BV weitergehende Anforderungen an die notwendige gesetzliche Grundlage als Art. 5 Abs. 1 BV.⁷⁴²

In der Lehre wird das Legalitätsprinzip als thematisch «von unangenehmer Uferlosigkeit» bezeichnet.⁷⁴³ Es hat in unterschiedlichen Sach- und Rechtsgebieten differenzierte Ausprägungen erfahren,⁷⁴⁴ insbesondere als verfassungsmässiges Individualrecht im Abgaberecht⁷⁴⁵ und im Strafrecht.⁷⁴⁶ Ausserhalb dieser Bereiche stellt es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein verfassungsmässiges Recht, sondern ein Verfassungsprinzip⁷⁴⁷ dar.⁷⁴⁸ Es kann im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht eigenständig, sondern nur zusammen mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts gerügt werden.⁷⁴⁹

b) Art. 5 Abs. 1 BV als Verfassungsgrundlage der Nichtigkeit

Das Legalitätsprinzip verbietet staatliches Handeln, dem die Abstützung auf eine genügend bestimmte Norm auf hinreichender Stufe fehlt.⁷⁵⁰ Die durch den Nichtigkeitsbegriff gezogene Trennlinie, was als hoheitlicher Rechtsanwendungsakt anerkannt wird und welchen Handlungen jegliche rechtlichen Konsequenzen abgesprochen werden, lässt sich als Konsequenz des Legalitäts-

742 RAESS, N. 299. Zum Begriff der «Grundrechtsbeeinträchtigung» anstelle des nunmehr als veraltet abzulehnenden «Grundrechtseingriffs» siehe ebenda N. 194 ff.

743 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 387. Es bildet nicht nur Gegenstand der Kommentarliteratur zum Verfassungsrecht, sondern auch zahlreicher Monographien (BÜRKI, S. 6, nennt mehr als ein Dutzend). Zudem weisen in der praktischen Erfahrung die meisten verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten zumindest Bezugspunkte zum Legalitätsprinzip auf (WIRTHLIN, S. 513).

744 MÜLLER, Legalitätsprinzip, S. 729. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 395, sprechen von einer Vielzahl kaum untereinander abgestimmter Rechtsprechungslinien in der bundesgerichtlichen Praxis zum Legalitätsprinzip.

745 Statt vieler BGE 140 I 176 E. 5.2 S. 180.

746 Statt vieler BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f.

747 Zum Prinzipienbegriff und seiner Unterscheidung von (subsumptionsfähigen) Regeln siehe ENGI, S. 59 ff.

748 BGer, 30. Oktober 2019, 2C_502/2019, E. 4.1; siehe zu dieser Charakterisierung DUBEY, Art. 5 BV, N. 26 ff.

749 BGE 134 I 322 E. 2.1 S. 326; 129 I 161 E. 2.1 S. 163; dazu etwa UHLMANN, Legalitätsprinzip, S. 138; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1857; TANQUEREL, N. 457.

750 UHLMANN, Legalitätsprinzip, S. 21. Siehe auch DUBEY/ZUFFEREY, N. 475; MAHON, Art. 5 BV, N. 8; TANQUEREL, N. 448; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 624. Für das Gemeinwesen existiert aufgrund seiner aus dem Legalitätsprinzip folgenden Rechtsbindung kein rechtsfreier Raum (TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 386).

prinzips verstehen. Wenn das Verfassungsrecht nämlich als Voraussetzung für die Rechtmässigkeit und die von den rechtsanwendenden Behörden durchgesetzte Verbindlichkeit staatlicher Akte deren Verankerung im geltenden Recht fordert,⁷⁵¹ schliesst es gleichzeitig Handlungen, die nicht als Ausdruck der gesetzlichen Ordnung verstanden werden können, von solcher Verbindlichkeit aus, selbst wenn sie von einem staatlichen Organ stammen. Zwar sind auch gesetzeswidrige hoheitliche Akte «von der Autorität der Verwaltung getragen»,⁷⁵² es kann ihnen indes an einem Zusammenhang zu einer gültigen Rechtsnorm mangeln, der sie juristische Geltung erzeugen lässt.⁷⁵³ Eine als nichtig zu qualifizierende Verfügung findet trotz ihrer staatlichen Urheberchaft keine ausreichende Grundlage im geltenden Recht, um als im Einklang mit den Grundanforderungen des Legalitätsprinzips an staatliches Handeln stehend betrachtet werden zu können.

197 Der hier postulierte Bezug des Nichtigkeitsbegriffs zum Legalitätsprinzip folgt nicht nur aus Überlegungen zu Reichweite und Funktion des Legalitätsprinzips, sondern lässt sich auch auf die im ersten Teil dieser Arbeit dargestellte Rechtsprechung abstützen:

198 Im Zusammenhang mit Zuständigkeitsfehlern wurde festgestellt, dass solche nach der tradierten Auffassung die Nichtigkeit einer Anordnung zur Folge haben, wenn eine Behörde ausserhalb des Rahmens ihrer allgemeinen Entscheidungsgewalt handelt.⁷⁵⁴ Ein in zuständigkeitsmässiger Hinsicht in diesem Sinne schwerwiegend fehlerhafter Entscheid entbehrt einer rechtlichen Grundlage und setzt sich über die durch das Recht gezogenen Schranken der behördlichen Befugnisse im Einzelfall hinweg. Nicht bloss in terminologischer, sondern auch in konzeptioneller Hinsicht besteht dabei eine Nähe zum Legalitätsprinzip, das die zentralen rechtsstaatlichen Anforderungen an eine taugliche Grundlage hoheitlichen Handelns definiert.

751 Über einen «instrumentellen Ansatz» hinausgehend wird bisweilen postuliert, dass das Legalitätsprinzip nicht bloss «formale Kongruenz von Staatshandeln und gesetztem Recht», sondern auch die inhaltliche Verwirklichung der Grundwerte erfordere (BOLLER, S. 280 f.).

752 FORSTHOFF, S. 245.

753 Vgl. KRADOLFER, N. 44 f. mit Hinweis auf die den Stufenbau der Rechtsordnung betreffenden grundlegenden Überlegungen bei KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 228. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 428, bezeichnete die Annahme, dass nicht das Gesetz, sondern die staatliche Autorität einer Verfügung Geltung verleihe, als «deziisionistische und damit unrechtsstaatliche Auffassung». Rechtliche Verbindlichkeit kann demnach nicht losgelöst von einer auf die Verfassung rückführbaren rechtlichen Grundlage entstehen.

754 Oben N. 81 ff.

Hinsichtlich der nach Lehre und Praxis als Nichtigkeitsgründe in Betracht fallenden Mängel betreffend Verfahren, Form und Eröffnung wurde aufgezeigt, dass das Bundesgericht in Konstellationen auf Nichtigkeit schliesst, in denen die betroffene Person am Zustandekommen eines sie betreffenden Entscheids in keiner Weise mitwirken konnte, oder wenn überhaupt keine Eröffnung erfolgte.⁷⁵⁵ Beide Fallgruppe lassen sich auf das Legalitätsprinzip beziehen. Das Legalitätsprinzip kann als Ausdruck eines formellen, d.h. auf die Art und Weise staatlicher Gewaltausübung bezogenen Rechtsstaatsbegriffs verstanden werden, der gewisse Minimalanforderungen an die Geltung der Verfahrensgrundrechte stellt.⁷⁵⁶ Eine Verletzung dieser verfahrensmässigen Minimalanforderungen beim Zustandekommen staatlicher Entscheidungen ist demnach ein rechtsstaatliches Problem und stellt die ausreichende Verankerung des entsprechenden Aktes im geltenden Recht im Sinne des Legalitätsprinzips infrage. Die zweite Fallgruppe betrifft zwar nicht die Mangelhaftigkeit, sondern die Existenz einer Entscheidung,⁷⁵⁷ doch kann ohne Überdehnung des Rechtsstaatsbegriffs aus diesem abgeleitet werden, dass für Private verbindliche Entscheide ihren Adressaten grundsätzlich zur Kenntnis gelangen müssen.⁷⁵⁸

Betreffend nichtigkeitsbegründende Inhaltsmängel hat der erste Teil dieser Untersuchung aufgezeigt, dass einerseits nicht vollziehbare Anordnungen und andererseits Anordnungen, die aus wertenden Überlegungen nicht als Rechtsanwendungsakt anerkannt werden, als nichtig gelten. Auch hier lässt sich ein Bezug zum Legalitätsprinzip herstellen: Für nicht vollziehbare Anordnungen bietet die Rechtsordnung entweder von vornherein gar keine Grundlage oder aber statuiert (insbesondere grundrechtliche) Schranken der Vollziehbarkeit. Den Ausgangspunkt wertender Überlegungen, welche den Schluss auf Nichtigkeit begründen, bilden das geltende Recht und die darin niedergelegten, insbesondere rechtsstaatlichen Wertentscheidungen. Dafür ist das zur Vereinbarung über die organisierte Sterbehilfe im Kanton Zürich ergangene Bundesgerichtsurteil illustrativ, wo das Bundesgericht nebst dem Hinweis auf deren fehlende gesetzliche Grundlage und deren Unvereinbarkeit mit dem materiellen Strafrecht und dem Betäubungsmittelrecht auf das Gewicht der durch die als nichtig erklärte Vereinbarung «in einem zentralen Bereich» betroffenen Grundrechte auf Leben und persönliche Freiheit verwies.⁷⁵⁹

755 Oben N. 114.

756 UHLMANN, Legalitätsprinzip, S. 124; SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 11.

757 Nicht eröffnete Verfügungen existieren (noch) nicht, dazu oben N. 20.

758 Die Pflicht zur ausreichenden Kundmachung von Erlassen bildet einen anerkannten Teilgehalt des Legalitätsprinzips, siehe SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 BV, N. 44.

759 BGE 136 II 415 E. 3 S. 426.

- 201 Zwar finden sich Urteile, in denen das Bundesgericht ausdrücklich offenliess, ob «eine Verletzung des Legalitätsprinzips» zur Nichtigkeit einer Verfügung führen könne.⁷⁶⁰ Dies spricht aber nicht gegen eine Verankerung des Nichtigkeitsbegriffs in Art. 5 BV. In den betreffenden Urteilen bejahte das Bundesgericht jeweils entgegen den dort erhobenen Rügen das Genügen der gesetzlichen Grundlage des strittigen Rechtsanwendungsakts und war damit nicht veranlasst, sich zu den Konsequenzen des gegenteiligen Falls zu äussern.
- 202 Die im ersten Teil besprochenen Fallgruppen lassen mithin die Nichtigkeit als Grenzziehung zwischen jenen Akten, die aus rechtsstaatlichen Überlegungen als verbindlich anerkannt werden können, gegenüber den aus dieser Perspektive unhaltbaren Akten erscheinen. Soweit die Nichtigkeit keine positivrechtliche Regelung erfahren hat,⁷⁶¹ lässt sich das Legalitätsprinzip als dessen Grundlage konzipieren, weil sich der nichtige Akt ohne taugliche rechtliche Grundlage ausserhalb der Schranken des geltenden Rechts bewegt.
- 203 Wenngleich nicht tauglich als dessen Grundlage, wie sogleich dargelegt wird, sind weitere verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte des verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitskonzepts denkbar und werden bisweilen in der Lehre thematisiert. Diese sind im Folgenden zu erörtern.

2. Vertrauensschutz

- 204 Aufgrund des in der Evidenztheorie enthaltenen Kriteriums der Erkennbarkeit des Mangels ortet die Lehre eine Nähe des Nichtigkeitskonzepts zum Vertrauensschutz.⁷⁶² Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Erkennbarkeitskriterium indessen aus praktischen und konzeptionellen Gründen abzulehnen.⁷⁶³ Nicht nur der insoweit mangelnde Bezug des Vertrauensschutzes zur Nichtigkeitsdefinition, sondern auch ein näherer Blick auf dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen lassen diesen als verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt ausser Betracht fallen.
- 205 Die Rechtsprechung schützt teilrechtsübergreifend⁷⁶⁴ das berechtigte Vertrauen in unrichtige staatliche Akte, wenn gestützt darauf eine Vertrauensbetätigung erfolgt ist und das Interesse am Vertrauensschutz überwiegt.⁷⁶⁵ So kann etwa eine unrichtige behördliche Auskunft unter Umständen für die da-

760 BGer, 30. Oktober 2019, 2C_502/2019, E. 4.1; 11. März 2019, 2C_804/2018, E. 3.

761 Zu den gesetzlichen Nichtigkeitsbegriffen und ihrem Verhältnis zum allgemeinverwaltungsrechtlichen siehe unten N. 213 ff.

762 Dazu oben N. 132.

763 Dazu oben N. 153 ff. und 163 ff.

764 BSK-TSCHENTSCHER, Art. 9 BV, N. 15.

765 Anstelle vieler BERNARD, S. 177 ff.; KARLEN, S. 65.

rauf vertrauenden Privaten Rechtswirkungen entfalten.⁷⁶⁶ Während aber beim Vertrauensschutz die konkrete Vertrauensbetätigung und ihr Gewicht für die Rechtsfolge entscheidend sind,⁷⁶⁷ kann die Annahme der Nichtigkeit nach der tradierten Definition «nur auf einer *a priori* vorgenommenen Interessenabwägung beruhen», die gerade nicht auf eine individuelle Perspektive abstellt.⁷⁶⁸

Der individualrechtliche⁷⁶⁹ Vertrauensschutz ist nicht geeignet, die Annahme einer Rechtsfolge erga omnes zu ermöglichen.⁷⁷⁰ Das verfassungsrechtlichen Schutz geniessende Vertrauen eines Einzelnen auf den Bestand von Anordnungen, die Dritte betreffen, kann nicht die Verbindlichkeit dieser Anordnung für die betreffenden Dritten, sondern allein für die vertrauende Person beeinflussen, weil konkrete, nur in dieser Person liegende Umstände den verfassungsrechtlichen Schutz ihres Vertrauens veranlassen.⁷⁷¹ Überdies hindert der Vertrauensschutz nicht notwendigerweise den Bestand eines behördlichen Aktes, sondern kann auch bloss das Schaffen angemessener Übergangsregelungen oder -fristen gebieten oder den Staat zum Ersatz eines Vertrauensschadens verpflichten.⁷⁷² Die Nichtigkeit erscheint vor diesem Hintergrund nicht als ein aus dem Vertrauensschutz ableitbares Konzept.

Nichtigen Verfügungen wird bisweilen die Tauglichkeit als Vertrauensgrundlage abgesprochen, was allerdings nicht Folge ihrer Qualifikation als nichtig, sondern der zur Annahme der Nichtigkeit führenden Offensichtlichkeit des Mangels ist, die verhindert, dass der fragliche Akt schutzwürdiges Vertrauen hätte erzeugen können.⁷⁷³ Was für die sich auf den Vertrauensschutz berufende Person klar erkennbar nicht gültig angeordnet wurde, kann auch

766 BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193.

767 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 804, sprechen von der «Qualität des vorausgesetzten Vertrauens».

768 WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 166 (Hervorhebung im Original). Richtigerweise und nach dem hier vertretenen verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff liegt der Feststellung der Nichtigkeit keine Interessenabwägung zugrunde, siehe unten N. 265.

769 Es handelt sich um ein verfassungsmässiges Individualrecht (BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 9 BV, N. 2).

770 An der allein subjektbezogenen Rechtswirkung ändert die theoretische Erkenntnis nichts, dass der Vertrauensschutz trotz seiner individualrechtlichen Ausgestaltung «auch stets auf objektive Interessen des Kollektivs, in der Form von gesetzgeberischen Prinzipien und Regeln (als Quelle und als «Leitplanken» der Erwartungen der Rücksichtnahme), verweist» (SUTTER, S. 459).

771 Dies folgt aus dem Umstand, dass jeweils individuell und subjektbezogen zu prüfen ist, ob sich eine Person berechtigterweise auf eine Vertrauensgrundlage stützen darf (siehe z.B. BGE 137 I 69 E. 2.5.1f. S. 73).

772 KARLEN, S. 67; KRADOLFER, St. Galler Kommentar BV, Art. 9 BV, N. 93 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 9 BV, N. 20.

773 Vgl. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 88.

keine taugliche Vertrauensgrundlage bilden. Wenn bei der Nichtigkeitsvoraussetzung der Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit allerdings nicht auf die Perspektive der betroffenen Privaten abgestellt wird,⁷⁷⁴ erscheint ohne Weiteres denkbar, dass Private auf den Bestand einer nichtigen Verfügung vertrauen:⁷⁷⁵ So findet sich ein Urteil des Bundesgerichts, wonach einer natürlichen Person kein Nachteil erwachsen dürfe, wenn ein nichtiger Entscheid, dessen Nichtigkeit sie nicht erkenne, sie zum Rückzug eines Rechtsmittels veranlasst habe.⁷⁷⁶ Diese Konstellation zeigt, dass es aus Rechtsschutzüberlegungen keiner Anknüpfung der Nichtigkeitsdefinition an den Vertrauensschutzgedanken bedarf, weil sich gestützt auf Art. 9 BV berechtigtes Vertrauen in behördliches Handeln unabhängig von dessen Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten schützen lässt.

3. Willkürverbot

- 208 Das Willkürverbot stellt als spezifisches Merkmal der Gerechtigkeit ein Grundprinzip des Rechts⁷⁷⁷ und ein elementares rechtsstaatliches Gebot⁷⁷⁸ dar. Obwohl die Nichtigkeit der bisweilen durch Gerechtigkeitsüberlegungen motivierten Herbeiführung nicht anders erzielbarer Ergebnisse dienen kann,⁷⁷⁹ scheidet Art. 9 BV als deren verfassungsrechtliche Verankerung und als positivrechtliche Grundlage des derzeit praktizierten⁷⁸⁰ Nichtigkeitskonzepts aus, da das Bundesgericht nach der im ersten Teil dargestellten Praxis bei Willkür nicht ohne Weiteres auf Nichtigkeit eines Entscheids schliesst, sondern dafür eine schwerer wiegende Fehlerhaftigkeit voraussetzt.⁷⁸¹ Zwar erfüllt eine nichtige Verfügung stets die Voraussetzungen der «qualifizierte Unrich-

774 Zur Kritik am Erkennbarkeitskriterium, das aufzugeben ist, siehe oben N. 153 ff. und 163 ff.

775 So will KNAPP, Précis, N. 912, eigentlich nichtigen Verfügungen unter Umständen Rechtswirkungen aufgrund des Vertrauensschutzes zusprechen; siehe auch implizit WEBER-DÜRLER, Entwicklung, S. 296 (anders noch in ihrer Habilitationsschrift, wo WEBER-DÜRLER davon ausging, dass bei nichtigen Akten berechtigtes Vertrauen immer fehle, weil die Offenkundigkeit des Mangels Voraussetzung der Nichtigkeit bilde [Vertrauensschutz, S. 166 f.]).

776 BGE 109 V 234 E. 3 S. 238.

777 MÜLLER, Willkür, S. 122.

778 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 804.

779 Zu dieser prozessualen Funktion der Nichtigkeit oben N. 173 ff.

780 Zwar erschiene ohne Weiteres denkbar, aus dem Schutz vor staatlicher Willkür herzuleiten, dass Anordnungen in gewissen Fällen keinerlei Rechtswirkungen zugesprochen werden können; allerdings fehlte dieser Herleitung eine Verankerung in der bisherigen Praxis.

781 Siehe oben N. 121 ff.

tigkeit»⁷⁸² erfassenden Definition von Willkür in der Rechtsanwendung,⁷⁸³ weil sie angesichts der wertungsmässigen Schwere aller nichtigkeitsbegründenden Rechtsfehler notwendigerweise «offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft»,⁷⁸⁴ doch ist umgekehrt nicht jede willkürliche Verfügung nichtig. Eine im Sinne von Art. 9 BV willkürliche Verfügung kann nach herrschender Lehre anders als die nichtige Verfügung in formelle Rechtskraft erwachsen und vollzogen werden.⁷⁸⁵ Es bedarf zur Annahme der Nichtigkeit «des circonstances aggravantes». ⁷⁸⁶ Eine Verankerung des Nichtigkeitsbegriffs im Willkürverbot bedingte einen Bruch mit dieser Auffassung.

UHLMANN ging davon aus, dass «der Begriff der Willkür die Interessenabwägung zwischen richtiger Rechtsanwendung und Vertrauensschutz erleichtern könnte», die bei der Frage nach der Nichtigkeit einer Verfügung vorzunehmen sei.⁷⁸⁷ Das Willkürverbot kann zwar durchaus «als Gradmesser erhöhter Fehlerhaftigkeit»⁷⁸⁸ Verwendung finden, bildet jedoch angesichts des bundesgerichtlichen Standards nicht mehr als einen ersten «Bezugspunkt zur Bestimmung gesteigerter Fehlerhaftigkeit»⁷⁸⁹. Wie bei der Kritik der Evidenztheorie dargelegt, ist die Abstufung verschiedener Grade von Fehlerhaftigkeit mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, wobei die Grenze des Willkürlichen immerhin einen Zwischenschritt markieren kann.⁷⁹⁰ Bei der im Zusammenhang mit der Nichtigkeitsprüfung nach der tradierten Evidenztheorie vorzunehmenden Interessenabwägung, die erst in einem zweiten Schritt nach der Feststellung schwerwiegender Mangelhaftigkeit erfolgt,⁷⁹¹ fliessen aus dem Willkürverbot indessen keine tauglichen Orientierungspunkte, zumal

782 EGLI, St. Galler Kommentar BV, Art. 9 BV, N. 8.

783 So bereits FÜRER, S. 83.

784 So die ständige Formel des Bundesgerichts, anstelle vieler aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 147 V 194 E. 6.3.1 S. 206; 144 I 113 E. 7.1 S. 124. Zur Entwicklung dieser Formel siehe THÜRER, S. 486 ff.

785 UHLMANN, Willkürverbot, N. 494, der zudem darauf verweist, dass das Willkürverbot nicht zu den unverjähren und unverzichtbaren Rechten gezählt wird, deren Verletzung auch noch im Vollzugsstadium gerügt werden kann (siehe hierzu oben FN 522).

786 MOOR, l'arbitraire, S. 606.

787 UHLMANN, Willkürverbot, N. 643

788 UHLMANN, Willkürverbot, N. 643.

789 UHLMANN, Willkürverbot, N. 495.

790 Vgl. oben N. 152.

791 Vgl. oben N. 142. Richtigerweise ist zur Bestimmung der Nichtigkeit keine Interessenabwägung vorzunehmen, siehe unten N. 265.

Willkür gemäss der bundesgerichtlichen Formel nicht anhand einer Interessenabwägung, sondern einer Ermittlung des normativen Kontexts eines Rechtsanwendungsakts bestimmt wird.⁷⁹²

4. Nichtige Anordnungen als Grundrechtsbeeinträchtigungen?

- 210 Führt staatliches Handeln oder Unterlassen zur Verkürzung einer grundrechtlich garantierten Rechtsposition, liegt eine nach Art. 36 BV rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsbeeinträchtigung vor.⁷⁹³ Weil nichtige Verfügungen keine Rechtswirkungen zeitigen, können sie auch keine grundrechtswidrige Rechtslage schaffen.⁷⁹⁴ Die mit einem Hoheitsakt im Falle eines Anerkennens seiner Rechtswirksamkeit verbundene Kerngehaltsverletzung kann aber den Schluss auf Nichtigkeit gebieten.⁷⁹⁵ Insoweit bilden die Grundrechte verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt des Nichtigkeitskonzepts, weil sie jegliche Verbindlichkeit kerngehaltswidrigen Staatshandelns verhindern.
- 211 Nicht nur der Erlass von Rechtsakten, sondern auch Realakte können Grundrechtspositionen beeinträchtigen.⁷⁹⁶ Da nichtige Verfügungen mangels Rechtswirksamkeit nur tatsächliches Staatshandeln sind,⁷⁹⁷ stellt sich die im deutschen Schrifttum aufgeworfene Frage, ob der nichtige Akt an sich ungeachtet seiner fehlenden Rechtsverbindlichkeit als Grundrechtsbeeinträchtigung betrachtet werden könnte,⁷⁹⁸ schafft er doch einen Anschein von Legalität.⁷⁹⁹ Die Bundesverfassung und insbesondere die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV schützen indes keine allgemeine Handlungsfreiheit der Einzelnen,⁸⁰⁰ und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Konfrontation mit einem qualifiziert fehlerhaften, den Anschein rechtlicher Verbindlichkeit tragenden Akt

792 UHLMANN, Willkürverbot, N. 636 ff. und 536 ff.

793 RAESS, N. 233 ff.

794 Zwar kann der Vollzug einer nichtigen Verfügung einen unzulässigen tatsächlichen Erfolg herbeiführen, z.B. die Tötung eines Tieres. Die entsprechende Grundrechtsbeeinträchtigung liegt in diesem Fall aber im Realakt, der angesichts der Nichtigkeit der den Vollzug anordnenden Verfügung einer rechtlichen Grundlage entbehrt, und nicht in der nichtigen Verfügung. Grundrechtswidrig ist demnach die zufolge der nichtigen Verfügung geschaffene Fakten-, nicht Rechtslage.

795 Dazu oben N. 118 und 126.

796 RAESS, N. 240 f.

797 Zur begrifflichen Einordnung als Realakt siehe oben N. 45.

798 FRANK, S. 133 ff. betrachtet nichtige Verwaltungsakte als Eingriff in die persönliche Freiheit; aus der persönlichen Freiheit fliesse ein Anspruch, nicht mit als behördlich und verbindlich erscheinenden Akten konfrontiert zu werden.

799 IMBODEN, Staatsakt, S. 6; JELLINEK, S. 45.

800 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N. 356 und 306b; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 10 BV, N. 22.

oder das sich daraus ergebende praktische Bedürfnis, dessen Nichtigkeit feststellen zu lassen, den Bagatellvorbehalt, unter welchem der Grundrechtsschutz insgesamt steht,⁸⁰¹ überstiege. Ohnehin bliebe ohne (verfahrens-)rechtliche Bedeutung, wenn nichtige Verfügungen als Grundrechte ihrer Adressaten beeinträchtigende Realakte verstanden würden, weil die prozessuale Geltendmachung der Nichtigkeit solches nicht voraussetzt.⁸⁰²

III. Nichtigkeitsbegriffe in Normtexten des öffentlichen Rechts

Der Begriff der Nichtigkeit findet sich in mehreren öffentlich-rechtlichen Normtexten. Im Folgenden ist zu erörtern, inwiefern rechtsgebietspezifischen Nichtigkeitsbegriffen ein eigenständiger Gehalt zukommt und ob daraus Schlüsse für die allgemeine Nichtigkeitsdefinition gezogen werden können. 212

1. Verfassung

Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV bestimmt, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen zur Zweitwohnungsinitiative erteilt werden, nichtig sind. In seinem Leiturteil zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Zweitwohnungsartikels wies das Bundesgericht auf die Evidenztheorie hin.⁸⁰³ Dieser Hinweis bezog sich allerdings nur auf die mit diesem Begriff bezeichnete Rechtsfolge, wonach der nichtigen Bewilligung keinerlei Verbindlichkeit oder Rechtswirksamkeit zukommen kann, erwog das Bundesgericht doch in der Folge, dass die Übergangsbestimmung eine «Verschärfung der Rechtsfolge» der Verletzung von Art. 75b Abs. 1 BV gegenüber der bereits nach allgemeinen Grundsätzen eintretenden Anfechtbarkeit von dermassen fehlerhaften Baubewilligungen ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verfassungsbestimmung anordne.⁸⁰⁴ Vor dem in der Übergangsbestimmung genannten Stichtag bleibe es bei den «normalen Rechtsfolgen» der Rechtsfehlerhaftigkeit.⁸⁰⁵ Der in der Verfassung verwendete Begriff der Nichtigkeit stimmt mit dem allgemeinen Nichtigkeitsbegriff somit nur hinsichtlich der Rechtsfolge, nicht aber der dafür notwendigen Voraussetzungen überein. 213

801 BSK-TSCHENTSCHER, Art. 10 BV, N. 32 ff.

802 Zur verfahrensrechtlichen Behandlung nichtiger Verfügungen und Geltendmachung der Nichtigkeit siehe den 3. Teil.

803 BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260.

804 BGE 139 II 243 E. 11.3 S. 260 f.

805 BGE 139 II 243 E. 11.6 S. 263.

2. Schuldbetreibungsrecht

214 Gemäss Art. 22 Abs. 1 SchKG sind Verfügungen nichtig, die gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind. Vom Verfügungsbegriff dieser Vorschrift, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung positiviert⁸⁰⁶ und konkretisierte,⁸⁰⁷ sind alle Verfügungen von Zwangsvollstreckungsorganen erfasst.⁸⁰⁸ Zur Nichtigkeit im Sinne von Art. 22 SchKG existiert eine reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung,⁸⁰⁹ zumal Nichtigkeitsfälle im Schuldbetreibungsrecht im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten relativ häufig und entsprechend bedeutsam sind.⁸¹⁰

215 Bei der Nichtigkeit nach Art. 22 SchKG handelt es sich um einen eigenständigen spezialgesetzlichen Begriff.⁸¹¹ Dies äussert sich etwa darin, dass eine Berufung auf die Nichtigkeit einer einzelnen Betreibungshandlung nach der Verteilung des Verwertungserlöses oder einer Handlung des Konkursamtes nach Schluss des Konkursverfahrens in der Regel nicht mehr möglich ist.⁸¹² Eine Betreibung kann sodann wegen Rechtsmissbräuchlichkeit nichtig sein,⁸¹³ selbst wenn das Betreibungsamt, das die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung nicht zu beurteilen hat, den Rechtsmissbrauch nicht ohne Weiteres erkennen konnte.⁸¹⁴ In Fällen des Rechtsmissbrauchs ist das Betrei-

806 BSK-COMETTA/MÖCKLI, Art. 22 SchKG, N. 1 mit Hinweis auf die Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 (BBl 1991 III 1), S. 38.

807 BGer, 1. März 2021, 5A_714/2020, E. 2.2.3.

808 KREN KOSTKIEWICZ, Art. 22 SchKG, N. 4.

809 Siehe die aktuelle und ausführliche Zusammenstellung bei BSK-COMETTA/MÖCKLI, Art. 22 SchKG, N. 12 f.

810 LORANDI, S. 185.

811 SPÜHLER, S. 1348. Nach LORANDI, S. 185, unterscheiden sich die Nichtigkeitsgründe nach SchKG von jenen im übrigen Verwaltungsrecht. Die Definition der Nichtigkeit nach SchKG ist umfassender als die Evidenztheorie, siehe ENGLER, S. 44 f., der den gegenüber dem Zivilprozessrecht unterschiedlichen Nichtigkeitsbegriff durch die jahrzehntelange unabhängige Behandlung und Rechtsprechung zu Bundes- und kantonalem (Prozess-)Recht historisch begründet sieht.

812 BSK-COMETTA/MÖCKLI, Art. 22 SchKG, N. 20 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

813 Wobei die Praxis dafür strenge Anforderungen stellt (RODRIGUEZ/GUBLER, S. 15). Rechtsmissbrauch wird etwa bejaht, wenn die Betreibung offensichtlich Ziele verfolgt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben, wenn der Betreibende bloss die Kreditwürdigkeit eines (angeblichen) Schuldners schädigen will oder in schikanöser Weise einen völlig übersetzten Betrag in Betreibung setzt (BGE 140 III 481 E. 2.3.1 S. 483).

814 BGer, 19. September 2014, 5A_508/2014, E. 2.3 f.

bungsverfahren aufgrund seines Kontexts und auch jede neuerliche Verfügung im Rahmen der rechtsmissbräuchlichen Zwangsvollstreckung von vornherein nichtig, weil der Nichtigkeitsbegründende Mangel unabhängig von einer einzelnen Verfügung besteht.⁸¹⁵ Als nichtig gilt auch der Arrestbefehl, der einen rechtsmissbräuchlichen offensichtlichen Sucharrest darstellt, mit dem lediglich das Vermögen des Schuldners ausspioniert werden soll.⁸¹⁶ Damit unterscheidet sich das Nichtigkeitskonzept des SchKG vom allgemein-verwaltungsrechtlichen, das keinen Schluss auf Nichtigkeit bei derartiger Fehlerhaftigkeit kennt. Nichtige Betreibungshandlungen in betreibungsrechtlichen Protokollen und Registern werden nicht gelöscht, wovon bei rechtlich als inexistent betrachteten Handlungen auszugehen wäre, sondern mit einem entsprechenden Vermerk versehen, weil dort jede – auch die nichtige – Amtstätigkeit dokumentiert wird.⁸¹⁷

Das Bundesgericht grenzt in seiner Rechtsprechung die Nichtigkeit im Sinne von Art. 22 SchKG von jener wegen grober Fehlerhaftigkeit ab, welche auch Anordnungen betreffen kann, die keine Verfügungen von Zwangsvollstreckungsorganen sind.⁸¹⁸ Eine solche fälle bei gerichtlichen Urteilen «nur bei schwersten Fehlern in Betracht, etwa dann, wenn das Gericht, das entschieden hat, absolut unzuständig war, mit andern Worten die Schranken seines rechtlichen Könnens überschritten hat und es stossend wäre, dem von ihm gefällten Entscheid Bestand zuzusprechen».⁸¹⁹ Nicht als nichtig betrachtete es einen Rechtsöffnungsentscheid nach einer nichtigen Zustellung des Zahlungsbefehls.⁸²⁰

Das Rechtsöffnungsgericht hat von Amtes wegen eine Prüfung möglicher Nichtigkeitsgründe einer als Rechtsöffnungstitel dienenden Verfügung vorzunehmen.⁸²¹ Diese kann nach dem allgemeinen Nichtigkeitsbegriff etwa

815 ENGLER, S. 45.

816 AMONN/WALTHER, S. 481.

817 BSK-COMETTA/MÖCKLI, Art. 22 SchKG, N. 19.

818 BGer, 31. Mai 2013, 5A_734/2012, E. 3.3.f. Ausser den unteren kantonalen Aufsichtsbehörden sind gerichtliche Behörden im Kanton Zürich keine im Sinne von Art. 13 SchKG beaufichtigten Instanzen, weshalb ihre Entscheide keine Verfügungen nach Art. 22 SchKG darstellen (OGr ZH, 3. Mai 2021, PS210050-O/U, E. 3.2).

819 BGer, 18. November 2010, 5A_576/2010, E. 3.2.1.

820 BGer, 18. Oktober 2021, 5A_103/2021, E. 2.4.3ff.

821 BGer, 16. April 2015, 5A_950/2014, E. 3.7.4; ESCHER/LEVANTE, S. 742; BSK-STAEHELIN, Art. 80 SchKG, N. 14. Nach JAAG, Sanktionen, S. 948, habe der Rechtsöffnungsrichter deshalb zu prüfen, ob die verfügende Behörde sachlich zuständig war, dem Schuldner rechtliches Gehör gewährt und die Verfügung ordnungsgemäss eröffnet hat, wozu klarstellend zu erwähnen ist, dass sich dessen Kognition auf eine Prüfung von (diesbezüglichen oder weiteren) Nichtigkeitsgründen beschränkt und nicht jede sachliche Unzuständigkeit oder formelle Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit führen

vorliegen, wenn eine Gemeinde im Bereich privatrechtlichen Handelns mittels Verfügung Rechnung stellt⁸²² oder korrekterweise mittels Zivilklage geltend zu machende Elternbeiträge an die Kosten für die Fremdplatzierung eines Kindes verfügungsweise einfordern will.⁸²³

218 Im Schuldbetreibungsrecht bestehen mithin zwei öffentlich-rechtliche Nichtigkeitsbegriffe: ein spezialgesetzlich in Art. 22 SchKG definierter sowie jener aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht. Hinsichtlich der Definition von Letzterem verweist das Bundesgericht jeweils auf seine verwaltungsrechtlichen Urteile und die dort verwendete Evidenztheorie.⁸²⁴ Nur hinsichtlich der Nichtigkeit von richterlichen Arrestbefehlen erfolgt kein solcher Verweis, sondern sei auf Nichtigkeit (und damit auch Nichtigkeit des Arrestvollzugs nach Art. 22 SchKG) zu erkennen, «wenn der Arrestrichter oder das Betreibungsamt örtlich unzuständig ist oder sich der Arrestbefehl auf einen offensichtlich nicht existenten Gegenstand bezieht oder wenn der Arrestgegenstand unzureichend spezifiziert ist».⁸²⁵

219 Zum Verständnis der Nichtigkeit als Konzept des allgemeinen Verwaltungsrechts lässt sich die Praxis zu Art. 22 SchKG vor diesem Hintergrund nicht heranziehen. Die Nichtigkeitsdefinition in Art. 22 SchKG ist weiter als die tradierte verwaltungsrechtliche: Sie setzt keine schwerwiegende Fehlerhaftigkeit oder leichte Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit voraus und bedingt keine Berücksichtigung von Rechtssicherheitsüberlegungen, sondern stellt auf den Schutzzweck der verletzten Norm ab. Zudem hat sich hinsichtlich der Rechtsfolgen nichtiger Verfügungen im Sinne von Art. 22 SchKG eine eigene Praxis entwickelt.

3. Öffentliches Personalrecht

220 Die Nichtigkeit erlaubt im öffentlichen Dienstrecht ungeachtet der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen, eine Kündigung als nicht erfolgt zu betrachten und sie als möglichen Anknüpfungspunkt rechtlicher Wirkungen gänzlich zu beseitigen. In diesem Sinne kommt der Nichtigkeit im Personalrecht eine «Notventilfunktion»⁸²⁶ zu. Dieser könnte es insbesondere bedürfen, wenn

kann (siehe oben N. 105 ff. zur Nichtigkeit zufolge Unzuständigkeit und N. 109 ff. zur Nichtigkeit zufolge Form-, Verfahrens- und Eröffnungsfehlern).

822 So der bei FISCHER, S. 127, erwähnte basel-städtische Entscheid vom 18. Oktober 1979.

823 BGer, 2. Dezember 2019, 5D_118/2018, E. 5.2.5, wonach der Schluss der kantonalen Instanz auf Nichtigkeit dieser Verfügung willkürfrei möglich gewesen sei.

824 Anstelle vieler BGer, 16. April 2015, 5A_950/2014, E. 3.7.4.

825 BGE 142 III 348 E. 3.1 S. 351.

826 REUSSER/RUDOLPH, S. 48, welche das Festhalten des Bundesgerichts an dieser Möglichkeit als Folge «der allgemeinen Eingliederung des Personalrechts ins öffentliche Recht» sehen, in dem die Evidenztheorie Geltung beanspruche.

eine nicht dazu berufene Stelle ein Arbeitsverhältnis zum Staat in Überschreitung ihrer Entscheidungsgewalt beenden will.⁸²⁷

Das Bundespersonalgesetz enthielt in seiner ursprünglichen Fassung 221 eine Bestimmung zur Nichtigkeit von Kündigungen und führte dafür drei mögliche Gründe an: dass die Kündigung wichtige Formvorschriften verletzt, nach den gesetzlichen Kündigungsgründen nicht begründet ist oder dass sie zur Unzeit nach Artikel 336c OR erfolgt ist.⁸²⁸ Diese bundespersonalrechtliche Nichtigkeit wurde von der Praxis von jener im Sinne der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze unterschieden.⁸²⁹ Die entsprechenden Konstellationen werden im geltenden Bundespersonalrecht nunmehr als Fälle der Weiterbeschäftigung nach Art. 34c BPG abgehandelt.⁸³⁰ Eine Kündigungsverfügung kann im Bundespersonalrecht aber auch unter geltendem Recht als nichtig betrachtet werden, wenn sie nach den allgemeinen Voraussetzungen als nichtig erscheint.⁸³¹

Das Zürcher Verwaltungsgericht prüft unter Anwendung der Evidenztheorie 222 die originäre Gültigkeit von Kündigungen, obwohl das kantonale Personalrecht als Rechtsfolge unzulässiger Kündigungen grundsätzlich keinen Weiterbeschäftigungsanspruch, sondern allein eine Entschädigung vorsieht.⁸³² In seiner Rechtsprechung betonte es, dass «der gesetzgeberische Wille, keinen Weiterbeschäftigungsanspruch vorzusehen, nicht über eine zu grosszügige Praxis bei der Annahme der Nichtigkeit umgangen werden» dürfe.⁸³³ Diese sei mithin nur in Fällen anzunehmen, in denen «die materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung derart schwer wiegt, dass eine blosser Feststellung der Unrechtmässigkeit und die Zusprechung einer Entschädigung diesen Unrechtsgehalt nicht

827 Vgl. BGer, 21. November 2021, 8C_775/2021, E. 6, wo bei der Prüfung der (verneinten) Nichtigkeit einer vom Präsidenten des ETH-Rates erlassenen Kündigungsverfügung mindestens implizit davon ausgegangen wird, dass ein qualifizierter Zuständigkeitsfehler zur Nichtigkeit führen könnte.

828 Art. 14 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 in der ursprünglichen Fassung (AS 2001 894).

829 BVer, 15. Dezember 2008, A-1856/2008, E. 4.2.1; siehe auch TANQUEREL, N. 911.

830 BURCKHARDT, Kündigung, N. 404.

831 BURCKHARDT, Kündigung, N. 401, 405.

832 Siehe § 18 PG/ZH sowie § 20 PG/ZH, der im Sinne einer Ausnahme hierzu für die Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit auf das Obligationenrecht verweist. Zur kantonalen Praxis statt vieler VGr ZH 13. Juni 2018, VB.2017.00444, E. 2.2. Siehe zudem die dortige abweichende Meinung einer Kammerminderheit, wonach das Gesetz für die Nichtigserklärung einer Kündigung nur Raum lasse, wenn diese durch eine krass unzuständige Stelle ausgesprochen worden sei, weil eine Entschädigung dafür schwerlich als angemessene Rechtsfolge und gesetzgeberisch wohl auch kaum beabsichtigt erscheine.

833 VGr ZH, 13. Februar 2020, VB.2019.00597, E. 2.3; 14. November 2019, VB.2019.00174, 5.2.

zu beseitigen vermöchten». ⁸³⁴ Das Bundesgericht erachtete die Anwendung der Evidenztheorie in diesen konkreten Fällen insoweit als inkorrekt, als zu Unrecht aus dem Unrechtsgehalt der Kündigung ⁸³⁵ respektive aus dem Fehlen eines Kündigungsgrunds ⁸³⁶ auf deren Nichtigkeit geschlossen worden war. Das Verwaltungsgericht sprach den jeweiligen Personen in der Folge lediglich eine Entschädigung zu. ⁸³⁷ Das Bundesgericht erwog in letzterem Urteil, dass es nur eine Willkürprüfung vornehme, weil nicht ersichtlich sei, «dass sich die Nichtigkeit mitsamt der Umschreibung ihrer Voraussetzungen ausserhalb des Geltungsbereichs bundesrechtlicher Normen zu einem selbstständig anrufbaren allgemeinen Grundsatz des Bundesrechts verdichtet hätte». ⁸³⁸ Auch in ersterem Urteil anerkannte es ausdrücklich die denkbare Konstellation einer nichtigen Kündigung nach kantonalem Recht. ⁸³⁹ Im Bereich des kantonalen Personalrechts ist die kantonale Rechtsprechung mithin innerhalb der Schranken des Willkürverbots befugt, eine Kündigung als nichtig zu erklären. Dieses kantonalrechtliche Institut könnte unter Vorbehalt des sogleich Folgenden somit ohne Weiteres auch Fälle umfassen, in denen nach dem allgemeinen Nichtigkeitsbegriff – bislang der Evidenztheorie – und der dazu ergangenen bundesgerichtlichen Praxis aufblosse Anfechtbarkeit zu schliessen wäre. Insoweit kann aus der kantonalen Rechtsprechung für die Definition des bundesrechtlichen Nichtigkeitsbegriffs nichts abgeleitet werden.

223 Ein autonomer Nichtigkeitsbegriff des kantonalen Personalrechts bedürfte allerdings eines ausreichenden Anknüpfungspunkts in der kantonalen Rechtsordnung, andernfalls sich die kantonalen Behörden aus dem im Lichte des Willkürverbots noch zulässigen «Ergebnisbereich» ⁸⁴⁰ entfernten. Dass dieser ohne jeden Anknüpfungspunkt im Gesetz oder den Materialien rein aus Überlegungen betreffend den Unrechtsgehalt einer Kündigung hergeleitet werden kann, erscheint mit Blick auf die Zürcher Rechtslage kaum möglich: Das kantonalverfassungsrechtliche Legalitätsprinzip bildet nämlich keine taugliche Grundlage eines solchen Nichtigkeitsbegriffs, zumal Art. 2 Abs. 1 KV/ZH gegenüber Art. 5 Abs. 1 BV keinen abweichenden Gehalt aufweist. ⁸⁴¹

834 VGr ZH, 13. Februar 2020, VB.2019.00597, E. 2.3; 14. November 2019, VB.2019.00174, 5.2.

835 BGer, 9. September 2020, 8C_242/2020, E. 6.5 ff. (zu VB.2019.00597).

836 BGer, 3. November 2020, 8C_7/2020, E. 6.2.3.4 ff. (zu VB.2019.00174).

837 Siehe die entsprechenden Urteile VGr ZH, 3. Dezember 2020, VB.2020.00659, und 7. Januar 2021, VB.2020.00886.

838 BGer, 3. November 2020, 8C_7/2020, E. 6.2.3.3.

839 BGer, 9. September 2020, 8C_242/2020, E. 6.4.

840 UHLMANN, Willkürverbot, N. 638.

841 Siehe BIAGGINI, Art. 2 KV/ZH, N. 1 ff., insbesondere auch zur Entstehungsgeschichte. Es erschiene indessen denkbar, dass das kantonale Recht einen gegenüber der bundes-

Soweit sich die kantonalen Behörden allein auf das bundesverfassungsrechtliche Legalitätsprinzip als die hier postulierte positivrechtliche Grundlage der Nichtigkeit im öffentlichen Recht stützen, steht ihnen gerade nicht offen, eine Kündigung mit Verweis auf Inhaltsmängel als nichtig zu erklären, welche nach der allgemeinen Definition die Staatsaktqualität der Kündigung nicht beeinträchtigen. Zudem ist das Bundesgericht in diesem Fall im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht auf eine blosser Willkürkontrolle beschränkt, ist doch die Auslegung und Anwendung des Bundesverfassungsrechts als Beschwerdegrund nach Art. 95 lit. a BGG der freien Kontrolle durch das Bundesgericht unterworfen.⁸⁴²

Für die allgemeine Analyse lassen sich aus dem Gesagten zwei Schlüsse ziehen: Erstens erachtet die Rechtsprechung einen autonomen kantonalrechtlichen Nichtigkeitsbegriff für Kündigungen als denkbar und zulässig, der im Rahmen des rechtlich willkürfrei Begründbaren unabhängig von der übrigen Nichtigkeitsrechtsprechung definiert werden kann. Zweitens erscheint bemerkenswert, dass das Bundesgericht trotz der in Zürcher Fällen zum Ausdruck gebrachten restriktiven Haltung zur Nichtigkeit zufolge inhaltlicher Mangelhaftigkeit Letztere nicht von vornherein oder insgesamt als möglichen Nichtigkeitsgrund ausschliesst. Offenbar soll eine argumentative Schiene erhalten bleiben, um in Ausnahmefällen bei inhaltlich stossenden Ergebnissen eine unrechtmässige Kündigung gänzlich aus der Welt schaffen zu können, wenn das anwendbare Personalrecht keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vorsieht. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Nichtigkeit einer Kündigung im allgemein-verwaltungsrechtlichen Sinne jedoch nicht aus inhaltlichen Mängeln folgen, zumal in Fällen, in denen nicht hätte gekündigt werden dürfen, jede Kündigung hinsichtlich des Verfahrensergebnisses in gleichem Masse fehlerhaft erscheint und mithin das für die Annahme eines nichtigkeitsbegründenden Inhaltsmangels erforderliche qualifizierende Merkmal der Fehlerhaftigkeit in keinem Fall vorliegen kann.⁸⁴³ Nichtigkeitsbegründende qualifizierte Fehlerhaftigkeit erscheint demnach nur aufgrund von Zuständigkeitsfehlern denkbar.⁸⁴⁴

rechtlichen Vorgabe ausgedehnteren Gehalt des Legalitätsprinzips vorsähe, siehe SCHNEIDER, S. 8 ff.

842 Vgl. BSK-SCHOTT, Art. 95 BGG, N. 3; BOVEY, Art. 95 LTF, N. 21 f.

843 Ausführlich zum Problem des Vergleichsobjekts oben N. 151 f. Vgl. im Ergebnis gl.M. ROTH, N. 10 f., 16.

844 Dies gilt nicht nur im Sinne der tradierten Evidenztheorie, sondern auch nach dem hier vertretenen verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff (zu diesem unten N. 248 ff.): Nur in zuständigkeitsmässiger Hinsicht kann es einer Kündigung am Bezug zur Rechtsordnung mangeln, sodass dieser die Anerkennung als Rechtserzeugungsakt zu versagen ist; in inhaltlicher Hinsicht kann ein solcher Bezug demgegenüber nicht fehlen (vgl. unten N. 261).

4. Bürgerrecht

225 Das SEM und die kantonalen Behörden sind gemäss Art. 36 des Bürgerrechtsgesetzes befugt, eine Einbürgerung als nichtig zu erklären, wenn sie durch falsche Angaben oder Verheimlichung erheblicher Tatsachen erschlichen worden ist (Abs. 1 und 3). Dafür gilt eine Frist von zwei Jahren, nachdem die Behörde vom rechtserheblichen Sachverhalt Kenntnis erhalten hat, und von acht Jahren nach dem Erwerb des Schweizer Bürgerrechts (Art. 36 Abs. 2 BÜG). Die Nichtigkeit erstreckt sich auf das Schweizer Bürgerrecht aller Kinder, deren Bürgerrecht auf der nichtig erklärten Einbürgerung beruht, sofern sie nicht im Zeitpunkt des Entscheides über die Nichtigklärung das 16. Altersjahr vollendet haben sowie die Wohnsitzerfordernisse nach Art. 9 BÜG und die Eignungsvoraussetzungen nach Art. 11 BÜG erfüllen oder durch die Nichtigklärung staatenlos würden (Art. 36 Abs. 4 BÜG).

226 Aus der von MÖCKLI aufgearbeiteten Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung folgt, dass damit nicht die Nichtigkeit im allgemein-verwaltungsrechtlichen Sinne, sondern die Widerrufbarkeit geregelt wurde.⁸⁴⁵ Der französische und der italienische Gesetzestext sprechen denn auch von «annulation» bzw. «annullamento». Das Bundesgericht erwog zur Vorgängerbestimmung zwar, dass der deutsche Gesetzestext den Sinn mit dem Wort «Nichtigklärung» genauer wiedergebe und «kein Platz mehr für einen Widerruf der Einbürgerungsverfügung nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen» bestehe.⁸⁴⁶ Ob mit dieser begrifflichen Verschmelzung von Nichtigkeit und Widerruf die Nichtigkeit im allgemein-verwaltungsrechtlichen Sinne überhaupt angesprochen werden sollte, erscheint aber fraglich.⁸⁴⁷ Dogmatisch lässt sich die Regelung der Nichtigklärung der Einbürgerung jedenfalls überzeugender als gesetzlich abschliessende Regelung des Widerrufs der Einbürgerung begreifen.⁸⁴⁸ Wäre eine Verfügung betreffend Einbürgerung im allgemeinen Sinne nichtig, etwa aufgrund eines Erlasses durch eine unzuständige Stelle, so erschiene die beschränkte gesetzliche Frist, während der eine Nichtigklärung möglich ist, systemwidrig, würde sie doch einem nach allgemeinen Grundsätzen eigentlich ex tunc unwirksamen Akt durch Zeitablauf Gültigkeit verleihen. Fehlerhafte Angaben gegenüber der verfügenden Behörde führen ferner kaum zu einer inhaltlichen Fehlerhaftigkeit von derartiger Schwere,

845 MÖCKLI, S. 387f.

846 BGE 120 Ib 193 E. 3d S. 197.

847 Bejahend, in der Folge aber auf die Problematik von der Norm nicht erfasster möglicher Nichtigkeitskonstellationen hinweisend UHLMANN, Nichtigkeit, S. 206 ff.

848 MÖCKLI, S. 389.

dass sie die Qualität der damit erschlichenen Verfügung als Staatsakt infrage stellen könnten. Zudem entfaltet die Nichtigkeitsklärung einer Einbürgerung ihre Wirkung nach der Rechtsprechung *ex nunc*,⁸⁴⁹ führt mithin zu einer vom allgemeinen Nichtigkeitsbegriff zu unterscheidenden Rechtsfolge. Auch angesichts der stossenden Resultate, welche ein Ausschluss der allgemein-verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsgründe – etwa des schwerwiegenden Zuständigkeitsfehlers – herbeizuführen vermöchte, ist ein solcher abzulehnen.⁸⁵⁰

Die Nichtigkeitsklärung einer Einbürgerung nach Art. 36 BÜG ist mithin konzeptionell von einer Feststellung der allgemein-verwaltungsrechtlichen Nichtigkeit zu unterscheiden. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die nach dieser Bestimmung zur spezialgesetzlichen Nichtigkeitsklärung einer Einbürgerung berufenen Behörden für Letzteres nicht zuständig sein können, sondern lediglich, dass die Norm insoweit insbesondere auch hinsichtlich der darin statuierten Fristen keine Geltung beanspruchen kann.⁸⁵¹ 227

IV. Zwischenfazit

Die Nichtigkeit als Konzept des allgemeinen Verwaltungsrechts lässt sich gestützt auf die bestehende Praxis positivrechtlich im verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip verankern, welches das geltende Recht als Grundlage und Schranke staatlichen Handelns fasst. Dadurch besteht eine dogmatische Rechtfertigung für die Überprüfung der kantonalen Handhabung der Nichtigkeit durch das Bundesgericht. Diese ist insbesondere im öffentlichen Personalrecht geboten, wo die Möglichkeit der Herbeiführung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsfolge die Praxis zu ergebnisgetriebenen, dogmatisch nicht überzeugenden Schlüssen auf die Nichtigkeit von Kündigungsverfügungen verführen kann. 228

Der Vertrauensschutz und das Willkürverbot weisen Bezugspunkte zum Nichtigkeitskonzept auf, stellen allerdings nicht dessen Grundlage dar. Konstellationen der Nichtigkeit bedürfen der Abgrenzung gegenüber Konstellationen des Vertrauensschutzes oder des (einfach, nicht qualifiziert) willkürlichen Staatshandelns. Verletzt eine Anordnung den Kerngehalt eines Grundrechts, ist sie nichtig; im Übrigen bilden die Grundrechte keinen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die öffentlich-rechtliche Nichtigkeit. In verschiedenen Normtexten des öffentlichen Rechts findet sich der Begriff der 229

849 BGer, 21. Januar 2019, 2C_857/2017, E. 2.1, 4.2.

850 So MÖCKLI, S. 389.

851 Zur prozessualen Geltendmachung der Nichtigkeit siehe den 3. Teil.

Nichtigkeit mit einer je eigenen Bedeutung, die mit der allgemein-verwaltungsrechtlichen nicht deckungsgleich ist. Diese Unterscheidung ist bei der Begriffsverwendung zu beachten. Aufgrund der aufgezeigten Unterschiede lässt sich die Praxis zu spezialgesetzlicher Nichtigkeit nicht ohne Weiteres für die Definition des allgemein-verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsbegriffs fruchtbar machen.

230 Mit dieser verfassungsrechtlichen Verankerung des Nichtigkeitsbegriffs kann die anfangs aufgeworfene Frage beantwortet werden, inwiefern dem Gesetzgeber eine Regelung der Nichtigkeit zustünde.⁸⁵² Das Legalitätsprinzip statuiert als Grundanforderung an rechtsverbindliches staatliches Handeln dessen ausreichende Verankerung im Recht.⁸⁵³ Ohne eine Verfassungsänderung⁸⁵⁴ kann der Gesetzgeber die daraus folgende Nichtigkeit von gänzlich ausserhalb des Rechtssystems stehenden Akten nicht ausschliessen. Die spezialgesetzliche Statuierung der Rechtsfolge der Nichtigkeit für davon nicht erfasste Konstellationen ist ihm hingegen unbenommen und der Rechtsordnung mehrfach bekannt.

231 Sodann folgt aus der verfassungsrechtlichen Verankerung eine prozessuale Konsequenz für die Geltendmachung einer fehlerhaften kantonalen Handhabung der bundesrechtlichen Nichtigkeitsdefinition: Eine Verletzung des Legalitätsprinzips kann im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht zwar nicht selbständig, aber im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts gerügt werden.⁸⁵⁵ Diese werden durch eine fehlerhafte kantonale Anwendung des Nichtigkeitsbegriffs regelmässig betroffen sein, was deren Beanstandung mittels subsidiärer Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG ermöglicht.

232 Damit wurde der positivrechtliche Rahmen der nachfolgend postulierten Nichtigkeitsdefinition dargelegt. Dieser bildet neben den Überlegungen zu den prozessualen Funktionen einer Differenzierung der Fehlerfolgen im Rechtsschutzsystem die Grundlage für eine leistungsfähige und praxistaugliche Nichtigkeitsdefinition.

852 Siehe in der Einleitung oben N. 3.

853 Siehe oben N. 193 ff.

854 Ausführlich zur Frage, welche Regelungsinhalte einer Verfassungsänderung bedürfen, KELLER/WEBER, Zuständigkeit, S. 137 ff.

855 BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 162 f.; dazu anstelle vieler FRÉSARD, Art. 116 LTF, N. 9.

§8 Eine neue Nichtigkeitsdefinition

Gestützt auf die vorstehenden Überlegungen zu Funktion und Grundlagen der Nichtigkeit sowie vor dem Hintergrund der in § 5 geäußerten Kritik an der Evidenztheorie werden im Folgenden zunächst die dogmatischen und praktischen Anforderungen an eine von der tradierten Definition abweichende Formulierung der Nichtigkeitsdefinition dargelegt, die klarer an ihre positivrechtliche Grundlage im verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip anknüpfen und in ihrer Handhabung praktische Vorteile bieten soll (I.). Ein Seitenblick auf das Privatrecht klärt, dass dieses nicht für Analogieschlüsse herangezogen werden kann (II.). Nach dem hier vertretenen verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff ist eine Verfügung nichtig, wenn sie keinen ausreichenden Bezug zur geltenden Rechtsordnung aufweist, um als Rechtsanwendungsakt gelten zu können (III.). Schliesslich wird das Vorgehen zur Prüfung der Nichtigkeit eines Aktes dargestellt (IV.).

I. Dogmatische und praktische Anforderungen

Nach der tradierten Nichtigkeitsdefinition ist ein staatlicher Hoheitsakt⁸⁵⁶ 234 nichtig, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer sowie offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.⁸⁵⁷ Diese Definition wurde im ersten Teil als dogmatisch und aus Anwendersicht nicht überzeugend kritisiert, ist sie doch konturlos, inhärent widersprüchlich, stellt mit dem einer sinnvollen Herleitung entbehrenden Erkennbarkeitskriterium auf einen unklaren Erkenntnishorizont ab und schafft Rechtsunsicherheit.⁸⁵⁸ Zudem knüpft sie an keiner positivrechtlichen Grundlage an, obwohl mit dem Legalitätsprinzip ein verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt besteht.⁸⁵⁹ Während ein Abschied von der Evidenztheorie als Gebot der Rechtssicherheit erscheint,⁸⁶⁰ besteht keine Veranlassung, den Begriff der Nichtigkeit im öffentlichen Recht aufzugeben, zumal die Rückführung des Konzepts auf seine verfassungsrechtliche Grundlage nur hinsichtlich der Voraussetzungen für die

856 Zum Anwendungsbereich der tradierten Definition § 3.

857 Siehe die Hinweise oben bei N. 16.

858 Ausführlich oben § 5.

859 Siehe oben N. 196 ff.

860 Siehe oben N. 168 f.

Annahme der Nichtigkeit Konsequenzen zeitigt,⁸⁶¹ am rechtsgebietsübergreifenden Begriffsverständnis der Nichtigkeit als rechtlicher Inexistenz hingegen nichts ändert.⁸⁶²

235 Eine Neufassung der Nichtigkeitsdefinition muss den offengelegten und kritisierten Schwächen der tradierten Evidenztheorie Rechnung tragen. Sie soll insbesondere beim Entscheid über die Nichtigkeit einer Anordnung in der Praxis mehr Klarheit und Voraussehbarkeit ermöglichen und verhindern, dass rechtsverbindliches Staatshandeln von ausserhalb der Rechtsordnung stehendem, als rechtlich inexistent zu betrachtendem Staatshandeln anhand diffuser Kriterien abgegrenzt wird. Zudem empfiehlt sich eine aus der Definition ersichtliche Anknüpfung an das Legalitätsprinzip als verfassungsrechtliche Begründung für die Existenz von Nichtigkeit. Die Definition muss in erster Linie für Akte tauglich sein, die einen Rechtsschein – den Anschein des Bestehens einer Rechtslage⁸⁶³ – schaffen, denn nur bei solchen besteht überhaupt ein praktisches Bedürfnis nach einem Entscheid über deren allfällige Nichtigkeit.⁸⁶⁴

236 Die Unverständlichkeit einer Anordnung, die bisweilen als inhaltsbezogener Nichtigkeitsgrund gesehen wird,⁸⁶⁵ muss aus Rechtsschutzüberlegungen von der Nichtigkeitsdefinition nicht erfasst sein, weil eine Anordnung ohne feststellbaren Inhalt, von dessen formeller Rechtskraft später ausgegangen werden könnte, ohnehin keine Wirkungen entfalten kann – zumindest nicht ohne einen weiteren, verständlichen und damit potenziell Folgen zeitigenden Rechtsakt. Dessen rechtliche Existenz lässt sich wiederum an der Nichtigkeitsdefinition messen. Der aus anderen faktischen Gründen als der Unverständlichkeit seines Inhalts nicht vollziehbare Akt (der sich z.B. auf eine untergegangene Sache bezieht) ist immer gegenstandslos und bedarf deshalb keiner Erfassung durch eine praxisorientierte Nichtigkeitsdefinition. Denn selbst wenn eine tatsächlich unmögliche Anordnung in formelle Rechtskraft erwachsen sollte, wird sie nie praktische Relevanz erlangen können.

237 Schutzwürdige private Interessen können die Rechtslage für Private nach Massgabe des Vertrauensschutzes gestalten, sind für die Entscheidung über die Rechtsaktqualität einer Anordnung im Sinne des Legalitätsprinzips aber unerheblich. Ein Rückgriff auf die Figur der verwaltungsrechtlichen Nichtigkeit ist in Vertrauensschutzkonstellationen aber ohnehin nicht notwendig, um ausreichenden Rechtsschutz sicherzustellen. Ähnlich müssen grund-

861 Zum Vorgehen zur Prüfung der Nichtigkeit unten N. 253 ff.

862 Unten N. 301.

863 Grundlegend zu dieser Terminologie aus der Privatrechtsliteratur RUSCH, S. 39.

864 Vgl. oben N. 39 f.; vgl. auch IMBODEN, Staatsakt, S. 50 f.

865 Siehe oben N. 118.

rechtswidrige Anordnungen aus Rechtsschutzüberlegungen nicht zwingend von einer Nichtigkeitsdefinition erfasst sein, weil der verfassungsrechtlich gebotene (grundrechtliche) Schutz Einzelner vor staatlichen Beeinträchtigungen durch Anordnungen, die nicht innert Rechtsmittelfrist angefochten worden sind, bereits durch die verfahrensrechtliche Möglichkeit sichergestellt ist, schwerwiegende Grundrechtsverletzungen im Vollzugsstadium rügen zu können.⁸⁶⁶

Die tradierte Nichtigkeitsdefinition kann sich nicht auf eine positivrechtliche Grundlage, sondern nur auf Lehre und Rechtsprechung stützen. Auch eine noch so lange konstante Praxis schafft indes keine unumstösslichen Präjudizien, sondern nicht mehr als faktische Verbindlichkeit,⁸⁶⁷ existiert doch keine formelle Bindung an frühere entscheidungstragende Begründungen.⁸⁶⁸ Einer Neufassung der Nichtigkeitsdefinition steht mithin nicht entgegen, dass das Bundesgericht seit Jahrzehnten seine Formel zur Nichtigkeit in allen Sprachen als unveränderten und unhinterfragten Textbaustein wiederholt.

Diese Untersuchung schlägt keinen Bruch mit der bisherigen Praxis vor: Vielmehr soll eine Definition vorgeschlagen werden, die einer Konkretisierung und Konturierung anhand der bundesgerichtlichen Präjudizien zugänglich erscheint. Einem Vorschlag, der das Nichtigkeitskonzept im Legalitätsprinzip verankert und die nicht überzeugenden Definitionselemente ausklammert, ist allerdings inhärent, dass nach ihm nicht in allen Urteilen, in denen nach der hier als fehlerhaft abgelehnten Evidenztheorie verfahren worden ist, auf dasselbe Ergebnis zu schliessen wäre.

Bevor im Folgenden vor dem Hintergrund dieser Anforderungen sowie mit Blick auf die prozessualen Funktionen der Nichtigkeit eine Neufassung ihrer Definition postuliert werden soll, ist zunächst die Frage aufzuwerfen, ob dafür im Sinne eines Analogieschlusses oder einer Inspirationsquelle auf den Begriff der Nichtigkeit im Privatrecht zurückgegriffen werden könnte.

II. Untauglichkeit einer Privatrechtsanalogie

Im Privatrecht findet der Begriff der Nichtigkeit bei Rechtsgeschäften Anwendung, die von Anfang an, unbefristet und unheilbar keinerlei rechtsgeschäft-

866 Vgl. SALADIN, S. 555; zur Möglichkeit, im Vollzugsstadium die Grundrechtswidrigkeit der Sachverfügung zu rügen, siehe oben FN 522.

867 DUBS, S. 296, der die verantwortungsbewusste Auseinandersetzung mit den eigenen Präjudizien als ungeschriebene Pflicht der Rechtsanwendenden bezeichnet. Vgl. zum Grad der Bindungswirkung von Präjudizien HÄNNI, Verfassungsstruktur, S. 141 ff., und SEILER, Rechtsanwendung, S. 4.

868 KRAMER, S. 323 f.

liche Wirkungen entfalten, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, ohne dass dafür eine Gestaltungserklärung nötig wäre, und was allen Personen entgegengehalten werden kann, die aus dem betreffenden Rechtsgeschäft Rechte ableiten wollen.⁸⁶⁹ Die zivilrechtliche Nichtigkeit war bereits dem römischen Recht bekannt.⁸⁷⁰ Im geltenden Recht sieht Art. 20 OR die Nichtigkeit von Verträgen vor, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen; wenn also «der rechtsgeschäftliche Gestaltungswille Werte gefährdet oder verletzt, die höher zu veranschlagen sind als Vertragsfreiheit und Vertragstreue».⁸⁷¹ Das Erbrecht kennt die Nichtigkeit als unverjähbaren Mangel letztwilliger Verfügungen aufgrund formeller oder inhaltlicher Fehler, der von Amtes wegen zu beachten ist.⁸⁷² Das Gesellschaftsrecht kennt ebenfalls eine Nichtigkeit: So erwähnt etwa im Aktienrecht Art. 706b OR nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Die dort nicht abschliessend aufgezählten Nichtigkeitsgründe gelten gemäss Art. 714 OR auch für Verwaltungsratsbeschlüsse.⁸⁷³ Eine Nichtigkeit ist ferner dem Markenrecht bekannt, wo sie eine Marke als Folge absoluter Ausschlussgründe oder missbräuchlicher Markenhinterlegung trifft.⁸⁷⁴

242 Die gleichzeitige Verwendung des Begriffs der Nichtigkeit im Zivil- und im öffentlichen Recht legt auf den ersten Blick nahe, aus dieser begrifflichen Parallelität Schlüsse für die Rechtsanwendung zu ziehen.⁸⁷⁵ GIACOMETTI diagnostizierte eine begrifflich durch die Bezeichnung von Verwaltungsakten als «das Rechtsgeschäft der Verwaltung» motivierte Übernahme der Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit durch die Verwaltungsrechtslehre.⁸⁷⁶ Die «einfache Übernahme privatrechtlicher Normen ins öffentliche Recht» entbehrt indessen einer sinnvollen Begründung.⁸⁷⁷ Schon aus grundsätzlichen Überlegungen sind Anleihen aus der Privatrechtsdogmatik für das öffentliche Recht abzulehnen: Die hoheitliche Verwaltungstätigkeit soll nicht analog

869 Anstelle vieler SEILER, Ungültigkeit, S. 9 f.

870 HONSELL, S. 33 ff.

871 HUGUENIN, Vertragsmängel, S. 84 f.

872 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 946 f.

873 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, S. 519 f.

874 THOUVENIN, S. 552.

875 GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 424 f., sah in der damaligen Doktrin zur Nichtigkeit eine «Anlehnung an das Zivilrecht». SALADIN, S. 546, ortete den Ursprung des verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitskonzepts im Privatrecht.

876 GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 424.

877 VON HIPPEL, S. 84. A.M. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 252, welche die analoge Anwendung privatrechtlicher Normen im öffentlichen Recht zur Lückenfüllung erlauben wollen.

dem Zivilrecht unterstellt werden, das auf den Ausgleich der Interessen gleichgeordneter Privatrechtssubjekte zugeschnitten ist,⁸⁷⁸ während das öffentliche Recht nicht nur Konflikte lösen, sondern die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und Hoheitsträgern, zwei strukturell ungleichen Beteiligten,⁸⁷⁹ ordnen und den Inhalt staatlicher Tätigkeit gestalten soll.⁸⁸⁰ Zudem bezweckt verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz nicht die Durchsetzung subjektiver Rechte, sondern des objektiven Rechts.⁸⁸¹

Im privatrechtlichen Verhältnis steht Privaten bisweilen frei, sich so zu verhalten, wie sie sich in einem nichtigen Rechtsgeschäft verpflichten wollten.⁸⁸² Die Nichtigkeit einer staatlichen Anordnung ist aufgrund der Rechtsbindung der Verwaltung der Disposition der Parteien entzogen.⁸⁸³ An der Beseitigung schwerwiegend fehlerbehafteter Verfügungen und der Verhinderung ihres Vollzugs besteht regelmässig ein öffentliches Interesse. Die Verwaltung darf sich demnach nicht ungeachtet der Nichtigkeit einer Anordnung dieser entsprechend verhalten. In privatrechtlichen Verhältnissen kann eine Berufung auf Nichtigkeit gegen Treu und Glauben verstossen und daher rechtsmissbräuchlich sein.⁸⁸⁴ Die Berufung auf die verwaltungsrechtliche Nichtigkeit eines staatlichen Aktes ist hingegen nie rechtsmissbräuchlich, weil das Parteiverhalten die fehlende Verankerung eines Staatsaktes in der Rechtsordnung nicht beeinflussen kann.⁸⁸⁵ Das Bundesgericht erachtet die Rüge der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, die nach Treu und Glauben bereits in einem früheren Prozessstadium hätte vorgebracht werden müssen, nicht als rechtsmissbräuchlich.⁸⁸⁶

Vor mehr als einem Jahrhundert erwog das Bundesgericht, dass die einen verwaltungsrechtlichen Akt «vor dem privaten Rechtsgeschäft auszeichnende autoritative Kraft, der in ihm zum Ausdruck gelangende Staatswille», eine

878 Siehe RUCK, S. 18 f., der das Zivilrecht aber immerhin als tauglichen «Fingerzeig für eine eigene selbständige Ergänzung des Verwaltungsrechts» betrachtet.

879 STADLER, S. 127. Zur vertikalen Struktur des öffentlichen Rechts GÄCHTER, S. 243.

880 MOOR, *juge administratif*, S. 676 f.

881 GÄCHTER, S. 15.

882 Etwa bei nichtigen Prostitutionsverträgen, siehe dazu BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR, N. 38.

883 Vgl. GÄCHTER, S. 16.

884 BGE 104 II 99 E. 3 S. 101, dazu HUGUENIN, *Vertragsmängel*, S. 53 ff.

885 In Konstellationen, in denen die Annahme der Nichtigkeit nicht zu befriedigenden Ergebnissen führt, kann der Rechtsmissbrauchs begriff im Sinne seiner «Durchgangsfunktion» nicht mehr leisten, als die Rechtsanwendenden auf ein methodisch und verfassungsrechtlich korrektes Vorgehen zu verweisen (siehe GÄCHTER, S. 444).

886 BGer, 23. Februar 2016, 1C_378/2015, E. 3.2.2 f.; 31. August 2017, 1C_447/2016, E. 3.1.

gesteigerte Bedeutung seines formellen Bestandes bedinge.⁸⁸⁷ Weiter wird unter Umständen einem ursprünglich mangelhaften Vertrag nach seiner Erfüllung erhöhter Bestandesschutz zugesprochen.⁸⁸⁸ Der bereits erfolgte Vollzug einer nichtigen Verfügung steht der Annahme der Nichtigkeit demgegenüber nicht entgegen.⁸⁸⁹ Bei nichtigen Verträgen wird mittels Vindikation und Kondiktion der *status quo ante* wiederhergestellt,⁸⁹⁰ während bei nichtigen Verfügungen regelmässig nicht (nur) die Wiederherstellung einer Fakten-, sondern der vorbestehenden Rechtslage im Vordergrund steht. Ferner wird der inhaltlichen Richtigkeit von Verfügungen im öffentlichen Recht höhere Bedeutung beigemessen als derjenigen von Verträgen im Privatrecht.⁸⁹¹ Schliesslich schützt die Nichtigkeit im öffentlichen Recht nicht eine (schwächere) Partei, wie dies etwa die Nichtigkeitssanktion bei übermässiger vertraglicher Bindung tut,⁸⁹² sondern definiert den Rahmen möglicher Rechtsanwendung innerhalb des Fehlerkalküls.⁸⁹³

245 Aufgrund der grundsätzlichen Andersartigkeit der Nichtigkeit im Vertragsrecht sind Analogien zur zivilrechtlichen Lehre und Praxis für eine Konkretisierung des verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsbegriffs nach dem Gesagten abzulehnen.

246 Das Heranziehen der Grundsätze zur Nichtigkeit von Beschlüssen juristischer Personen, deren Behandlung IMBODEN analog zu jener von Staatsakten begriff,⁸⁹⁴ ist ebenfalls abzulehnen. Das öffentliche Recht ist nicht von denselben oder analogen Spannungsfeldern zwischen Anspruchsgruppen, Mehr- und Minderheiten sowie Gesellschaft und Organen geprägt wie das Gesellschaftsrecht.⁸⁹⁵ Zudem wird etwa bei der Nichtigkeit von Generalversamm-

887 BGE 44 I 56, 59f.

888 ROULLER, S. 307.

889 Nach der tradierten Nichtigkeitsdefinition zumindest insoweit, als die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht beeinträchtigt erscheint (zu diesem Kriterium oben N. 141 ff.). Allenfalls liegt aber eine Vertrauensschutzkonstellation vor, in der sich eine Person auf den verfassungsrechtlichen Schutz ihres berechtigten Vertrauens in den Bestand der betreffenden Verfügung berufen kann.

890 HUGUENIN, Vertragsmängel, S. 65 ff.

891 TANNER, N. 220.

892 Dazu ROULLER, S. 187 f.

893 Zum Begriff des Fehlerkalküls oben N. 188.

894 IMBODEN, Staatsakt, S. 9.

895 Vgl. zu den je nach Ausgestaltung einer Gesellschaft unterschiedlichen Spannungsfeldern VON DER CRONE, N. 2 ff. Zum Unterschied zwischen privatrechtlichen Gesellschaften und öffentlich-rechtlichen Personenverbindungen siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, S. 10 ff.

lunftsbeschlüssen der sich nach dem Gesagten gerade nicht für Analogieschlüsse eignende Art. 20 OR als «Ausgangspunkt» herangezogen⁸⁹⁶ und eine Rechtsmissbrauchssperre bei der Berufung auf Nichtigkeit bejaht.⁸⁹⁷ Zwar wird bei der dortigen Frage der Nichtigkeit wie bei der Evidenztheorie auf Rechtssicherheitsüberlegungen abgestellt,⁸⁹⁸ doch kann der von einem Beschluss einer Gesellschaft ausgehende Anschein der Rechtmässigkeit kaum mit jenem einer staatlichen Anordnung gleichgesetzt werden.

Das verwaltungsrechtliche Konzept der Nichtigkeit unterscheidet sich demnach in vielfacher Hinsicht von seinen begrifflichen Pendanten im Zivilrecht. Den Nichtigkeitsbegriffen im Schweizer Recht ist nur gemein, dass sie für rechtlich inexistent betrachtete Handlungen verwendet werden. Es bestehen aber entscheidende Unterschiede hinsichtlich Voraussetzungen und Möglichkeiten der Geltendmachung der Nichtigkeit. Eine Neufassung der verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsdefinition kann sich angesichts der Unterschiedlichkeit der Konzepte sowie der dargelegten grundsätzlichen Vorbehalten gegen ein solches Vorgehen nicht auf eine Zivilrechtsanalogie stützen, sondern ist im Folgenden unabhängig von den zivilrechtlichen Nichtigkeitsbegriffen zu entwickeln. 247

III. Der verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff

Einer Anwendung der tradierten Nichtigkeitsdefinition geht die Suche nach einem Rechtsfehler voraus. Ist dieser gefunden, wird in einem zweiten Schritt die dreigliedrige Evidenztheorie angewendet und gefragt, ob der Fehler schwer wiegt, ob er leicht erkennbar ist und ob die Konsequenzen einer Nichtigerklärung unter dem Titel der Rechtssicherheit hinnehmbar erscheinen.⁸⁹⁹ Ein entscheidender Nachteil dieses Vorgehens liegt darin, dass die Evidenztheorie auf grundsätzlich jeden denkbaren Rechtsfehler angewendet werden kann und deshalb bisweilen blind auch auf im Instanzenzug heilbare Fehler oder solche angewendet wird, die richtigerweise als Vertrauensschutzkonstellationen zu behandeln wären. Aufgrund der festgestellten Konturlosigkeit der Evidenztheorie und weil darin auf den von jeder rechtsanwendenden Instanz im 248

896 VON DER CRONE, N. 1212.

897 BÖCKLI, S. 2177; VON DER CRONE, N. 1241. Im öffentlichen Recht kann eine Berufung auf Nichtigkeit hingegen nicht am Rechtsmissbrauchsverbot scheitern, siehe oben N. 243.

898 BGE 147 III 126 E. 3.3.4.1 S. 134.

899 Eine nähere Auseinandersetzung mit und Kritik der Evidenztheorie bildeten Gegenstand des 1. Teils dieser Untersuchung.

luftleeren Raum letztlich frei definierten Erkenntnishorizont einer hypothetischen Drittperson abgestellt wird, werden durch dieses Vorgehen unvorhersehbare Ergebnisse produziert.⁹⁰⁰

249 Die hier postulierte Nichtigkeitsdefinition wählt einen anderen Ausgangspunkt. Dass staatliche Handlungen nichtig sein können, ist Folge des verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzips, welches das Recht als Grundlage und Schranke staatlichen Handelns fasst.⁹⁰¹ Die Konturen des allgemein-verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsbegriffs folgen demnach unmittelbar aus der Verfassung. Im Gegensatz zu nichtigen Akten weisen bloss anfechtbare trotz ihrer Mangelhaftigkeit eine (ausreichende) rechtliche Verankerung im geltenden Recht auf, weshalb sie in formelle Rechtskraft erwachsen können. Darin und nicht in Erkennbarkeits-⁹⁰² oder Rechtssicherheitsüberlegungen⁹⁰³ liegt die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit begründet.

250 Nach dem hier postulierten *verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff* definiert sich die Nichtigkeit im öffentlichen Recht daher wie folgt:

Nichtig ist ein auf Rechtswirkungen gerichteter Akt, der keinen hinreichenden Bezug zur geltenden Rechtsordnung aufweist, um als Rechtserzeugungsakt gelten zu können.

251 Nichtig sind demnach Akte, denen es im Sinne des Legalitätsprinzips an jeder Verankerung im Recht fehlt und die ausserhalb der Schranken dessen stehen, was die auf der Verfassung aufbauende Rechtsordnung als Akte der Erzeugung von Rechtsverbindlichkeit durch Rechtsanwendung oder Rechtsetzung anerkennt. Als Akte im Sinne dieser Definition sind dabei nicht nur Verfügungen zu verstehen, sondern alle auf öffentlich-rechtliche Wirkungen gerichteten

900 Illustrativ dafür ist der jüngst ergangene BGE 148 II 564, in dem eine ohne Ausschreibung vergebene Plakatkonzession als nichtig betrachtet wurde und sich das Bundesgericht von der Lehre und seiner bisherigen Praxis zum Nichtigkeitsbegriff weit entfernte; der sonst jeweils postulierte Erkenntnishorizont einer Durchschnittsperson fand darin keine Erwähnung. Dass eine Konzessionsvergabe gestützt auf ihre Binnenmarktrechtswidrigkeit als nichtig erklärt werden kann, überrascht bei Kenntnis der bisherigen Rechtsprechung, ist solches doch wertungsmässig keinesfalls mit anderen anerkannten inhaltlichen Nichtigkeitsgründen wie etwa der Verletzung des Kerngehalts eines Grundrechts gleichzusetzen (zu diesem Urteil oben N. 123).

901 Vgl. oben N. 196 ff.

902 Zu den gegen ein Abstellen auf das jeder dogmatischen Begründung entbehrende Erkennbarkeitskriterium sprechenden Gründen oben N. 163 ff.

903 Zur Untauglichkeit des Rechtssicherheitskonzepts als Anknüpfungspunkt für ein leistungsfähiges und dogmatisch überzeugendes Nichtigkeitsverständnis oben N. 157 ff.

Handlungen. Der fehlende Ableitungszusammenhang zum geltenden Recht verunmöglicht, dem nichtigen Akt rechtliche Verbindlichkeit zuzuerkennen, weil autoritative Anordnungen nicht im rechtsfreien Raum, losgelöst vom positiven Recht, entstehen können. Sie vermögen nur rechtliche Verbindlichkeit zu schaffen und überhaupt rechtliche Existenz zu erlangen, wenn sie sich auf das geltende Recht zurückführen lassen. In der schweizerischen Tradition wird eine Falschanwendung von Recht nicht als Verletzung des Legalitätsprinzips verstanden, sondern als Verstoss gegen den betreffenden, falsch angewendeten Rechtssatz.⁹⁰⁴ Der nicht nichtige, sondern bloss einfach rechtsfehlerhafte (und in diesem Sinne anfechtbare) Rechtsakt entspricht zwar nicht allen Anforderungen der Rechtsordnung an seine Rechtmässigkeit, im Gegensatz zum nichtigen Rechtsakt steht er aber in einem ausreichenden Bezug zu seiner (falsch angewendeten) rechtlichen Grundlage. Deshalb erzeugt er Rechtsverbindlichkeit – zwar falsch, aber wirksam.

Diese Definition verschiebt den Ausgangspunkt des methodischen Vorgehens zum Entscheid über die Nichtigkeit von der Suche nach einem Rechtsfehler hin zur Frage, ob im Einzelfall wirksames Recht entstanden ist. Sie lässt sich auf alle Akte anwenden, die in den Anwendungsbereich der tradierten Nichtigkeitsdefinition fallen,⁹⁰⁵ und knüpft insoweit an die bestehende Praxis an. Die vorgeschlagene Neufassung der Nichtigkeitsdefinition ist insbesondere auch auf Akte nichtstaatlicher Urheberschaft anwendbar und erfordert keine vorgelagerte Prüfung, ob überhaupt ein staatlicher Akt vorliege. Ein als Verfügung oder Erlass bezeichnetes Dokument, das Rechtsbeziehungen hoheitlich gestalten oder normieren will, ohne dass für eine solche Befugnis seines Urhebers ein tauglicher rechtlicher Anknüpfungspunkt besteht, ist nichtig.⁹⁰⁶ Wird ein Privater hingegen wirksam mit einer öffentlichen Aufgabe betraut und mit Verfügungskompetenz ausgestattet, kann er rechtsverbindliche Anordnungen treffen. In diesem Fall besteht ein ausreichender Bezug zur geltenden Rechtsordnung, um den Akt des Privaten als rechtserzeugend anzuerkennen.

904 In keinem der zitierten Standardwerke wird die falsche Rechtsanwendung als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 BV verstanden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 336 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N. 470 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 1812 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 621 ff.; TANQUEREL, N. 448 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 386 ff.; ZEN-RUFFINEN, N. 193 ff.).

905 Oben § 3.

906 Im Falle des mit einer Administrativuntersuchung betrauten Professors (vgl. oben N. 41) wäre zu fragen, ob eine von diesem getroffene Anordnung unter Berücksichtigung der generell-abstrakten und individuell-konkreten Regelungsumstände des Einzelfalls einen ausreichenden Ableitungszusammenhang zur Rechtsordnung aufweist, um Anerkennung als Rechtserzeugungsakt finden zu dürfen.

IV. Vorgehen zur Prüfung der Nichtigkeit

253 Das vorgeschlagene Vorgehen bei der Prüfung der Nichtigkeit eines Aktes gliedert sich in zwei Schritte.

254 Zunächst ist zu prüfen, ob und welche Rechtswirkungen der fragliche Akt herbeiführen soll. Weil die Frage nach der Nichtigkeit eine nach der Verbindlichkeit von Rechtswirkungen ist, kann sie sich bei Realakten nicht stellen.⁹⁰⁷ Was nicht auf die Herbeiführung öffentlich-rechtlicher Rechtswirkungen, sondern auf einen Handlungserfolg gerichtet ist, kann weder formeller Rechtskraft zugänglich noch nichtig sein. Es existiert bloss faktisch. Rechtsschutz wäre dagegen über den Weg der Verfügung über einen Realakt zu suchen. Im ersten Prüfschritt ist mithin zu klären, ob ein Realakt oder ein Rechtsakt vorliegt, dessen Wirksamkeit nach Massgabe der Nichtigkeitsdefinition geprüft werden kann.

255 In einem zweiten Schritt ist nach einem Bezug des möglicherweise nichtigen Rechtsaktes zur geltenden Rechtsordnung zu fragen, der erlaubt, diesen als Akt der Rechtserzeugung zu begreifen. Ein Bezugspunkt zum geltenden Recht ist dafür in zweierlei Hinsicht erforderlich:

256 Zum einen muss ein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Zuständigkeit bestehen. Die staatliche Urheberschaft eines Aktes an sich stellt noch keinen solchen Anknüpfungspunkt dar.⁹⁰⁸ Nichtig mangels ausreichenden rechtlichen Anknüpfungspunkts in zuständigkeitsmässiger Hinsicht ist der Akt, mit welchem seine Urheberschaft die Schranken ihres rechtlichen Könnens, nicht bloss jene ihres rechtlichen Dürfens überschreitet.⁹⁰⁹ Hier kann an die Lehre und Praxis zum Begriff der allgemeinen Entscheidungsgewalt angeknüpft werden, der einen Zuständigkeitsfehler als Nichtigkeitsgrund ausschliesst, wenn die betreffende Instanz innerhalb ihrer fachlichen Kompetenzen oder in einem Bereich gehandelt hat, der sich mit ihren gesetzlichen Zuständigkeiten überschneidet.⁹¹⁰

907 Anders als teils angenommen, siehe oben N. 46.

908 Nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, dass der Konnex zu einer weitgefassten Bestimmung im Einzelfall genügt – etwa Art. 60 Abs. 1 KV/ZH, wonach der Regierungsrat im Kanton Zürich «oberste leitende und vollziehende Behörde» ist.

909 Die Verwendung dieser aus dem Recht der Stellvertretung bekannten Terminologie (vgl. BSK-WATTER, Art. 33 OR, N. 4) ist nicht als Analogieschluss zu verstehen, sondern bezieht sich auf rechtliches Können im Sinne des Legalitätsprinzips, welches dafür die Rechtsordnung insgesamt als Grundlage und Schranke fasst. Zur Untauglichkeit von Zivilrechtsanalogien im öffentlichen Recht im Allgemeinen und zur Nichtigkeit im Besonderen siehe oben N. 241 ff.

910 Vgl. oben N. 81 ff.

Zum anderen muss der Akt inhaltlich als Akt der Rechtserzeugung erscheinen. 257 Dabei stellt die unrichtige Anwendung von Recht die Rechtsaktqualität eines fehlerhaften Aktes nicht infrage. Nur wenn sich ein Akt nicht als Ausdruck eines fehlerhaften Rechtsverständnisses begreifen lässt, sondern in gar keinem Zusammenhang zu einer möglichen rechtlichen Grundlage steht, ist er nichtig. Diese Grenzziehung zwischen Falschanwendung von Recht und gänzlicher Rechtsgrundlagenlosigkeit wirft zwar methodische Schwierigkeiten auf.⁹¹¹ Im Gegensatz zu den im ersten Teil der Untersuchung aufgezeigten Nachteilen der Evidenztheorie⁹¹² erscheint diese Grenzziehung jedoch nach den folgenden Überlegungen einer sinnvollen und voraussehbaren Konkretisierung durch die Praxis zugänglich. Diese kann an die Rechtsprechung zur tradierten Nichtigkeitsdefinition anknüpfen:

Bei *Rechtsetzungsakten* ist der notwendige Ableitungszusammenhang, 258 der rechtliche Geltung erzeugt, Folge der Rechtsetzungsbefugnis des Organs, das die generell-abstrakte Regelung erlässt. Dafür bedarf es einer Kompetenzgrundlage. Eine Unterscheidung zwischen Kompetenzgemässheit und inhaltlicher Rechtmässigkeit eines Erlasses ist dabei konzeptionell nicht möglich.⁹¹³ Ob eine solche Grundlage vorliegt, lässt sich mittels Auslegung des übergeordneten Rechts feststellen. Die gänzliche Unwirksamkeit von Rechtssätzen ex tunc kann auch aus anderen Gründen folgen; zugunsten begrifflicher Klarheit ist dafür aber der Begriff der Nichtigkeit zu vermeiden.⁹¹⁴ Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen kann analog darauf abgestellt werden, ob die Rechtsordnung eine Grundlage für die Erzeugung von Rechtswirkungen mittels dieser Handlungsform zur Verfügung stellt.⁹¹⁵

Bei *Rechtsanwendungsakten* kann auf die anerkannten Auslegungsmethoden⁹¹⁶ abgestellt und danach gefragt werden, ob das durch eine möglicherweise nichtige Verfügung angeordnete rechtliche Resultat anhand mindestens einer methodisch zulässigen Vorgehensweise begründbar erscheint, auch

911 Nach VON HIPPEL, S. 55, laufen alle methodischen Schwierigkeiten bei der Behandlung fehlerhafter Staatsakte «von allen Seiten wie Fäden eines Netzes in der Lehre von der Rechtsauslegung als ihrem Anfangspunkt zusammen».

912 Zur Unmöglichkeit einer sinnvollen und voraussehbaren Handhabung der tradierten Nichtigkeitsdefinition ausführlich oben § 5.

913 IMBODEN, Bundesrecht, S. 10.

914 Ausführlich oben N. 52.

915 Vgl. zur Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge FN 102.

916 Grundlegend und anschaulich dazu BIAGGINI, Methodik, S. 27 ff. Das Bundesgericht befolgt einen «pragmatischen Methodenpluralismus» und lehnt eine Hierarchie der einzelnen Auslegungselemente ab (anstelle vieler BGE 145 III 109 E. 5.1 S. 114). Ausführlich zu den anerkannten Auslegungsregeln KRAMER, S. 66 ff.

wenn es mangels Berücksichtigung aller Auslegungselemente im Ergebnis fehlerhaft oder gar geradezu unsinnig erscheint.⁹¹⁷ Trotz der Relativität juristischer Erkenntnis und Wertung⁹¹⁸ und aller Kritik am von der Rechtsprechung propagierten pragmatischen Methodenpluralismus,⁹¹⁹ welche die damit begründeten Auslegungsergebnisse als zu beliebig betrachtet,⁹²⁰ kann einem Rechtsanwendungsakt eine methodisch vertretbare juristische Herleitung fehlen, weil er sich etwa nur auf Überlegungen hinsichtlich der Wünschbarkeit eines Ergebnisses stützt, die nicht aus der Rechtsordnung folgen. In diesem Fall darf er nicht als Rechtsanwendungsakt anerkannt werden, sondern ist als nichtig zu betrachten, weil er die aus dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip fließende Grundanforderung an die Verankerung staatlichen Handelns im Recht nicht erfüllt. Ein Akt, der Rechtsverbindlichkeit beanspruchen will, aber keinen Anknüpfungspunkt in der Rechtsordnung aufweist, wird von den die formelle Rechtskraft erzeugenden Verfahrensregeln nicht erfasst.

260 Eine Theorie der Vertretbarkeit von Rechtsanwendungsergebnissen zu erarbeiten, ist weder Ziel noch Anspruch dieser Untersuchung, stellt die Frage nach den Grenzen der Auslegung doch einen der umstrittensten Punkte aller juristischer Methodenkonzeptionen dar.⁹²¹ Die Neufassung der Nichtigkeitsdefinition soll aber den Blick auf dieses Problem lenken, das für den Entscheid über die Nichtigkeit zufolge inhaltlicher Fehlerhaftigkeit zentral ist. Gemäss der vorgeschlagenen Formulierung ist die Frage nach der Nichtigkeit eines fehlerhaften Staatsakts im Einklang mit der postulierten verfassungsrechtlichen Verankerung dieses Konzepts jene nach der wirksamen Erzeugung von Rechtsverbindlichkeit. Die Prüfung der Nichtigkeit eines Aktes erfordert eine Bewertung des Ableitungszusammenhangs zur Rechtsordnung, welche keinen

917 Ob das Abstellen auf ein einziges Auslegungselement statt mehrerer im konkreten Fall für die Anerkennung eines Rechtserzeugungszusammenhangs ausreicht, stellt eine Wertungsfrage dar, die nur mit Blick auf den Einzelfall beantwortet werden kann.

918 GÄCHTER, S. 220 ff.

919 Siehe anstelle vieler BGE 148 II 243 E. 4.5.1 S. 255 f. m.w.H. Zum Begriff des pragmatischen Methodenpluralismus und seiner Entwicklung siehe WALTER, S. 157 ff.; siehe auch SEILER, Rechtsanwendung, S. 4 ff., der die bundesgerichtliche Methode als «besser als ihr Ruf» verteidigt (S. 129).

920 KRAMER, S. 144, kritisiert den bundesgerichtlichen Methodenpluralismus als «Methodenopportunismus»; nach AMSTUTZ, Text des Gesetzes, S. 272, führe dieses Vorgehen «eine kaum noch begrenzte Rechtsfindungsfreiheit» ein.

921 GÄCHTER, S. 277 f. MÖLLERS, S. 471, spricht hinsichtlich der Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung von einem seit 150 Jahre andauernden Streit der juristischen Methodenlehre. WALTER JELLINEK bezeichnete als «alte Weisheit», dass «methodologische Studien erst im reiferen Mannesalter geschrieben werden sollten, am besten sogar als Krönung des wissenschaftlichen Lebenswerkes» (in: Archiv des öffentlichen Rechts, N.F. 9/1925, S. 361).

Vergleich mit einem rechtlich richtigen Ergebnis, sondern eine Würdigung der methodischen Vertretbarkeit des gewählten Vorgehens voraussetzt.⁹²²

Besteht ein Auswahl- oder Entschliessungsermessen der verfügenden Behörde und ordnet sie in dessen Ausübung eine nach der Rechtsordnung grundsätzlich mögliche Rechtsfolge an, für deren Anordnung sie zuständig ist, besteht immer ein ausreichender Bezugspunkt zum geltenden Recht, der die Nichtigkeit ausschliesst. Deshalb können etwa Kündigungen im öffentlichen Personalrecht nie aus inhaltlichen Gründen nichtig sein. Ergibt eine Anordnung hingegen in Auslegung einer Rechtsnorm, ist die methodische Vertretbarkeit des Auslegungsvorgangs zu bewerten, wie er aus der Begründung hervorgeht. Dieser ist von einem unjuristischen Vorgehen zu unterscheiden, das nicht an die Rechtsordnung anknüpft.⁹²³ Dafür wird regelmässig ein Wertungsentscheid zu treffen sein, der wie die bisherige Praxis auch auf dem Willkürverbot hergeleitete Gerechtigkeitsmassstäbe abstellen kann.⁹²⁴ Dieser Wertungsentscheid ist transparent auszuweisen.

Durch das hier postulierte Anknüpfen an den Bestand der anerkannten juristischen Methodenregeln, mit denen rechtsanwendende Instanzen vertraut sein dürften, kann der Entscheid über einen ausreichenden Bezug zur Rechtsordnung bei inhaltlich fehlerhaften Anordnungen anhand eines praktisch handhabbaren Kriteriums erfolgen. Ob ein solcher Bezug vorliegt, lässt sich allein anhand der Begründung und Begründbarkeit des fehlerhaft Angeordneten entscheiden; zusätzlicher Abklärungen bedarf es nicht.⁹²⁵ Ist ein Akt nur in zuständigkeitsmässiger Hinsicht fehlerhaft, erscheint der Entscheid zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit nicht gleichermaßen komplex:

922 Zur damit umgangenen Problematik des Vergleichsobjekts bei der Bewertung rechtlicher Fehlerhaftigkeit siehe oben N. 151f.

923 Obwohl regelmässig unterschiedliche Auslegungen von Recht denkbar sind und Normauslegung stets durch die Rechtsanwendenden subjektiv geprägt ist (anstelle vieler SEILER, Rechtsanwendung, S. 86), sind gewisse Auslegungsergebnisse nach allen vertretbaren methodischen Vorgehensweisen ausgeschlossen (vgl. MAHLMANN, S. 507).

924 Vgl. zur groben bzw. krassen Willkür als Nichtigkeitsgrund oben N. 121ff. Der hier vertretene verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff schliesst nicht aus, im Sinne materialer Geltungstheorien inhaltliche Legitimitätsanforderungen an die Rechtsgeltung zu stellen (siehe zu den Theorien von Rechtsgeltung MAHLMANN, S. 385ff.) und in rechtsethischem Sinne illegitimen Rechtsakten die Existenz abzuspochen. Nach VON HIPPEL, S. 176, muss im Zusammenhang mit nichtigkeitsbegründenden Inhaltsfehlern «der blosser Gesetzesbegriff transzendiert werden», weil sonst die Wirksamkeit der Umsetzung von Rechtssätzen, die den Mord Unschuldiger vorschreiben, nur an deren Massstab zu messen wäre.

925 Insofern knüpft die hier postulierte Definition auch an die Praxis zum tradierten Nichtigkeitsbegriff an, die Nichtigkeit verneint, wenn zu deren Feststellung zusätzliche Abklärungen zu treffen oder Unterlagen beizuziehen wären, siehe oben N. 138.

Eine Definition der allgemeinen Entscheidungsgewalt einer staatlichen Behörde ist mit Blick auf die Vorschriften zu ihrer Zuständigkeit in der Regel un-
schwer möglich.⁹²⁶

263 Eröffnungsfehler können die Qualität einer Handlung als Rechtsakt grundsätzlich nicht infrage stellen. In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Verfügungen deshalb nie allein wegen ihrer fehlerhaften Eröffnung als nichtig zu betrachten.⁹²⁷ Die gänzlich unterbliebene Eröffnung ist nicht als Nichtigkeitskonstellation zu verstehen. Vielmehr ist in diesen Fällen gar keine Anordnung ergangen; sie kann aber allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt noch ergehen.⁹²⁸ Wird eine Anordnung gewissen Personen zu Unrecht nicht eröffnet, dürfen diesen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus der unterbliebenen Eröffnung keine Nachteile erwachsen.⁹²⁹ Einer Nichtigkeit bedarf es in diesem Zusammenhang zum Schutz individueller Rechtspositionen und schutzwürdigen Vertrauens nicht.

264 Aufgrund von Verfahrensfehlern ist nach der hier postulierten Definition auf die Nichtigkeit eines Aktes zu schliessen, wenn der Fehler dessen wirksame Entstehung als Rechtsakt verhindert. Dies gilt in den von der Praxis anerkannten Nichtigkeitskonstellationen, in denen gar kein Verfahren durchgeführt wurde und die betroffene Person an dessen Zustandekommen in keiner Weise mitwirken konnte, obwohl der betreffende Akt nur mittels eines solchen Verfahrens wirksam erzeugt werden könnte.⁹³⁰ Im Bereich der Rechtsetzung ist an das Beispiel des ohne Durchführung eines Gesetzgebungsverfahrens erlassenen Gesetzes zu denken.

265 Die mit der Prüfung der Nichtigkeit eines Aktes erfolgte Grenzziehung,⁹³¹ welche auf öffentlich-rechtliche Wirkungen zielende Akte inner- und welche ausserhalb des Rechtssystems stehen, bedarf *keiner Interessenabwägung*.⁹³² Ob der Staat innerhalb der von der Rechtsordnung für verbindliches Handeln gesetzten Schranken handelt und ein fehlerbehafteter Akt ungeachtet seiner Fehlerhaftigkeit rechtliche Wirkungen zu erzeugen vermag, bestimmt sich nicht nach der Interessenlage im Einzelfall, sondern nach dem Bestehen eines Ableitungszusammenhangs zum geltenden Recht, der solche Wirkungen

926 Vgl. oben N. 81.

927 Oben N. 113 m.w.H.

928 Vgl. oben N. 24.

929 BGer, 12. November 2014, 2C_657/2014, E. 2.4.2.

930 Oben N. 114.

931 Vgl. zur Nichtigkeit als «Problem der Systemgrenze» KELSEN, Staatslehre, S. 299, 277 f.

932 Der hinsichtlich des Vorliegens einer juristisch denkbaren Herleitung allenfalls zu treffende Wertungsentscheid (siehe oben N. 261) ist nicht mit einer Interessenabwägung zu verwechseln.

erzeugt. Damit unterscheidet sich die Nichtigkeit von Konstellationen des Widerrufs formell rechtskräftiger Verfügungen, die zwar fehlerhaft sind, aber einen ausreichenden Bezug zum geltenden Recht aufweisen: Ein Widerruf bedingt nach der sogenannten Abwägungsformel⁹³³ eine Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und der Rechtssicherheit bzw. des Vertrauensschutzes.⁹³⁴ Die Feststellung der Nichtigkeit betrifft hingegen Konstellationen, in denen von Anfang an nicht wirksam rechtliche Verbindlichkeit erzeugt worden ist, was nicht anhand einer Abwägung, sondern den aus dem Legalitätsprinzip fließenden Bedingungen für die Entstehung von Rechtsakten zu bestimmen ist. Die sich dabei stellenden Verfahrensfragen sind im folgenden dritten Teil zu behandeln.

933 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 154.

934 BGE 127 II 306 E. 7a S. 314. Ausführlich zum Widerruf von Verfügungen nach Eintritt der formellen Rechtskraft GUCKELBERGER, S. 298 ff.

3. Teil:

Die verfahrensrechtliche Behandlung nichtiger Akte

Der erste Teil stellte die bisher als Nichtigkeitsdefinition verwendete Evidenztheorie dar und kritisierte diese aus dogmatischer und praktischer Sicht. Der zweite Teil der Arbeit postulierte vor dem Hintergrund dieser Kritik eine Neufassung der Nichtigkeitsdefinition gestützt auf eine Rückführung der Nichtigkeit auf ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Legalitätsprinzip. Gemäss dem hier entwickelten verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff ist ein auf Rechtswirkungen gerichteter Akt dann nichtig, wenn er keinen hinreichenden Bezug zur geltenden Rechtsordnung aufweist, der ihn als Rechtserzeugungsakt erscheinen liesse. Der nunmehr folgende dritte Teil dieser Untersuchung widmet sich den Verfahrensfragen, welche sich im Zusammenhang mit nichtigen Rechtsakten stellen. Zunächst sind Fragen der verfahrensrechtlichen Behandlung nichtiger Akte (§ 9) und sodann die aus einer Feststellung der Nichtigkeit folgenden Konsequenzen (§ 10) zu behandeln. Soweit nicht ausdrücklich auf den verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff Bezug genommen wird, lassen sich die aufgeworfenen verfahrensrechtlichen Fragen unabhängig davon beantworten, ob der im zweiten Teil vertretenen Nichtigkeitsdefinition gefolgt wird. 266

§ 9 Nichtigkeit als Verfahrensgegenstand

Die Nichtigkeit ist nach der ständigen Formel des Bundesgerichts «jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden».⁹³⁵ Im Folgenden sind zwei 267

935 Anstelle vieler BGE 132 II 342 E. 2.1 S. 346 mit Hinweisen.

Konstellationen zu unterscheiden, in denen eine rechtsanwendende Instanz mit der Frage nach der Nichtigkeit eines öffentlich-rechtliche Wirkungen bezweckenden Akts befasst sein kann: Erstens kann sich die Frage nach der Nichtigkeit vorfrageweise stellen, wenn die Nichtigkeit eines Rechtsakts, dem im konkreten Fall Entscheidungsrelevanz zukommt, gerügt wird oder aufgrund der Rechtsanwendung von Amtes wegen im Raum steht (sogleich I.). Insbesondere kann sich die Frage nach der Nichtigkeit eines zur Begründung hoheitlichen Handelns herangezogenen Rechtssatzes stellen oder im Rechtsmittelverfahren gegen eine Vollstreckungsverfügung jene nach der Nichtigkeit der Sachverfügung. Zweitens kann die Nichtigkeit hauptsächlicher Gegenstand eines Verfahrens sein, das auf die Feststellung der Nichtigkeit eines bestimmten Aktes zielt (II.).

I. Vorfrageweise Ausübung der Nichtigkeitskognition

- 268 Rechtsanwendende Instanzen – seien es Verwaltungs- oder Justizbehörden – wenden das Recht im objektiven Sinn an; die damit bezeichnete Rechtsordnung als Gesamtheit bildet nach dem Legalitätsprinzip Grundlage und Schranke staatlichen Handelns.⁹³⁶ Aus dieser selbstverständlichen Feststellung folgt eine allgemeine Nichtigkeitskognition: In der Prüfständigkeit jeder rechtsanwendenden Behörde muss notwendigerweise liegen, ob diejenigen Akte, die sie für ihren eigenen Entscheid als massgebend betrachtet, überhaupt rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen können.⁹³⁷ Dies gilt für Rechtsnormen sowie für zu vollziehende und als verbindliche Vorentscheidung betrachtete, individuell- oder generell-konkrete Hoheitsakte gleichermaßen, weil nicht angewendet werden darf, was die Voraussetzungen für die Erzeugung rechtlicher Wirkungen nicht erfüllt.⁹³⁸ Auch wenn dieser gedankliche Schritt in der Regel nicht ausdrücklich ausgewiesen wird, liegt jedem Gesetzeszitat in Urteilstexten die implizite Feststellung zugrunde, dass es sich dabei um wirksames, verbindliches und von der Behörde anzuwendendes Recht handle.

936 Siehe RHINOW/KOLLER/KISS-PETER/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N. 2 ff. Ausführlich zum Legalitätsprinzip oben N. 193 ff.

937 Gl.M. MOOR/POLTIER, S. 365. Vgl. OGrZH, 3. Mai 2021, PS210050-O/U, E. 3.3: «Die Nichtigkeit eines Gerichtsentscheids ist von jeder Behörde, ohne Einhaltung einer Frist, von Amtes wegen vorfrageweise zu beachten, wenn der zu treffende Entscheid davon abhängt.» So hat etwa das Grundbuchamt die Anmeldung der nichtigen gerichtlichen Anordnung einer Pfandeintragung abzuweisen, weil ein nichtiger Gerichtsentscheid kein gültiger Rechtsgrundausweis ist (SCHUMACHER/REY, N. 1403). Vgl. bereits BGE 60 I 67 E. 2 S. 76 f.

938 Vgl. HÄNNI, Unabhängigkeit, S. 553 f.

Eine akzessorische Prüfung der Nichtigkeit muss immer in der Kognition⁹³⁹ 269 der Instanz liegen, welche die Rechtmässigkeit eines Vollzugsakts zu prüfen hat.⁹⁴⁰ Das Bundesgericht erwägt entsprechend in einigen Urteilen, dass «jede Behörde, die mit der Sache befasst ist, jederzeit und von Amtes wegen» die Nichtigkeit zu beachten habe.⁹⁴¹ Ob ein Akt nichtig ist, stellt keine Sachverhalts-, sondern eine Rechtsfrage dar.⁹⁴² In Fällen des Ungehorsams gegen mit einer Strafandrohung verbundene Verfügungen hat das Strafgericht die Nichtigkeit der Verfügung zu prüfen, der keine Folge geleistet worden ist, weil im Fall ihrer Nichtigkeit eine Bestrafung nach Art. 292 StGB ausser Betracht fällt.⁹⁴³

Dass ein Verfahren zur nachträglichen Beseitigung eines Entscheids aufgrund schwerwiegender Mängel gesetzlich vorgesehen ist, steht einer vorfrageweisen Berücksichtigung der Nichtigkeit nicht entgegen. So muss die Nichtigkeit eines Strafurteils unabhängig von der Durchführung eines Revisionsverfahrens Beachtung finden.⁹⁴⁴ Bei der Anfechtung von Strafantrittsverfügungen wird denn auch regelmässig die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Strafbefehls oder -urteils behauptet (und geprüft).⁹⁴⁵ Allerdings erscheinen kaum Konstellationen denkbar, in denen tatsächlich Bedenken hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit des Strafurteils bestehen, sich die verurteilte Person aber nur vorfrageweise auf die Nichtigkeit beruft und nicht zumindest gleichzeitig dessen Beseitigung in einem Revisionsverfahren anstrebt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die entsprechende Geltendmachung der Nichtigkeit in der Regel bloss auf einen Zeitgewinn zielt.⁹⁴⁶ 270

Wird ein Verfahren von der Rechtsmittelinstanz zur Neu Beurteilung in der Sache an eine Vorinstanz zurückgewiesen, kann nach der Rechtsprechung auf 271

939 Zur Funktion der Kognition, Entscheidungsbefugnisse an die verschiedenen Organe der Verwaltungsrechtspflege zuzuweisen, siehe MÜLLER, Kognition, S. 293.

940 JAAG, Rechtssatz, S. 149; LEUENBERGER, S. 92.

941 BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275; BGer, 7. Dezember 2018, 4A_415/2018, E. 3.2 (nicht publ. in: BGE 145 III 91). Der Verneinung der Nichtigkeit eines Rechtssatzes in einem früheren Verfahren kommt keine materielle Rechtskraftwirkung zu (BGE 68 I 18 E. 3 S. 30).

942 BGer, 9. Mai 2016, 9C_923/2015, E. 4.1.1.

943 Statt vieler BSK-RIEDO/BONER, Art. 292 StGB, N. 201. Beim Verstoss gegen fehlerbehaftete, aber bloss anfechtbare Verfügungen ist die Rechtslage umstritten, siehe ebenda N. 211 ff. Zum Vorschlag, in diesem Zusammenhang einen umfassenderen Nichtigkeitsbegriff zu entwickeln, siehe KÖLZ, Unterlassungspflichten, N. 239 ff.

944 BSK-HEER, Art. 410 StPO, N. 31.

945 Vgl. BGer, 19. Juni 2019, 6B_19/2019, E. 1.3.4. Statt vieler aus der kantonalen Praxis VGr ZH, 10. Juni 2022, VB.2022.00233, E. 2.2 m.w.H.

946 Zur Frage der aufschiebenden Wirkung bei der Geltendmachung von Nichtigkeit siehe unten N. 295 ff.

eine vorfrageweise Prüfung der Nichtigkeit verzichtet werden, wenn diese Prüfung im weiteren Verfahrensverlauf vorgenommen werden muss und der betroffenen Person dadurch kein Nachteil erwächst.⁹⁴⁷ Aus Gründen der Verfahrensökonomie wird sich für Rechtsmittelinstanzen aber zumeist aufdrängen, sich zur Frage des ausreichenden Bezugs des als nichtig Beanstandeten zur geltenden Rechtsordnung zum erstmöglichen Zeitpunkt zu äussern. Dafür wird in der Regel nur geringer Begründungsaufwand anfallen und im folgenden Verfahren kann auf die Klärung der Nichtigkeitsfrage verwiesen werden. Unter Umständen erübrigt sich aufgrund des frühzeitigen Entscheids über die Nichtigkeit sogar eine Weiterführung des Verfahrens.

272 Die Verfahrensumstände können einer vorfrageweisen Prüfung der Nichtigkeit indessen auch entgegenstehen: Als «verfrüht» betrachtete das Bundesgericht eine Prüfung der allfälligen Nichtigkeit einer Baubewilligung, welche von einer beschwerdeberechtigten Organisation im Bereich des Natur- und Heimatschutzes angefochten, dieser aber in Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht zugänglich gemacht worden war und nicht bei den Akten lag.⁹⁴⁸ Schliesslich kann sich eine Prüfung und Feststellung der gerügten Nichtigkeit eines Aktes sogar gänzlich erübrigen, wenn dies aufgrund der Verfahrensumstände einen prozessualen Leerlauf darstellte.⁹⁴⁹

II. Hauptfrageweise Behandlung der Nichtigkeit

1. Behördenseitige Feststellung der Nichtigkeit ohne Gesuch

273 Auch ohne ein entsprechendes Gesuch kann eine Behörde von ihr getroffene Anordnungen, deren Fehlerhaftigkeit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist auffällt, bei gegebenen Voraussetzungen mittels Revision bzw. Wiedererwägung zurücknehmen oder anpassen.⁹⁵⁰ Davon ist die Feststellung der Nichtigkeit einer Anordnung von Amtes wegen zu unterscheiden: Fehlt einer Anordnung im Sinne des verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriffs ein ausreichender Bezug zur Rechtsordnung, hat sie die Rechtslage ungeachtet eines allfälligen

947 VGr ZH, 26. Juli 2021, VB.2021.00489, E. 1.2.

948 BGer, 17. März 2022, 1C_241/2021, E. 5.5 (nicht publ. in BGE 148 II 359).

949 BGer, 10. Januar 2022, 1C_13/2021, E. 4.5. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Nichtigkeit einer ohnehin nicht in Rechtskraft erwachsenden prozessleitenden Verfügung (vgl. ACKERMANN, S. 322) geltend gemacht wird.

950 Anstelle vieler ausführlich TANNER, N. 262 ff., zu den Zuständigkeiten, welche davon abhängen, ob betreffend die abzuändernde Anordnung ein Rechtsmittelverfahren geführt worden ist. Siehe ebenda N. 110 ff. zu den Revisions- und N. 217 ff. zu den Anpassungsgründen.

Ablaufs der Rechtsmittelfrist nicht verbindlich gestaltet. Entsprechend existiert rechtlich gesehen nichts, das beseitigt werden könnte.⁹⁵¹

Will eine Behörde die Nichtigkeit einer von ihr erlassenen Anordnung aus eigenem Antrieb förmlich feststellen, so bedarf es dazu nicht eines Revisions- oder Anpassungsverfahrens, in dem die Anordnung aufgehoben und ein Neuentscheid gefällt wird,⁹⁵² weil ursprünglich gar keine Rechtswirkungen erzeugt wurden, über deren Weiterbestand befunden werden könnte. Mangels Rechtswirkungen der nichtigen Anordnung besteht kein Raum dafür, wie bei einem Widerruf nach Eintritt der formellen Rechtskraft gemäss der Abwägungsformel⁹⁵³ das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz gegenüberzustellen.⁹⁵⁴ Zur Herbeiführung der Rechtslage, wie sie die nichtige Anordnung vorgesehen hätte, müsste ebendiese neu und rechtswirksam⁹⁵⁵ angeordnet werden.

Eine behördenseitige Feststellung der Nichtigkeit hat nach der hier vertretenen Ansicht mittels einer Feststellungsverfügung zu erfolgen. Mit einer Feststellungsverfügung kann sich eine Behörde zum (Nicht-)Bestand einer Rechtslage äussern und öffnet den Betroffenen hinsichtlich dieser Feststellung den Rechtsweg.⁹⁵⁶ Die von Amtes wegen erlassene Feststellungsverfügung setzt ein öffentliches Feststellungsinteresse voraus, das insbesondere im Schaffen von Rechtssicherheit liegen kann.⁹⁵⁷ Im Einklang mit dem Grundsatz, wonach jene Stelle für den Erlass einer Feststellungsverfügung zuständig ist, welche auch die entsprechende Gestaltungsverfügung erlässt,⁹⁵⁸ ist die ursprünglich verfügende Behörde zuständig, die Nichtigkeit ihrer eigenen Verfügungen verfügensweise festzustellen.⁹⁵⁹ Soweit die Feststellung der Nichtigkeit eines Rechtsakts den Bestand von Rechten oder Pflichten von Privaten berührt, gelten diese als

951 Auch das tradierte Nichtigkeitsverständnis setzt Nichtigkeit mit rechtlicher Inexistenz gleich, siehe unten N. 301.

952 Zum Verfahrensablauf bei Revision und Anpassung von Verfügungen TANNER, N. 364 ff.

953 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 154.

954 Vgl. BGE 127 II 306 E. 7a S. 314. Ausführlich zum Widerruf von Verfügungen nach Eintritt der formellen Rechtskraft GUCKELBERGER, S. 298 ff.

955 In der bei TANNER, N. 61 f., verwendeten Terminologie, der als rechtswirksam alle Verfügungen bezeichnet, die nicht nichtig sind.

956 Bei der Feststellungsverfügung handelt es sich um eine Institution des allgemeinen Verwaltungsrechts, siehe KLEY, Feststellungsverfügung, S. 232.

957 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 400 f.

958 TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 696.

959 Vgl. ebenso hinsichtlich der Zuständigkeit TANNER, N. 62.

Verfügungsadressaten und demnach als Parteien des Verfahrens auf Feststellung der Nichtigkeit.⁹⁶⁰ Aus verfahrensgrundrechtlichen Überlegungen ist dieser Personenkreis vorgängig zu ermitteln, über die Einleitung des Verfahrens zu orientieren⁹⁶¹ und ist ihm das rechtliche Gehör zu gewähren.⁹⁶²

276 Angesichts der anerkannten grundsätzlichen Kompetenz von Aufsichtsbehörden, unter gewissen Voraussetzungen Rechtsakte der von ihr beaufsichtigten Stellen aufzuheben,⁹⁶³ muss auch Aufsichtsbehörden zustehen, von Amtes wegen die Nichtigkeit von Anordnungen der von ihnen beaufsichtigten Instanzen festzustellen.⁹⁶⁴ Die aus der Aufsichtskompetenz hergeleitete Institution der Aufsichtsbeschwerde bedarf keiner speziellen gesetzlichen Grundlage;⁹⁶⁵ sie steht demnach immer zur Verfügung, wenn eine Aufsichtsinstanz vorhanden ist.

2. Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit

277 Nichtigen Verfügungen kommt keine Rechtswirksamkeit, sondern nur der Anschein der Rechtswirksamkeit zu.⁹⁶⁶ Daraus kann ein Rechtsschutzbedürfnis folgen, diesen Rechtsschein⁹⁶⁷ beseitigen und die Nichtigkeit autoritativ feststellen zu lassen.⁹⁶⁸ Dass nichtige Akte nicht aufgehoben werden, sondern lediglich die Feststellung ihrer Nichtigkeit erfolgen muss, wird gemeinhin als rechtslogisches Gebot verstanden.⁹⁶⁹ Eine Privatperson kann die absolute

960 Vgl. BRUNNER, N. 46.

961 BRUNNER, N. 190f.

962 Ausführlich zum Anhörungsrecht und den entsprechenden Modalitäten KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 649 ff.

963 CHAKSAD, S. 155, spricht mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung von weitgehender Einigkeit in dieser Frage. Nach BGE 110 Ib 38 E. 1 S. 40 ist die aufsichtsrechtliche Aufhebung einer Verfügung oder Anordnung zulässig, «wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind». Aus der jüngeren Rechtsprechung vgl. BGE 136 II 457 E. 3.1 S. 461 m.w.H.

964 Nach GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 223, kann die Beseitigung einer augenscheinlich nichtigen Verfügung durch die Aufsichtsbehörde «verwaltungsökonomisch angezeigt» erscheinen; diese sei zu einem Einschreiten aber nicht verpflichtet.

965 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1202.

966 KNAPP, Précis, N. 1194.

967 Zu dieser Terminologie für Akte, die den Anschein rechtlicher Wirksamkeit tragen, oben N. 235 und FN 863.

968 HANGARTNER, Scheinverfügungen, S. 1054. Von Amtes wegen wird wohl nur selten die Nichtigkeit einer Verfügung festgestellt werden, denn ausser bei personellen Wechslen ist kaum damit zu rechnen, dass sich die in der betreffenden Behörde tätigen Personen der absoluten Unwirksamkeit einer ursprünglich von ihnen getroffenen Anordnung plötzlich bewusst und gestützt auf diese Erkenntnis ohne äusseren Anstoss tätig werden.

969 GYGI, Verwaltungsrecht, S. 306. Vgl. schon JELLINEK, S. 45. IMBODEN, Bundesrecht, S. 17f., sprach bereits von «herrschender Lehre», wonach dem Entscheid über die Nichtig-

Unwirksamkeit eines staatlichen Aktes nicht selbst feststellen, sondern muss ein Verfahren einleiten, um eine autoritative Aussage über die Rechtswirksamkeit eines von ihr als nichtig beanstandeten Aktes zu erlangen.⁹⁷⁰ Im Folgenden ist zu unterscheiden, ob eine solche Feststellung der Nichtigkeit (a) vor oder (b) nach Ablauf der Rechtsmittelfrist begehrt wird. Die Ausführungen beziehen sich dabei auf den verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff, sind aber auch auf den tradierten Nichtigkeitsbegriff übertragbar, nicht hingegen auf spezialgesetzliche Nichtigkeitsbegriffe, welche je eigenen positivrechtlichen Verfahrensvorschriften unterliegen.

a) Vor Ablauf der Rechtsmittelfrist

i) *Geltendmachung der Nichtigkeit durch Rechtsmittelerhebung*

Vor Ablauf der Fristen, die die formelle Rechtskraft bewirken, steht für eine Geltendmachung der Nichtigkeit der ordentliche Rechtsweg zur Verfügung, auf dem auch eine blosser Anfechtbarkeit geltend gemacht und die Aufhebung des fraglichen Akts beantragt würde.⁹⁷¹ Eine nichtige Verfügung ist «anfechtbar, aber nicht anfechtungsbedürftig».⁹⁷² Angesichts der Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde gegenüber der Einlegung eines Rechtsmittels⁹⁷³ ist das Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit nicht an die Aufsichtsbehörde, sondern an die Rechtsmittelbehörde zu richten. Weil eine Aufsichtsbeschwerde als reiner Rechtsbehelf den Anforderungen an die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV nicht genügt, darf eine Rüge der Nichtigkeit nicht auf ein aufsichtsrechtliches Verfahren verwiesen werden.⁹⁷⁴

Im Sinne einer Ausnahme vom Grundsatz, dass im bundesgerichtlichen Verfahren nach Art. 99 Abs. 1 und 2 BGG keine neuen Begehren und keine neuen tatsächlichen Vorbringen zulässig sind, erlaubt das Bundesgericht, im

keit nicht wie jenem über eine Aufhebung konstitutiver, sondern feststellender Charakter zukomme.

970 Zu dieser Selbstverständlichkeit KNAPP, Nullité, S. 590; ACKERMANN, S. 333.

971 Vgl. MÜLLER, Art. 5 VwVG, N. 27. Dass die Nichtigkeit jederzeit und von sämtlichen Behörden zu beachten ist, «schliesst die förmliche Anfechtung und Geltendmachung der Nichtigkeit im ordentlichen Rechtsmittelverfahren nicht aus» (BGer, 6. Mai 2004, 2A.82/2004 E. 5.1).

972 GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 150.

973 Dazu CHAKSAD, S. 73 ff. mit differenzierender Kritik zu einer pauschalen Annahme des subsidiären Charakters der Aufsichtsanzeige. Zur Untauglichkeit der Aufsichtsanzeige für die Wahrung individueller Ansprüche KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 2049.

974 VGr ZH, 7. Januar 2021, VB.2020.00621, E. 4.3.2. Eine Streitigkeit über die Nichtigkeit kann in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 29a BV fallen (zum Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie siehe anstelle vieler BSK-WALDMANN, Art. 29a BV, N. 10).

Rahmen einer zulässigen Beschwerde erst vor Bundesgericht eine Feststellung der Nichtigkeit zu verlangen.⁹⁷⁵ Bei der rechtzeitigen Anfechtung eines möglicherweise nichtigen Aktes innert Frist ist demzufolge nicht notwendig, das Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit bereits vor der ersten Rechtsmittelinstanz zu stellen; es genügt, wenn beim Durchlaufen des Instanzenzugs zunächst die Aufhebung des betreffenden Aktes verlangt wird. Das Bundesgericht prüft die Frage der Nichtigkeit eines angefochtenen Entscheids aus prozessökonomischen Gründen unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Zwischenentscheid handelt und ein (anfechtbarer) Endentscheid noch aussteht.⁹⁷⁶

ii) Feststellung der Nichtigkeit als Fall der Gutheissung

280 Nach der bisherigen Lehre und Praxis ist auf eine Beschwerde gegen einen nichtigen Akt nicht einzutreten, weil die Nichtigkeit eines angefochtenen Akts dessen prozessrechtliche Existenz als Anfechtungsobjekt ausschliesse.⁹⁷⁷ Aus der Gleichsetzung von Nichtigkeit und prozessrechtlicher Inexistenz wird gefolgert, dass eine Feststellung der Nichtigkeit im Rahmen der Eintretensprüfung zu erfolgen habe: Bei Bejahung der Nichtigkeit liege gar kein Anfechtungsobjekt vor, weshalb auf eine Beschwerde gegen eine nichtige Verfügung nicht einzutreten, jedoch die Nichtigkeit im Dispositiv festzustellen sei.⁹⁷⁸ Ein blosser Nichteintretensentscheid ohne eine solche Feststellung im Dispositiv würde keine gleichermaßen rechtssichere Klärung der Nichtigkeitsfrage herbeiführen,⁹⁷⁹ weil Erwägungen grundsätzlich nicht in Rechtskraft erwachsen.⁹⁸⁰ Will eine Rechtsmittelinstanz die Frage nach der Nichtigkeit eines ohnehin aufzuhebenden Anfechtungsobjekts offenlassen, müsste das Dispositiv nach diesem Verständnis auf eine Gutheissung, soweit einzutreten ist, lauten.

281 Der verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff gebietet eine Würdigung des Bezugs eines Anfechtungsobjekts zur Rechtsordnung, anhand dessen

975 BGE 145 III 436 E. 3 S. 438 mit Hinweisen; BGer, 31. Mai 2016, 2C_227/2015, E. 1.3.1. Ebenso die Zürcher Praxis, siehe VGr ZH, 26. September 2019, VB.2019.00076, E. 1.2.3.

976 BGer, 4. Februar 2014, 1C_236/2013, E. 2.3.

977 HANGARTNER, Scheinverfügungen, S. 1054 m.w.H.; aus der Rechtsprechung anstelle vieler BGer, 22. Juni 2022, 6B_684/2021, E. 1.4.2; BVGer, 14. Juli 2020, B-4720/2019, E. 4.6 und die in der sogleich folgenden Fussnote zitierten.

978 BGer, 16. Juni 2010, 1C_438/2009, E. 4 und Dispositiv (nicht publiziert in BGE 136 II 415); BGE 132 II 342 E. 2.3 S. 349. Aus der unterinstanzlichen Rechtsprechung siehe z.B. BVGE 2008/59 E. 4.3; BVGer, 25. August 2011, A-6683/2010, E. 3.5 m.w.H.; VGr ZH, 25. Juni 2015, GB.2015.00002, E. 2.1.3.

979 MÜLLER, Art. 49 VRPG, N. 85; vgl. auch VGr BE, 9. April 2013, VGE 100.2012.305/306, publ. in: BVR 2013 S. 536 E. 3.2.

980 TANNER, N. 50 m.w.H.

sich bestimmen lässt, ob mit dem Anfechtungsobjekt wirksam Recht erzeugt worden ist.⁹⁸¹ Dies bedingt eine materielle Prüfung seiner Rechtmässigkeit. Nach dem verfahrensdogmatischen Ideal müsste die Zulässigkeit einer Beschwerde vor einer Prüfung ihrer materiellen Begründetheit gesamthaft geprüft und bejaht werden.⁹⁸² Gilt ein nichtiger Akt nicht als taugliches Anfechtungsobjekt, muss in Fällen der Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts im Widerspruch zu diesem Ideal eine materielle Prüfung vorgenommen werden, obwohl das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen in der Folge verneint wird.⁹⁸³ Es erscheint indessen keineswegs zwingend und nicht begriffsnotwendig, die fehlende Qualität als Rechtserzeugungsakt und die Existenz eines nichtigen Aktes als Anfechtungsobjekt im prozessualen Sinne gleichzusetzen.⁹⁸⁴

Nach der hier vertretenen Auffassung hindert die Nichtigkeit die Tauglichkeit eines Rechtsakts als Anfechtungsobjekt nicht, weil das Verfahrensrecht dessen Rechtsverbindlichkeit nicht als Voraussetzung dafür statuiert. Um im prozessualen Sinne ein taugliches Anfechtungsobjekt zu bilden, muss ein Akt nicht inhaltlichen und zuständigkeitsmässigen Rechtmässigkeitskriterien genügen und im Falle seiner unterbliebenen Anfechtung in formelle Rechtskraft erwachsen können. Eine solche Voraussetzung erschiene systemfremd, zumal die Frage nach der Verbindlichkeit des Anfechtungsobjekts gerade Gegenstand jedes Rechtsmittelverfahrens bildet. Die bisherige Praxis sieht einen abweichenden Verfahrensausgang – Nichteintreten oder Gutheissung des Rechtsmittels – je nach Grad der Fehlerhaftigkeit des Anfechtungsobjekts vor, obwohl im Ergebnis auch die blossе Aufhebung eines Rechtsakts dessen rechtliche Existenz beendet, in Verfahren mit aufschiebender Wirkung sogar gleich wie bei einer Feststellung der Nichtigkeit *ex tunc*. Die Möglichkeit, gegen einen Akt ein Rechtsmittel einzulegen, erfordert nicht, dass dieser einen ausreichenden Bezug zu einer rechtlichen Grundlage aufweist, sodass er ohne Anfechtung wirksam geworden wäre, sondern folgt aus den prozessrechtlichen Vorschriften, welche einem gewissen Personenkreis den Rechtsweg gegen

282

981 Zu den entsprechenden Prüfschritten oben N. 253 ff.

982 BISAZ, Nicht eintreten, S. 5.

983 MOOR, nullité, S. 47 ff., nennt dies eines der zwei Paradoxe der Nichtigkeit. TANQUEREL, N. 229, bezeichnet als unlogisch, auf ein Rechtsmittel allein aufgrund des Ergebnisses einer materiellen Prüfung nicht einzutreten.

984 Ebenso MOOR, nullité, S. 48; ferner BOSSHART/BERTSCHI, Kommentar VRG, §19, N. 4; BINDER, Verwaltungsrechtspflege, N. 438. Es bestehen keine Anhaltspunkte für die Existenz eines dahingehenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes des öffentlichen Prozessrechts (zu diesem bisweilen verwendeten, indessen nicht konsolidierten Begriff unklarer Tragweite BRUNNER/BÜRKI, S. 269 f.).

sie berührende Handlungen bestimmter Behörden öffnen.⁹⁸⁵ Wird ein nichtiger Akt innert Rechtsmittelfrist bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz angefochten, ist das Rechtsmittel daher gutzuheissen und dessen Nichtigkeit im Dispositiv festzustellen.

283 Eine Gutheissung anstelle eines Nichteintretens hat in diesen Fällen mehrere Vorteile: Insbesondere kommt das inhaltliche Obsiegen der beschwerdeführenden Partei im Dispositiv zum Ausdruck. Weiter können alle Nebenfolgen dem Verfahrensausgang entsprechend geregelt werden, ohne dass Begründungsaufwand entsteht, wieso der beschwerdeführenden Partei trotz Nichteintretens auf ihr Rechtsmittel keine Kosten auferlegt werden oder eine Parteientschädigung zugesprochen wird.⁹⁸⁶ Sodann würde die nach der bisherigen Nichteintretenspraxis im Instanzenzug auftretende Anomalie beseitigt, dass der erste Rechtsmittelentscheid gegen einen nichtigen Akt auf ein Nichteintreten lauten, die übergeordnete Instanz aber die Beschwerde gegen einen Rechtsmittelentscheid, der die Nichtigkeit des dortigen Anfechtungsobjekts zu Unrecht verneint, gutheissen und die Nichtigkeit des fraglichen Aktes im Dispositiv feststellen müsste.⁹⁸⁷ In allen anderen Fällen, in denen richtigerweise ein vorinstanzliches Nichteintreten hätte ergehen müssen, werden Beschwerden nämlich jeweils im Sinne der Erwägungen abgewiesen.⁹⁸⁸

284 Wenn die antragsgemässe Feststellung der Nichtigkeit als Fall der Gutheissung verstanden wird, erfolgt die Prüfung aller Prozessvoraussetzungen vor jener der Rechtsaktqualität des Anfechtungsobjekts. Dies ist zu bevorzugen, denn es verunmöglicht gerichtlichen Behörden, die Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts festzustellen, wenn dessen materieller Beurteilung prozessuale Hürden entgegenstehen. Weil eine Gutheissung immer erfordert, dass alle Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind,⁹⁸⁹ könnte beim hier bevorzugten Vorgehen nicht mehr wie bislang im Rahmen der jeweils in freier Reihenfolge geprüften Prozessvoraussetzungen⁹⁹⁰ jene der Rechtsaktqualität des Anfech-

985 Dass nur Rechtsakte Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens sein könnten, ist weder dogmatisch zwingend noch bundesrechtlich vorgegeben – im Bündner Recht können auch Realakte ohne Umweg über eine Verfügung zum Verfahrensgegenstand gemacht werden, siehe dazu ausführlich BISAZ, Anfechtbarkeit von Realakten, S. 3 ff.

986 Vgl. DAUM/BIERI, Art. 7 VwVG, N. 23 und FN 74.

987 Vgl. BGer, 28. April 2008, 2C_522/2007, E. 4

988 BERTSCHI, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19–28a VRG, N. 57f. Vgl. z.B. VGr ZH, 24. November 2022, VB.2021.00592.

989 BISAZ, Nicht eintreten, S. 15. Eintretensvoraussetzungen dienen dazu, einen Rechtsstreit nur für eine gewisse Zeit und durch einen beschränkten, besonders betroffenen Personenkreis der gerichtlichen Beurteilung zugänglich zu machen (ebenda, S. 19).

990 Eine Prüfungsreihenfolge der einzelnen Eintretensvoraussetzungen besteht nicht (siehe BISAZ, Nicht eintreten, S. 13f.).

tungsobjekts vorgezogen und ein materieller Entscheid gefällt werden, obwohl allenfalls die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz oder die Legitimation der rechtsmittelführenden Partei fehlen.⁹⁹¹ Damit würde der Zuständigkeitsordnung und den Legitimationsvoraussetzungen Nachachtung verschafft und insbesondere verhindert, dass in Umgehung des geltenden Verfahrensrechts durch eine neue ungeschriebene Nichtigkeitsbeschwerde der Rechtsweg für (Popular-)Beschwerden gegen eigentlich nicht anfechtbare Akte geöffnet wird.⁹⁹² Wie schon IMBODEN feststellte, würde es «zu einer Verwischung der gesamten staatlichen Instanzenordnung führen, wenn jede beliebige Behörde die angeblich nichtigen Akte einer anderen Instanz verbindlich zu kassieren vermöchte».⁹⁹³ Eine Instanz, die nicht über die Rechtmässigkeit eines Rechtsakts befinden und diesen nicht aufheben darf, soll nicht durch eine Feststellung der Nichtigkeit über dessen rechtliche Existenz befinden dürfen. Wie im sogleich Folgenden gezeigt wird, kann sich dieses Ergebnis auf einen Teil der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Geltung der Prozessvoraussetzungen bei einem Begehren auf Nichtigklärung stützen.

iii) *Unveränderte Geltung der Prozessvoraussetzungen*

Die Existenz eines Fehlerkalküls ermöglicht kein Verlassen der gesetzlich vorgesehenen verfahrensrechtlichen Bahnen des Individualrechtsschutzes. Der vom Bundesgericht bisweilen⁹⁹⁴ als zulässig taxierte Verzicht auf Prozessvoraussetzungen bei der Anfechtung nichtiger Akte⁹⁹⁵ entbehrt mangels einer allgemeinen Kompetenz der Judikative, sich ausserhalb verfahrensrechtlicher Schranken zur Abgrenzung von rechtsverbindlichen und ausserhalb des Rechtssystems stehenden Akten äussern zu dürfen, einer dogmatisch überzeugend herleitbaren Grundlage.⁹⁹⁶ Er erscheint überdies aus Rechtsschutz-

991 Zur prozessualen Funktion der Nichtigkeit, auf Prozessvoraussetzungen verzichten zu können, siehe oben N. 173 ff.

992 Im Ergebnis schuf das Bundesgericht in BGE 136 II 415 eine solche ungeschriebene Nichtigkeitsbeschwerde (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1278). Dem schweizerischen Verwaltungs(verfahrens)recht ist eine Popularbeschwerde indessen fremd, siehe dazu ERRASS, S. 1353 ff. m.w.H. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1101, bezeichnen als «prozessual problematisch», dass das Bundesgericht in BGE 136 II 415 und 383 die Nichtigkeit vorinstanzlicher Rechtsakte prüfte, obwohl die Eintretensvoraussetzungen jeweils nicht gegeben waren.

993 IMBODEN, Staatsakt, S. 54

994 Allerdings nicht einheitlich, siehe zur Uneinheitlichkeit der diesbezüglichen Rechtsprechung sogleich N. 286 ff.

995 Dazu oben N. 176.

996 Die gegenteilige Auffassung bedürfte einer Auslegung der entsprechenden Verfahrensvorschriften (insbesondere betreffend sachliche Zuständigkeit und Legitimation), wonach deren Geltung stets unter dem Vorbehalt stünde, dass der angefochtene Akt nicht nichtig sei.

überlegungen keinesfalls zwingend, zumal materiell beschwerte Parteien zur Anfechtung eines nichtigen Akts auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg legitimiert sind.⁹⁹⁷ Wird die Nichtigkeit eines Rechtsaktes auf entsprechendes Begehren hin zu Unrecht nicht festgestellt, kann dagegen der Instanzenzug beschritten werden.

286 Das Bundesgericht hat die Kritik an seiner Rechtsprechung, die Nichtigkeit von Akten auch in Fällen zu untersuchen, in denen es sich mit der Beschwerde eigentlich nicht in der Sache befassen dürfte,⁹⁹⁸ ausdrücklich zur Kenntnis genommen, sich aber nicht inhaltlich dazu geäußert.⁹⁹⁹ Immerhin hat die I. öffentlich-rechtliche Abteilung bekräftigt, dass «für die Feststellung der Nichtigkeit jedenfalls ein Rechtsschutzinteresse erforderlich» sei.¹⁰⁰⁰ Das Bundesverwaltungsgericht leitete daraus kürzlich und nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht ab, dass bei fehlender Legitimation keine Veranlassung zur Prüfung der Nichtigkeit eines Anfechtungsobjekts bestehe.¹⁰⁰¹ Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit seinen diesbezüglichen Standpunkt dahingehend präzisiert und auf eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung seiner Abteilungen hinarbeitet, die sich derzeit unterschiedlich präsentiert.

287 Die Praxis der zivilrechtlichen Abteilungen im Anwendungsbereich der ZPO stützt die hier vertretene Auffassung zur Befugnis, wann sich eine Rechtsmittelinstanz zur Nichtigkeit eines Aktes äussern darf. Soweit dem Bundesgericht im betreffenden Sachbereich keine Oberaufsicht zukommt, prüfen die zivilrechtlichen Abteilungen die Nichtigkeit eines Entscheids nur im Rahmen einer bei ihnen hängigen und zulässigen Beschwerde.¹⁰⁰² Rechtsmittelbehörden dürfen sich nach dieser Rechtsprechungslinie «nur dann zu einer behaupteten Nichtigkeit äussern, wenn das Rechtsmittel zulässig ist und sie darauf eintreten müssen» und «sich die behauptete Nichtigkeit auf den Ausgang des Verfahrens auswirken kann».¹⁰⁰³ Gerichte müssen etwa nicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses als Prozessvoraussetzung verzichten,

997 Zur materiellen Beschwer anstelle vieler KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1430 ff.

998 Namentlich jene von MOOR, nullité.

999 BGer, 4. Februar 2014, 1C_236/2013, E. 2.3, wo das Bundesgericht auf diese unterbliebene Auseinandersetzung verweist und sie weiterhin unterlässt.

1000 BGer, 24. April 2013, 1C_627/2012, E. 2.

1001 BVGer, 3. Januar 2022, B-3595/2021, E. 8.

1002 BGer, 21. August 2018, 5A_393/2018, E. 2.1. Anders noch BGer, 14. April 2015, 5A_998/2014, E. 2.1.2 («La nullité doit être constatée d'office [...] et en dépit de l'irrecevabilité éventuelle du recours»).

1003 BGer, 18. April 2019, 5A_758/2018, E. 1.3.

wenn eine Partei die Nichtigkeit eines Rechtsakts behauptet.¹⁰⁰⁴ Insbesondere dürfe die Nichtigkeit auch nicht zur Missachtung von Vorschriften über die Zuständigkeit führen.¹⁰⁰⁵ Die in der Rechtsprechung ständig wiederholte Formel, dass die Nichtigkeit von jeder Behörde zu beachten sei, bedeute nur, dass die Behörden nicht abschliessend aufgezählt werden könnten, die möglicherweise (vorfrageweise) die Nichtigkeit zu berücksichtigen hätten, nicht aber dass jede beliebige Behörde ungeachtet ihrer Zuständigkeit eine solche Feststellung treffen dürfe.¹⁰⁰⁶ Es dürfe nicht «eine beliebige Behörde in beliebiger Weise auf Feststellung des entsprechenden Mangels angegangen werden»; werde das Bundesgericht mit einer Beschwerde angerufen, auf die es nicht eintreten könne, sei «es auch ihm nicht gestattet, die allfällige Nichtigkeit eines unterinstanzlichen Entscheids festzustellen».¹⁰⁰⁷ In Anwendung dieser Rechtsprechung erachtete die II. zivilrechtliche Abteilung als ausgeschlossen, die Nichtigkeit eines Urteils wegen angeblicher Nichtzustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks erneut zu prüfen, nachdem über die entsprechenden Tatsachenvorbringen in einem früheren Verfahren bereits rechtskräftig entschieden worden war.¹⁰⁰⁸ Auch steht das Verfahren der Revision nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung nicht zur Verfügung, um allfällige Versäumnisse im vorinstanzlichen Verfahren oder Versäumnisse bei der Begründung der Beschwerde an das Bundesgericht nachträglich zu beheben.¹⁰⁰⁹

Diese das Zivilprozessrecht betreffenden Urteile, die den allgemeinen Nichtigkeitsbegriff behandeln,¹⁰¹⁰ stehen im Widerspruch zur Rechtsprechung der öffentlich-rechtlichen Abteilungen, wonach das Bundesgericht selbst bei formell unzulässigen Beschwerden, wenn es mit einer nichtigen Verfügung

1004 BGer, 13. November 2018, 5D_159/2018, E. 5.1

1005 BGer, 25. November 2016, 4A_142/2016, E. 2.2f.

1006 BGer, 31. Oktober 2022, 5D_78/2022, E. 3.1.

1007 BGer, 18. April 2019, 5A_758/2018, E. 1.3 mit Hinweisen.

1008 BGer, 18. April 2019, 5A_758/2018, E. 1.5f. Vgl. ähnlich VGr ZH, 26. Januar 2022, VB.2021.00662, E. 4.2 zur gerügten Nichtigkeit des einer Vorladung in den Strafvollzug zugrundeliegenden Strafbefehls: «Sowohl die Vorinstanz als auch das Verwaltungsgericht (und daraufhin jeweils auch das Bundesgericht) haben sich bereits mehrfach mit dem Nichtigkeitsargument des Beschwerdeführers auseinandergesetzt. Ein zweites bzw. gar drittes Rechtsmittelverfahren darf nicht dazu dienen, einen bereits gefällten Entscheid faktisch erneut zu überprüfen.»

1009 BGer, 23. Mai 2016, 5F_6/2016, E. 1.3 m.w.H., wo das Bundesgericht aber in der Folge dennoch zur Frage der Nichtigkeit des im ursprünglichen Beschwerdeverfahren gegenständlichen Urteils Stellung nahm (E. 2).

1010 Zur rechtsgebietsübergreifenden Anwendung der Evidenztheorie auf Urteile siehe oben N. 22f.

befasst werde, «eingreifen und diese von Amtes wegen aufheben» dürfe.¹⁰¹¹ Da den beiden, je vom zivilprozessualen beziehungsweise verwaltungsverfahrensrechtlichen Denken geprägten Rechtsprechungslinien ein grundlegend anderes Verständnis der eigenen Prozessgesetzgebung des Bundesgerichts zugrunde liegt, drängte sich allenfalls gar auf, die Frage nach der Relevanz der in öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Verfahren gleichermaßen geltenden Prozessvoraussetzungen, wenn die Nichtigkeit eines Aktes gerügt wird, nach Art. 23 BGG abteilungsübergreifend zu behandeln.¹⁰¹² Soweit die Abteilungen nicht einem einheitlichen, allgemeinen Nichtigkeitskonzept staatlicher Akte folgen wollen, wäre eine entsprechende Klarstellung wünschenswert.

b) Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist

289 Nach der weit zurückreichenden Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Rechtsaktes nicht an eine Frist gebunden.¹⁰¹³ Lehrbücher führen dazu aus, dass die Nichtigkeit jederzeit geltend gemacht werden könne,¹⁰¹⁴ daraus allerdings kein ausserordentliches Rechtsmittel vor einer beliebigen Instanz folge.¹⁰¹⁵

290 Ungeachtet der Nichtigkeit eines Aktes löst dessen Ergehen den Lauf der Rechtsmittelfrist aus, weil die prozessrechtliche Existenz eines Anfechtungsobjekts keinen materiell-rechtlichen Mindestanforderungen hinsichtlich seiner Korrektheit unterliegt.¹⁰¹⁶ Das Verfahrensrecht bietet regelmässig keine Grundlage, nach Fristablauf ein ordentliches Rechtsmittelverfahren gegen nichtige Akte einzuleiten.¹⁰¹⁷ Eine gegenteilige Auslegung der Vorschriften zum Fristenlauf, z.B. von Art. 50 Abs. 1 VwVG, wonach nichtige Akte ausser Frist im ordent-

1011 BGE 136 II 383 E. 4.1 S. 390; vgl. auch BGE 136 II 415 E. 1.2 S. 417.

1012 Vgl. BSK-BIAGGINI/HAAG, Art. 23 BGG, N. 21 und 25 ff.

1013 BGE 41 I 524 E. 1 S. 525 f. (Möglichkeit der Anfechtung eines Arrestbefehls nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, wenn dieser «unheilbar nichtig» ist). Vgl. schon BGE 4 I 548 E. 4 S. 549 f.; BGE 16 I 70 E. 4 S. 76 (zur Zulässigkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit erst im Rahmen der Vollstreckung).

1014 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1087; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 853.

1015 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1101. Die Geltung der Rechtsmittelfrist auch bei einer Rüge der Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts bejahen ausdrücklich GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 213, und TANQUEREL, N. 922. MOOR/POLTIER, S. 364 f. erachten drei Wege zur Geltendmachung der Nichtigkeit als denkbar: Bei der Rechtsmittelinstanz innert Frist, bei der verfügenden Behörde oder ihrer Aufsichtsbehörde oder vorfrageweise vor einer anderen Instanz, die auf das Nichtige abstellen will.

1016 Vgl. oben N. 281 f. A.M. ZIBUNG, Praxiskommentar VwVG, Art. 50, N. 9.

1017 Vgl. gl.M. zum Rechtsweg nach Ablauf der Rechtsmittelfrist HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1100; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 213; MOOR/POLTIER, S. 364.

lichen Instanzenzug angefochten werden könnten, ist ohne Anknüpfungspunkt für eine dahingehende grammatikalische, teleologische, systematische oder historische Auslegung nicht möglich. Ein solcher Anknüpfungspunkt wird bei den meisten Prozessgesetzen nicht auszumachen sein.¹⁰¹⁸ Eine solche Auslegung erscheint indessen nicht notwendig, zumal Rechtsschutz gegen nichtige Akte keinen Verzicht auf Anfechtungsfristen voraussetzt, weil die Nichtigkeit von Urteilen als ungeschriebener Revisionsgrund verstanden wird¹⁰¹⁹ und jene von Verfügungen durch ein entsprechendes Feststellungsersuchen geltend gemacht werden kann:¹⁰²⁰

Die Lehre zum öffentlichen Prozessrecht anerkennt, dass eine betroffene Person die Behörde um Feststellung der Nichtigkeit einer von dieser Behörde erlassenen Verfügung ersuchen darf.¹⁰²¹ Bei gegebenen Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung – Zuständigkeit der Behörde und Vorliegen eines schutzwürdigen Feststellungsinteresses – ist eine solche zu erlassen.¹⁰²² Diese Feststellungsverfügung ist im selben Instanzenzug überprüfbar, wie es die Verfügung gewesen wäre, über deren Nichtigkeit in der

1018 Das Bundesgericht erwog denn auch in BGer, 18. April 2019, 5A_758/2018, E. 1.4: «Die Nichtigkeit ist in erster Linie mit den ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmitteln geltend zu machen, ansonsten der Umgehung der Rechtsmittelfristen, die letztlich im Interesse der Rechtssicherheit stehen, Tür und Tor geöffnet würde.» Vgl. historisch BGE 41 I 524 S. 525: «[D]as moderne Prozessrecht [kennt] als Regel keine absoluten Nichtigkeitsgründe mehr, sondern steht auf dem Standpunkte, dass das Bestehen solcher Gründe innert der gesetzlichen Frist mit dem dafür vorgesehenen Rechtsmittel geltend gemacht werden muss.»

1019 MÜLLER, Verwaltungsrechtspflege, S. 256. Ebenfalls dahingehend BGer, 26. Juni 2006, 6S.4/2006: «Mit dem Rechtsmittelsystem steht nach dem Willen des Gesetzgebers ein hinreichender Rechtsschutz bereit. Damit ist auch die Rechtssicherheit gewährleistet. Sollte sich tatsächlich der Fall eines absolut nichtigen Urteils ergeben, müsste dieser Mangel aus rechtsstaatlichen Erwägungen gegebenenfalls im Rahmen einer erweiternten Auslegung der Revision behoben werden können» (zu BStGr, 19. Oktober 2005, SK.2005.2, wo zur Prüfung der absoluten Nichtigkeit eines Strafurteils auf die Vorschriften zum Revisionsverfahren zurückgegriffen worden war). Ferner implizit VGr ZH, RG.2021.00003, 27. April 2021, E. 3.

1020 MOOR/POLTIER, S. 365; ebenso BOVAY, S. 280.

1021 TANNER, N. 62 m.w.H., der darin faktisch ein Wiedererwägungsgesuch erblickt. Es handelt sich indessen gerade nicht um einen Fall der Wiedererwägung, sondern einer Feststellungsverfügung über das (Nicht-)Bestehen einer Rechtslage. Den Rechtsweg des Feststellungsverfahrens bejahte bereits FLÜCKIGER, *contrôle juridictionnel*, S. 184, vor Inkrafttreten der Vorschriften zum Rechtsschutz gegen Realakte. Eine dogmatische Anknüpfung des Rechtsschutzes gegen nichtige Verfügungen an Art. 25a VwVG und analoge Vorschriften des kantonalen Rechts erscheint nach der hier vertretenen Auffassung entbehrlich.

1022 Zu den Voraussetzungen für den Erlass von Feststellungsverfügungen anstelle vieler KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 394 ff.

Feststellungsverfügung befunden wird.¹⁰²³ Für die Geltendmachung der Nichtigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrags steht mangels Zuständigkeit einer Behörde in der Regel nur ein Klageverfahren offen.¹⁰²⁴ Ist in einem hängigen Verfahren vorfrageweise über die Nichtigkeit eines Aktes zu befinden, beispielsweise anlässlich seiner Vollstreckung, kann keine Feststellungsverfügung betreffend die Nichtigkeit ergehen, weil es in solchen Konstellationen an einem schutzwürdigen Feststellungsinteresse fehlt.¹⁰²⁵ Ein Feststellungsinteresse kann weiter fehlen, wenn bereits ein rechtskräftiges Urteil über die Nichtigkeit eines bestimmten Aktes wegen bestimmter Gründe vorliegt; andernfalls verlöre die Rechtsmittelfrist gegen den erstmaligen ablehnenden Entscheid jegliche Bedeutung.¹⁰²⁶

292 Ohne eine aktuelle Vollzugssituation besteht regelmässig kein Interesse an einer Feststellung der Nichtigkeit eines Aktes.¹⁰²⁷ Ebenso fehlt es hinsichtlich der Nichtigkeit einer Sachverfügung an einem Feststellungsinteresse, wenn deren Vollstreckung nicht ansteht und die Vollstreckung nicht mittels eines Realakts, sondern nur mit einer Vollzugsverfügung erfolgen kann, wogegen Rechtsschutz offenstehen wird. Gleichwohl sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen Privaten ein schutzwürdiges Interesse an einem verbindlichen Entscheid über die Nichtigkeit einer Anordnung zukommt,¹⁰²⁸ wenn sie etwa gestützt auf einen bestimmten Staatsakt Dispositionen tätigen wollen, aber Zweifel an der Zuständigkeit der Behörde für die darin getroffenen Entscheidungen bestehen und sie sich angesichts der Umstände später nicht erfolgreich auf Vertrauensschutz berufen könnten. Wird trotz eines Rechtsschutzinteresses keine Feststellungsverfügung über die Nichtigkeit erlassen, liegt darin eine auf dem dafür vorgesehenen Weg anfechtbare Rechtsverweigerung.¹⁰²⁹

293 In der anerkannten Möglichkeit, über die Nichtigkeit einer Verfügung eine Feststellung zu verlangen, zeigt sich im Übrigen erneut die Untauglichkeit des

1023 Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn das anwendbare Verfahrensrecht gegen eine Feststellungsverfügung einen anderen Rechtsweg vorsähe oder nach einer Rechtsänderung ein abweichender Instanzenzug bestünde.

1024 Für den Kanton Zürich die verwaltungsrechtliche Klage nach § 81 ff. VRG, die für Streitigkeiten aus öffentlichem Recht zur Verfügung steht, über die niemand mittels Verfügung entscheiden kann.

1025 Vgl. KLEY, Feststellungsverfügung, S. 241.

1026 Vgl. TANNER, N. 83.

1027 LEUENBERGER, S. 74. Ein Feststellungsinteresse an der Nichtigkeit eines Entscheids setzt einen praktischen Nutzen voraus (VGr ZH, 9. Juli 2021, VB.2019.00515, E. 1.8). Zum Erfordernis der Aktualität des Feststellungsinteresses siehe HÄNER, N. 699 ff.

1028 Vgl. z.B. betreffend den Bestand eines Hausverbots VGr ZH, 7. Januar 2021, VB.2020.00621, E. 4.

1029 Vgl. BGer, 12. November 2014, 2C_657/2014, E. 1.4.

Erkennbarkeitselements der Evidenztheorie:¹⁰³⁰ Wären nur für jedermann offenkundig schwer fehlerhafte und deshalb nicht bestehende Rechtsakte nichtig, so ist kaum eine Konstellation vorstellbar, in der ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorläge, weil ein solches die Unklarheit über den Bestand einer bestimmten Rechtslage voraussetzte.¹⁰³¹ Wenn aber die Fehlerhaftigkeit für jedermann klar ist, bestünde auch kein Bedarf, diese feststellen zu lassen.

Einer Person ohne eine nähere Beziehung zu einem nichtigen Akt, welche ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit begründen könnte, steht zur prozessualen Geltendmachung der Nichtigkeit nur eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde offen.¹⁰³² 294

c) Aufschiebende Wirkung

In der Literatur wird postuliert, dass einem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zukomme, wenn gegen eine nichtige Verfügung als Anfechtungsobjekt vorgegangen wird.¹⁰³³ Solche Rechtsmittel seien der aufschiebenden Wirkung technisch gesehen zwar gar nicht zugänglich, weil die nichtige Verfügung an der Rechtslage ungeachtet des Suspensiveffekts nichts zu ändern vermöge; die Wirkungen der Nichtigkeit und der aufschiebenden Wirkung seien aber identisch.¹⁰³⁴ Eine tatsächlich nichtige Verfügung ist unabhängig von einer allfälligen aufschiebenden Wirkung des dagegen erhobenen Rechtsmittels keiner Vollstreckung zugänglich, weil sie zu keinem Zeitpunkt Rechtswirksamkeit entfalten kann. Daraus folgt aber noch nichts zur Frage der aufschiebenden Wirkung in einer Konstellation, in der die Nichtigkeit zwar geltend gemacht wird, das Anfechtungsobjekt aber nicht nichtig ist. 295

Die unbegründete Geltendmachung der Nichtigkeit zwecks Zeitgewinns¹⁰³⁵ darf nicht dazu führen, dass einem Rechtsmittel bis zum Entscheid in der Sache 296

1030 Dazu ausführlich oben N. 153 ff. und 163 ff.

1031 Vgl. BOSSHART/BERTSCHI, Kommentar VRG, § 19, N. 25 f.

1032 Vgl. identisch im Bereich des SchKG SPÜHLER, S. 1348. Anders OGr ZH, 3. Mai 2021, PS210050-O/U, E. 3.3, wo die Feststellung der Nichtigkeit eines gerichtlichen Entscheids durch die zuständige Rechtsmittelbehörde von Amtes wegen nach Anzeige eines nicht betroffenen bzw. nicht zu einem Rechtsmittel legitimierten Dritten als zulässig betrachtet wird. Darin läge eine Möglichkeit der zeitlich unbegrenzten Anfechtung von Urteilen, welche das Nichtigkeitskonzept nicht ermöglichen soll (dahingehend BGer, 25. November 2016, 4A_142/2016, E. 2.2 f.).

1033 MÄRKLI, N. 380; siehe auch BOUCHAT, N. 237; KNAPP, Nullité, S. 591. A.M. BAUMBERGER, N. 254.

1034 MÄRKLI, N 380, 497.

1035 Z.B. wenn sich eine Person Inkassobemühungen entziehen will, indem sie Verfahren auf Feststellung der Nichtigkeit des Entscheids einleitet, welcher die Zahlungspflicht statuiert. Zur Problematik hinsichtlich nicht finanzieller Verpflichtungen vgl. BGer,

und der darin womöglich vertieft erfolgenden Auseinandersetzung mit der möglichen Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts aufschiebende Wirkung zukommt,¹⁰³⁶ weil sonst Verzögerungstaktiken Tür und Tor geöffnet würde. Aus diesem Grund rechtfertigt sich, in einem Rechtsbegehren auf Feststellung der Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts im Rahmen eines Rechtsmittels, dem nicht bereits von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, jeweils auch ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu erblicken, das unter Umständen im Rahmen eines vorgängigen Zwischenentscheidungs behandelt werden muss.¹⁰³⁷ Wird in vertretbarer Weise geltend gemacht, eine Verfügung sei nichtig, werden die gegen eine sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechenden Gründe wohl regelmässig überwiegen und die aufschiebende Wirkung zu erteilen sein.¹⁰³⁸

- 297 Keine Fragen der aufschiebenden Wirkung stellen sich in Verfahren, in denen ein eigenständiges Gesuch um Feststellung der Nichtigkeit behandelt wird, zumal auf ein solches Gesuch mangels Feststellungsinteresse nicht einzutreten ist, wenn gegen den Vollzug des als nichtig Beanstandeten ein Rechtsmittel offensteht.¹⁰³⁹

III. Ergebnisse

- 298 Die Nichtigkeit eines Rechtsaktes kann vor- oder hauptfrageweise Verfahrensgegenstand bilden. Die vorfrageweise Überprüfung der von ihr als verbindlich betrachteten Rechtsakte auf ihre Nichtigkeit hin liegt in der Kognition jeder rechtsanwendenden Behörde (in dieser Untersuchung «Nichtigkeitskognition» genannt). Hauptfrageweise kann die Nichtigkeit eines Rechtsaktes vor Ablauf der Rechtsmittelfrist bei der Rechtsmittelbehörde gerügt werden, an die auch ein Rechtsbegehren um Aufhebung des betreffenden Aktes zu richten wäre. Die Geltendmachung der Nichtigkeit schafft kein ausserordentliches, ausser-

6B_334/2017, 23. Juni 2017, E. 2.3: «Dass der Beschwerdeführer auf die rechtskräftig beurteilten Verfahren immer wieder zurückkommt und die ergangenen Entscheide für nichtig hält bzw. bezeichnet, hemmt deren Rechtskraft nicht und lässt die Streitsache auch nicht erneut hängig werden» (betreffend eine Vorladung in den Strafvollzug).

1036 Vgl. KNAPP, Précis, N. 1196, wonach sich die nichtige Verfügung bis zur Feststellung ihrer Nichtigkeit nicht von der gültigen Verfügung unterscheidet (was allerdings ausblendet, dass Nichtigkeit ex tunc besteht).

1037 Wird ohnehin vor Verfahrensabschluss keine Vollstreckung angestrebt, können prozess-ökonomische Gründe dafür sprechen, sogleich einen Endentscheid zu fällen und das Gesuch um aufschiebende Wirkung als gegenstandslos zu erklären (vgl. MÄRKLI, N. 484).

1038 Zu den entsprechenden Voraussetzungen ausführlich MÄRKLI, N. 398 ff.

1039 Vgl. oben N. 291.

gesetzliches Rechtsmittel und ändert insbesondere an der Geltung der Eintretensvoraussetzungen im Rechtsmittelverfahren nichts. Fehlende Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts bildet keine Prozessvoraussetzung. Sind die Eintretensvoraussetzungen – Zuständigkeit, Legitimation, Frist – nicht gegeben, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, ohne dass sich die angerufene Rechtsmittelinstanz in der Sache zur Nichtigkeit äussern dürfte. Sind die Eintretensvoraussetzungen hingegen erfüllt und erweist sich der angefochtene Akt in der dann vorzunehmenden materiellen Prüfung als nichtig, ist die Beschwerde gutzuheissen und dessen Nichtigkeit förmlich im Dispositiv festzustellen. In einem Rechtsbegehren auf Feststellung der Nichtigkeit des Anfechtungsobjekts im Rahmen eines Rechtsmittels, dem nicht bereits von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, ist stets ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung enthalten.

Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist kann über die Nichtigkeit eines Aktes 299 eine Feststellungsverfügung bei der Behörde verlangt werden, die diesen ursprünglich erlassen hat. Eine solche Feststellungsverfügung über die Nichtigkeit ist zu erlassen, wenn der gesuchstellenden Person ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse zukommt. Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit kann eine Aufsichtsbehörde bei gegebenen Voraussetzungen aufsichtsrechtlichen Einschreitens die Nichtigkeit eines Rechtsakts feststellen, wobei sie von Amtes wegen oder auf Anzeige hin tätig werden kann. Da der anzeigenden Person im aufsichtsrechtlichen Verfahren grundsätzlich keine Parteistellung zukommt,¹⁰⁴⁰ empfiehlt sich dieses Vorgehen regelmässig nur für Personen, denen ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse fehlt.

§10 Konsequenzen einer Feststellung der Nichtigkeit

Ist die Nichtigkeit in den im vorangegangenen § 9 dargestellten prozessualen 300 Bahnen verbindlich festgestellt worden, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen dieser Feststellung. Im Folgenden ist zu erörtern, dass die Nichtigkeit einen unheilbaren Mangel darstellt, der sich auf den ganzen oder einen Teil des Rechtsakts erstrecken kann (I.), und welche Konsequenzen die Feststellung der Nichtigkeit für bereits erfolgte Vollzugshandlungen sowie für Folgeentscheide zeitigt, die sich auf den nichtigen Rechtsakt stützen (II.).

1040 CHAKSAD, S. 108.

I. Unheilbares Ausbleiben der Rechtskraft

301 Nach dem verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff sind Akte nichtig, die keine rechtlichen Wirkungen erzeugen und mithin ausserhalb des Rechtssystems stehen. Dieses Verständnis der Tragweite der Nichtigkeit deckt sich mit dem tradierten Verständnis der Nichtigkeit als rechtlicher Inexistenz *ex tunc* und dem Ausbleiben formeller Rechtskraft.¹⁰⁴¹ Rechtliche Inexistenz ist allerdings nicht gleichbedeutend mit tatsächlicher Inexistenz, weshalb etwa einer nichtigen Veranlagungshandlung als bloss tatsächlicher Handlung verjährungsunterbrechende Wirkung zukommen kann.¹⁰⁴²

302 Die Feststellung der Nichtigkeit wirkt grundsätzlich *erga omnes* und damit auch gegenüber nicht verfahrensbeteiligten Dritten.¹⁰⁴³ Wird ein Akt nur vorfrageweise als nichtig erklärt, kann die entsprechende Feststellung ausserhalb des fraglichen Verfahrens hingegen keine Verbindlichkeit beanspruchen, wenn sie nur im Rahmen einer Entscheidbegründung, aber nicht im Dispositiv getroffen wurde.¹⁰⁴⁴ Stellt ein Entscheid einer dafür zuständigen Behörde im Dispositiv die Nichtigkeit einer nur teilweise angefochtenen Verfügung fest, kann es demgegenüber sogar zu einer «Ausstrahlung über den Verfahrensgegenstand hinaus» kommen, wenn die Feststellung sachlogisch auch den unangefochtenen Teil der Verfügung betrifft.¹⁰⁴⁵

303 Aus der Konzeption der Nichtigkeit als anfängliche und gänzliche Unwirksamkeit folgt die vom Bundesgericht anerkannte Unheilbarkeit nichtiger Akte.¹⁰⁴⁶ Wird die Nichtigkeit bejaht, besteht gar kein Rechtsakt, dessen Fehlerhaftigkeit in einem späteren Verfahren geheilt werden könnte.¹⁰⁴⁷ Eine Heilung im Sinne der nachträglichen Schaffung der durch den nichtigen Akt angestrebten Rechtslage bedürfte deren erneuter Anordnung mittels «eines neuen, rechtlich einwandfreien Hoheitsaktes, welcher den mit einem Nichtig-

1041 Das Bundesgericht spricht vom Fehlen jeglicher Rechtsverbindlichkeit (z.B. BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275). Siehe ferner BGE 129 I 361 E. 2.3 S. 364: «Ist ein Urteil nichtig, so existiert es nicht (oder nur zum Schein) und hat keinerlei Rechtswirkungen.» Vgl. BGer, 18. April 2019, 5A_758/2018, E. 1.5.3: «Selbstredend entfalten nichtige Entscheide keinerlei Rechtskraftwirkung». Aus der Lehre z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1096; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 213; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N. 833; BINDER, Verwaltungswirtschaftslehre, S. 148.

1042 Siehe oben N. 45.

1043 BRUNNER, N. 797.

1044 GL.M. MOOR/POLTIER, S. 365.

1045 BRUNNER, N. 789.

1046 BGE 116 Ia 215 E. 2c S. 220 (ohne Begründung).

1047 Vgl. HERING, S. 22; ferner ANNACKER, S. 101, welche die Unheilbarkeit nichtiger Akte als begriffsinhärent betrachtet.

keitsgrund behafteten insoweit ersetzt». ¹⁰⁴⁸ Die Nichtigkeit einer negativen Verfügung (wie der Verweigerung einer Bewilligung oder Genehmigung) führt nicht automatisch die gegenteilige Rechtslage (die Erteilung der Bewilligung oder Genehmigung) herbei; solches bedürfte vielmehr einer eigenständigen, wirksamen Anordnung. ¹⁰⁴⁹ Der verfahrensrechtliche Anspruch der antragstellenden Person auf eine Verfügung ist nach Feststellung der Nichtigkeit der negativen Verfügung, welche ihren Antrag ablehnte, durch den Erlass einer neuen Verfügung zu erfüllen. ¹⁰⁵⁰

Die Möglichkeit einer nicht gänzlichen, sondern blossen *Teilnichtigkeit* ³⁰⁴ eines Rechtsakts folgt aus dem verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff, der nach dessen Verankerung im Recht fragt, die die Rechtserzeugung ermöglicht. ¹⁰⁵¹ Die Nichtigkeitsfolge erstreckt sich nach der hier postulierten Definition auf all jene Teile eines auf Rechtswirkungen gerichteten Aktes, denen der notwendige Bezug zur Rechtsordnung fehlt, sodass insoweit kein Recht erzeugt worden ist. In der Lehre wurde bezüglich der Teilnichtigkeit bislang vertreten, dass diese in Betracht falle, wenn die nichtigkeitsbegründende Fehlerhaftigkeit nur nebensächliche Punkte betreffe, ¹⁰⁵² wenn eine Verfügung auch beim Wegfall der nichtigen Bestimmung ihren Zweck erreichen könne ¹⁰⁵³ bzw. der verbleibende Rest ein sinnvolles Ganzes ergebe ¹⁰⁵⁴ oder wenn die Verfügung auch ohne den nichtigen Teil erlassen worden wäre. ¹⁰⁵⁵ Nach anderer Auffassung dürfe nicht «ohne weiteres» sinngemäss auf Art. 20 Abs. 2 OR abgestellt werden. ¹⁰⁵⁶ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts fällt eine teilweise

1048 BGE 114 Ia 153 E. 3a/bb S. 157, wo das Bundesgericht darauf hinweist, dass sich die Zuständigkeit zum Erlass eines solchen Aktes nicht aus dem Begriff der Nichtigkeit, sondern dem massgebenden Recht ergebe. Vgl. ferner GYGI, Verwaltungsrecht, S. 306. FLEINER, S. 208, erachtete höchstens eine Konversion des Rechtsakts als denkbar. Dass überhaupt Konstellationen bestehen könnten, in denen ein Rechtsakt, der mangels ausreichender rechtlicher Verankerung keine Wirkungen zu erzeugen vermochte, in einen wirksamen Akt umgedeutet werden könnte, erscheint indes fraglich.

1049 Vgl. aus einer anderen Rechtstradition, aber dieselbe Logik anwendend FORSYTH, S. 154.

1050 SCHMID, S. 93.

1051 Ausführlich zum Vorgehen zur Prüfung der Nichtigkeit oben N. 253 ff.

1052 GYGI, Verwaltungsrecht, S. 306.

1053 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1133.

1054 GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N. 215..

1055 GRISEL, Droit administratif, S. 200; KNAPP, Précis, N. 1222.

1056 So IMBODEN/RHINOW, S. 244, die vertreten, dass Teilnichtigkeit «in stärkerem Masse als im Privatrecht» anzunehmen sei. Diese Auffassung findet hinsichtlich verwaltungsrechtlicher Verträge eine Stütze in BGE 49 I 160 E. 6 S. 185 (betreffend eine nichtige Klausel in einer Konzession): «Im öffentlichen Recht spielt [...] der Parteiwille bei weitem nicht die Rolle, wie im Privatrecht; hier ist grundsätzlich der Gesetzeswille überragend. Es ist deshalb bei Verwaltungsakten eine bloss teilweise Ungültigkeit in weiterem Umfang anzunehmen, als es bei den Verträgen des Zivilrechts möglich ist».

Nichtigkeit eines Quartiererschliessungsplans in Betracht, der in womöglich nichtiger Weise ein Baurecht verfügte.¹⁰⁵⁷ Bei der gesamthaft nichtig erklärten Vereinbarung zur Durchführung von Sterbehilfe zwischen einem Verein und der Zürcher Oberstaatsanwaltschaft stellte das Bundesgericht auf seine Annahme ab, dass der Verein die Vereinbarung nur als Ganzes habe unterzeichnen wollen, weshalb sich auch deren gesamthafte Nichtigklärung rechtfertige.¹⁰⁵⁸

- 305 Überlegungen zur Intention der handelnden Personen bzw. zur Sachgerechtigkeit, einem fehlerbehafteten Akt teilweisen Bestand zuzusprechen, sind im Rahmen der Nichtigkeitsprüfung dogmatisch verfehlt, weil die Frage der Nichtigkeit jene der Erzeugung rechtlicher Verbindlichkeit kraft ausreichenden Ableitungszusammenhangs zur Rechtsordnung betrifft. Ein Rechtsakt kann nach dem verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff immer dann teilmichtig sein, wenn sich Teile unterscheiden lassen, deren rechtserzeugende Kraft anhand ihrer jeweiligen Verankerung im Recht eigenständig geprüft werden kann und hinsichtlich gewisser Teile verneint werden muss.¹⁰⁵⁹

II. Erfolgte Vollzugshandlungen und Folgeentscheide

- 306 Angesichts der prozessualen Möglichkeit, die Nichtigkeit von Rechtsakten feststellen zu lassen, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen einer solchen Feststellung in Fällen, in denen der nichtige Akt von Behörden oder Privaten zuvor als wirksam behandelt und Handlungen oder Entscheidungen zugrunde gelegt worden ist. Selbst wenn in Anwendung der hier abgelehnten Evidenztheorie die Nichtigkeit an die Erkennbarkeit der Fehlerhaftigkeit geknüpft wird, ist mit Blick auf die in der Praxis erfolgten Nichtigklärungen damit zu rechnen, dass nichtige Akte vollzogen oder in Folgeentscheidungen als rechtskräftig betrachtet werden, weil die Nichtigkeit eines Rechtsakts regelmässig von gewissen Personen nicht (an)erkannt wird. Als Grundsatz gilt, dass der ohne den nichtigen Akt bestehende Zustand wiederherzustellen ist, weil keine

1057 BGE 115 Ia 1 E. 3 S. 4.

1058 BGE 136 II 415 E. 3.3 S. 426f.

1059 Dies wäre etwa beim kommunalen Steuerreglement in BGE 48 I 563 E. 3 S. 578, das wegen Unvereinbarkeit mit der Kantonsverfassung aufgehoben wurde, nicht der Fall, weil es «ein zusammenhängendes Ganzes bildet, aus dem nicht einzelne wesentliche Teile beseitigt werden können, ohne dass damit auch die übrigen Bestimmungen in ihren Voraussetzungen erschüttert werden». Auch bei verwaltungsrechtlichen Verträgen werden sich im Einzelfall selbst bei zahlreichen Bestimmungen nicht immer je eigenständig rechtserzeugenden Teile unterscheiden lassen.

Rechtswirkungen erzeugt worden sind, welche diesen Zustand verbindlich beeinflussen dürften.¹⁰⁶⁰

Verursacht der Vollzug einer nichtigen Verfügung einen Schaden, können die Voraussetzungen der Staatshaftung erfüllt sein.¹⁰⁶¹ In einem Staatshaftungsverfahren dürfen sich Geschädigte unabhängig vom vorgängig gegen einen Akt gesuchten Rechtsschutz auf die Nichtigkeit einer Verfügung berufen, weil nichtige Verfügungen von der Reichweite des Verbots der Überprüfung formell rechtskräftiger Verfügungen nicht erfasst werden.¹⁰⁶²

Ob Akte, die sich auf einen im Sinne des verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriffs nichtigen Rechtsakt stützen, ebenfalls als nichtig zu betrachten sind, bestimmt sich unterschiedslos anhand des hier postulierten Vorgehens zur Prüfung der Nichtigkeit eines jeden Rechtsakts:¹⁰⁶³ Die Nichtigkeit ihrer (teilweisen) Grundlage kann dazu führen, dass den Folgeakten der notwendige Bezug zum geltenden Recht fehlt, welcher Voraussetzung ihrer Anerkennung als Rechtserzeugungsakt bildet; ein dahingehender Automatismus besteht indessen nicht.¹⁰⁶⁴ Genauso erscheint möglich, dass im Einzelfall eine anderweitige Herleitung des ausreichenden Rechtserzeugungszusammenhangs in Betracht fällt, die nicht auf die als nichtig erkannte Grundlage abstellt. Soweit ein nichtiger Zwischenentscheid den Endentscheid inhaltlich beeinflusst, ist der Endentscheid demnach nur dann ganz oder teilweise nichtig, wenn auch Letzterer mangels ausreichenden Bezugs zur Rechtsordnung keine rechtserzeugende Wirkung entfalten kann.

1060 Vgl. zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach einer Feststellung der Nichtigkeit BGE 148 II 564 E. 8.2 S. 572. Ferner KNAPP, Précis, N. 1201ff., wonach der Verzicht auf das Rückgängigmachen von Folgen der nichtigen Verfügung angefochten werden kann (ebenda N. 1207). Das Erzeugen von Rechtswirkungen, auf welche ein nichtiger Akt gerichtet gewesen wäre, bedürfte einer förmlichen Anordnung, gegen die nach Massgabe des einschlägigen Prozessrechts ein Rechtsmittel offensteht (oben N. 303).

1061 TANQUEREL, N. 923. Zu den auf Bundes- und kantonaler Ebene geltenden kumulativen Voraussetzungen der Staatshaftung siehe GÄHWILER, S. 16ff.

1062 FELLER, S. 183f. hinsichtlich Art. 12 VG.

1063 Oben N. 253ff.

1064 Jüngst betrachtete das Bundesgericht als denkbar, dass die nach einem nichtigen Konzessionsvergabeentscheid einer Gemeinde geschlossene, öffentlich-rechtliche Vereinbarung über den Plakataushang mit einem Privaten aufgrund der Nichtigkeit der Konzessionsvergabe ihrerseits nichtig erklärt werden könnte, erachtete eine solche Feststellung aber als ausserhalb des Verfahrensgegenstands liegend und begnügte sich mit dem Hinweis auf die Verpflichtung der Gemeinde, alle zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands notwendigen Massnahmen zu treffen (BGE 148 II 564 E. 9.2f. S. 574f.). Vgl. zu einer anders gelagerten Konstellation BGer, 18. April 2019, 5A_758/2018, E. 1.5.3: «Indes wird ein Entscheid, der das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen prüft und verneint, nicht wegen der Verneinung des Vorhalts seinerseits nichtig. Eine allfällige Nichtigkeit muss sich vielmehr aus dem zweiten Verfahren selbst ergeben».

309 Bedingt die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Geschäfts einen gültigen Verwaltungsakt, so kann dessen Nichtigkeit aufgrund einer daraus allfällig folgenden Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR oder kraft spezialgesetzlicher Anordnung¹⁰⁶⁵ die zivilrechtliche Nichtigkeit zur Folge haben.¹⁰⁶⁶

310 Nichtige Akte können Zahlungsverpflichtungen statuieren und Private oder den Staat zur Ausrichtung von Geldleistungen veranlassen. Im öffentlichen Recht gilt der für das Privatrecht in Art. 62 Abs. 2 OR geregelte Grundsatz, wonach Zuwendungen ohne gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund zurückzuerstatten sind.¹⁰⁶⁷ Der Anschein eines Anspruchs, den eine nichtige Verfügung schaffen kann, ist in diesem Sinne ungerechtfertigt.¹⁰⁶⁸ Zahlungen wegen einer im öffentlich-rechtlichen Sinne nichtigen Grundlage sind demnach nach den Regeln zur ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten.¹⁰⁶⁹ Die Nichtigkeit von Ermessenseinschätzungen hat eine Rückabwicklung der vorgenommenen Veranlagungen mitsamt all ihren wirtschaftlichen Auswirkungen wie Betreibungen und Pfändungen zur Folge und gebietet eine Wiederholung des Veranlagungsverfahrens.¹⁰⁷⁰ Aus der Nichtigkeit eines einzelnen Dispositivpunkts folgt nicht automatisch die Nichtigkeit der Verpflichtung zur Bezahlung von Verfahrenskosten.¹⁰⁷¹ Eine Kostenaufgabe, die sich zwar auf eine die Kostentragung regelnde Norm stützen kann, aber ausschliesslich in Verbindung mit nichtigen Anordnungen erlassen wird, ist indessen nichtig, wenn die Kostenerhebung ein rechtswirksames behördliches Tätigwerden voraussetzt.¹⁰⁷²

1065 So im Bereich des BewG: Ohne eine rechtskräftige Bewilligung – und demnach auch im Falle einer nichtigen Bewilligung – sind Rechtsgeschäfte über einen bewilligungspflichtigen Grundstückserwerb durch Personen im Ausland nach Massgabe von Art. 26 BewG unwirksam.

1066 KNAPP, Précis, N. 1223, erachtet dies als allgemeine Regel.

1067 BGE 138 V 426 E. 5.1 S. 430f.; BGer, 21. November 2017, 2C_123/2016, m.w.H.

1068 Vgl. KNAPP, Précis, N. 1203.

1069 Vgl. BGE 98 Ia 568 E. 4 S. 571.

1070 BGer, 11. Juli 2017, 2C_679/2016, E. 6.1f. (dazu oben N. 121).

1071 IMBODEN, Staatsakt, S. 42. Es sei jedoch ein «Gebot der Vernunft», dass der Private bei pflichtwidrigem Verhalten einer Behörde keine Kosten tragen müsse (ebenda S. 58).

1072 Dies ist bei kostenpflichtigem Verwaltungshandeln typischerweise der Fall, weil das rechtswirksame Tätigwerden den Rechtsgrund für die Kausalabgabe bildet. Im Zürcher Recht sieht § 13 Abs. 1 VRG ZH vor, dass Verwaltungsbehörden «für ihre Amtshandlungen Gebühren und Kosten auferlegen» können. Ist die Amtshandlung rechtlich inexistent, fällt auch die Grundlage für eine Kostenerhebung dahin.

Ergebnisse

§11 Fazit

Das schweizerische öffentliche Recht unterscheidet zwei Stufen der Fehlerhaftigkeit von Akten, die auf Rechtswirkungen gerichtet sind (Rechtsakte):¹⁰⁷³ die Anfechtbarkeit und die Nichtigkeit. Anfechtbarkeit ist die Folge einer Fehlerhaftigkeit, welche zwar die Aufhebung des Aktes in einem Rechtsmittelverfahren veranlassen würde, bei unterbliebener Anfechtung aber nicht verhindert, dass er in formelle Rechtskraft erwächst und rechtsverbindlich wird.¹⁰⁷⁴ Nichtige Akte sind dagegen immer und von jeder Behörde als rechtlich inexistent zu betrachten, selbst wenn sie nie angefochten werden.¹⁰⁷⁵

Diese Untersuchung widmete sich der Definition der Nichtigkeit fehlerhafter Akte, die auf die Erzeugung öffentlich-rechtlicher Wirkungen gerichtet sind, und der Abgrenzung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.¹⁰⁷⁶ Lehre und Rechtsprechung zogen diese Trennlinie bislang weitgehend unhinterfragt anhand der Evidenztheorie.¹⁰⁷⁷ Trotz jahrzehntelanger Anwendung konnten die damit zur Anwendung gebrachten Kriterien aber kaum Konturen erlangen, weil sie nur selten genauer definiert und zumeist uneinheitlich angewandt wurden. Bisherige Anwendungsfälle und konzeptionelle Überlegungen erlaubten im ersten Teil dieser Untersuchung zwar eine gewisse Annäherung an den Gehalt der einzelnen Definitionselemente der Evidenztheorie.¹⁰⁷⁸ Ein einheitliches und ausdifferenziertes Verständnis war indessen nicht auszumachen.¹⁰⁷⁹ Eine für die Rechtsunterworfenen voraussehbare Anwendung

1073 Realakte können weder anfechtbar noch nichtig sein (N. 45f.).

1074 N. 1f.

1075 Zur «Nichtigkeitskognition» siehe N. 268 ff., zu den Folgen einer Feststellung der Nichtigkeit N. 301 ff.

1076 Zum diesbezüglichen Anwendungsbereich der Evidenztheorie N. 18 ff.

1077 Siehe N. 16.

1078 Siehe die Ergebnisse zu den Definitionselementen der schwerwiegenden Fehlerhaftigkeit in N. 105 ff. (betreffend Zuständigkeitsfehler), N. 114 (betreffend andere formelle Fehler), N. 129 (betreffend Inhaltsfehler), der Erkennbarkeit in N. 140 und der ausbleibenden Beeinträchtigung der Rechtssicherheit in N. 148.

1079 N. 149f.

der Evidenztheorie scheitert an ihrer Konturlosigkeit,¹⁰⁸⁰ was Rechtsunsicherheit schafft.¹⁰⁸¹ Auch dogmatisch vermag die tradierte Nichtigkeitsdefinition nicht zu überzeugen: Sie ist inhärent widersprüchlich und ihren Definitionselementen fehlt eine überzeugende rechtliche Herleitung.¹⁰⁸² Diese Erkenntnis bildete den Ausgangspunkt der Erarbeitung einer neuen Nichtigkeitsdefinition, die an das Verfassungsrecht anknüpft.

313 Nach dem im zweiten Teil dieser Untersuchung erarbeiteten *verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff* ist ein auf Rechtswirkungen gerichteter Akt nichtig, wenn er keinen hinreichenden Bezug zur geltenden Rechtsordnung aufweist, um als Rechtserzeugungsakt gelten zu können.¹⁰⁸³ Grundlage dieser Weiterentwicklung der Nichtigkeitsdefinition bildet das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip, wonach nur auf der Grundlage des Rechts und innerhalb seiner Schranken verbindliche hoheitliche Rechtsakte erzeugt werden können.¹⁰⁸⁴

314 Die ausreichende Verankerung eines Rechtsakts im geltenden Recht beurteilt sich nicht nach einer Gewichtung der ihm anhaftenden Rechtsfehler, sondern anhand seines Erzeugungsvorgangs.¹⁰⁸⁵ Die Nichtigkeit eines Rechtsakts folgt nicht aus einer Interessenabwägung, welche die für und gegen seine Wirksamkeit sprechenden Interessen gewichtet, denn Rechtsakte erlangen ihre Verbindlichkeit dank einer ausreichenden Rechtsgrundlage. Ein allfälliges öffentliches oder privates Interesse an seiner Existenz kann einem Rechtsakt keine Geltung verleihen.¹⁰⁸⁶ Entscheidend ist, ob der Bezug eines Rechtsakts zu seinen möglichen Grundlagen ausreicht, um ihn als Ausdruck der Rechtsordnung zu verstehen.¹⁰⁸⁷

315 Für diesen Entscheid ist an die bisherige Praxis zur Evidenztheorie und insbesondere an den Begriff der allgemeinen Entscheidungsgewalt einer Behörde anzuknüpfen.¹⁰⁸⁸ Anhand der anerkannten Methodenregeln, welche die Auslegung von Recht leiten, ist zu entscheiden, ob ein Rechtsakt mittels eines

1080 Ausführlich N. 149 ff.

1081 N. 168 f.

1082 Ausführlich § 5.

1083 N. 250 ff.

1084 N. 196 ff.

1085 N. 252.

1086 Zum Ganzen N. 265.

1087 Ausführlich zum vorgeschlagenen Vorgehen, wonach je in zuständigkeitsmässiger und in inhaltlicher Hinsicht ein ausreichender Bezug zur Rechtsordnung zu identifizieren ist, siehe N. 253 ff.

1088 N. 256 ff.

vertretbaren Vorgehens aus der Rechtsordnung hergeleitet worden ist.¹⁰⁸⁹ Der Entscheid über die Nichtigkeit eines Rechtsakts richtet sich bei diesem Vorgehen nach fachlichen Massstäben.

Die Beantwortung der Frage, wo die Grenzen der Auslegung von Recht liegen, überlässt diese Untersuchung späteren Arbeiten zur Methodenlehre des öffentlichen Rechts.¹⁰⁹⁰ Bis dahin ist zur Feststellung der Nichtigkeit eines Rechtsakts im Einzelfall zu würdigen, ob eine juristische Herleitung des betreffenden Rechtsakts möglich scheint.¹⁰⁹¹ Dabei kann ein Prüfschema zur Anwendung gebracht werden.¹⁰⁹² Eine damit erarbeitete Begründung, weshalb von der Nichtigkeit eines Rechtsakts auszugehen ist, kann transparent nachvollzogen werden. Eine Auflistung betroffener Interessen in Anwendung der Evidenztheorie und die Bezeichnung eines dieser Interessen als überwiegend führt demgegenüber regelmässig zu Entscheidungsbegründungen, die nicht ohne Weiteres nachvollziehbar sind oder gar im Ergebnis zufällig wirken.

Wer einen Schluss auf Nichtigkeit infrage stellen will, muss darlegen, zu welcher zuständigkeitsmässigen und inhaltlichen Grundlage der betreffende Rechtsakt in einer ausreichenden Beziehung steht, sodass er als der Rechtsordnung zugehörig zu betrachten ist. Der verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff stützt sich nicht auf den Erkenntnishorizont des juristischen Durchschnittsbürgers und schafft deshalb keine Scheinsicherheit hinsichtlich der (Un-)Wirksamkeit von Rechtsakten.¹⁰⁹³ Er verleitet die Rechtsunterworfenen im Gegensatz zur Evidenztheorie nicht dazu, einen als ungerecht empfundenen Rechtsakt aufgrund ihres Laienverständnisses als unwirksam zu betrachten. Zudem trennt der verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff die dogmatisch zu unterscheidenden Fragen nach rechtlicher Existenz und nach den Rechtswirkungen von Vertrauensschutzkonstellationen.¹⁰⁹⁴

Der dritte Teil dieser Untersuchung analysierte die verfahrensrechtlichen Bahnen, in denen die Nichtigkeit eines Rechtsakts festzustellen ist, und die Folgen einer solchen Feststellung. Jeder Behörde kommt die in dieser Untersuchung als *Nichtigkeitskognition* bezeichnete Befugnis zu, die allfällige Nichtigkeit eines Rechtsakts, auf dessen Rechtsverbindlichkeit sie abstellen will,

1089 N. 262.

1090 N. 260.

1091 Diese kann, muss aber nicht zwingend in jener Begründung liegen, die dem betreffenden Rechtsakt beigefügt worden ist (vgl. N. 262).

1092 Konzis unten N. 325 ff.

1093 N. 153 ff.

1094 N. 204 ff.

vorfrageweise zu überprüfen.¹⁰⁹⁵ Daneben besteht die Möglichkeit, von Amtes wegen oder auf Gesuch hin mit einer Feststellungsverfügung¹⁰⁹⁶ oder in Gutheissung eines ordentlichen Rechtsmittels¹⁰⁹⁷ die Nichtigkeit eines Rechtsakts festzustellen.¹⁰⁹⁸ Falls der nichtige Rechtsakt vor dieser Feststellung rechtliche oder faktische Auswirkungen zeitigte, sind diese in der Folge zu beseitigen.¹⁰⁹⁹ Dass die Nichtigkeit jederzeit und von sämtlichen staatlichen Behörden zu beachten ist, begründet keine aussergesetzlichen Zuständigkeiten¹¹⁰⁰ und ändert nichts an der Geltung der Prozessvoraussetzungen.¹¹⁰¹ Obwohl dem Entscheid über die Abgrenzung von rechtsverbindlichen und ausserhalb des Rechtssystems stehenden, nichtigen Akten zentrale Bedeutung zukommt, darf dieser nur innerhalb der verfahrensrechtlichen Schranken gefällt werden, die das Rechtssystem für die Überprüfung staatlichen Handelns zur Verfügung stellt.¹¹⁰²

319 Seit der Totalrevision der Bundesverfassung versteht die Verwaltungsrechtslehre den «dogmatischen Kernbestand des Allgemeinen Verwaltungsrechts» zunehmend als Ausdruck der nunmehr in Art. 5 BV niedergeschriebenen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns.¹¹⁰³ Die hier erfolgte Verankerung der Nichtigkeit im geschriebenen Verfassungsrecht ordnet sich in diese Entwicklung ein. Kann die verfassungsrechtliche Verortung des Nichtigkeitsbegriffs seine Konturen schärfen und damit zu mehr dogmatischer Klarheit und Voraussehbarkeit der Rechtsprechung beitragen, so hat diese Untersuchung ihr Ziel erreicht.

1095 N. 268 ff.

1096 N. 273 ff., 289 ff.

1097 N. 278 ff. Zu den Vorteilen einer Gutheissung anstelle eines Nichteintretens in Verbindung mit einer Feststellung der Nichtigkeit siehe N. 283 f.

1098 Aus dem Anschein rechtlicher Wirkung, den ein nichtiger Akt trägt, kann ein Bedürfnis nach einer autoritativen Feststellung der Nichtigkeit folgen (N. 277).

1099 N. 306 ff.

1100 N. 289.

1101 N. 285. Eine diesbezügliche Klärung der uneinheitlichen Rechtsprechung der Abteilungen des Bundesgerichts wäre wünschenswert, siehe N. 286 ff.

1102 N. 298.

1103 Vgl. SCHINDLER, Verwaltungsrecht, S. 408 f. mit Hinweis auf Fritz Werner («Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht»). Nach SCHINDLER, Verwaltungsrecht, S. 409, müsse angesichts seiner historischen Genese Art. 5 BV als abstrahiertes Verwaltungsrecht verstanden werden.

§12 Zusammenfassung

Die Existenz von Nichtigkeit im öffentlichen Recht folgt aus dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip, wonach rechtlich verbindliche Anordnungen nur auf der Grundlage des Rechts entstehen können. Nichtig sind Akte, die sich mangels Erzeugungszusammenhang nicht auf die Rechtsordnung zurückführen lassen und deshalb keine rechtliche Verbindlichkeit schaffen können.¹¹⁰⁴

Lehre und Praxis verwendeten bislang die sogenannte Evidenztheorie zur Definition der Nichtigkeit im öffentlichen Recht, wonach ein Akt¹¹⁰⁵ nichtig sei, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer¹¹⁰⁶ und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist¹¹⁰⁷ und zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit, welche rechtliche Unwirksamkeit ex tunc bedeutet, nicht ernsthaft gefährdet wird.¹¹⁰⁸

Die Evidenztheorie kann sich auf keine rechtliche Grundlage stützen. Ein Abschied von der Evidenztheorie ist dogmatisch zwingend und erscheint überdies angesichts ihrer Konturlosigkeit und unvorhersehbaren Handhabung in der Praxis als Gebot der Rechtssicherheit.¹¹⁰⁹

Die Evidenztheorie ist zugunsten des hier postulierten *verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriffs* aufzugeben.¹¹¹⁰

Nichtig ist ein auf Rechtswirkungen gerichteter Akt, der keinen hinreichenden Bezug zur geltenden Rechtsordnung aufweist, um als Rechtserzeugungsakt gelten zu können.¹¹¹¹

Die Prüfung der Nichtigkeit eines Akts gliedert sich in folgende, kumulative Schritte:

1. Ist der Akt auf Rechtswirkungen gerichtet? Wenn nicht, handelt es sich um einen Realakt, auf den die Nichtigkeitsdefinition keine Anwendung finden kann und wogegen mittels Begehren auf Erlass einer Verfügung über einen Realakt Rechtsschutz zu suchen ist.¹¹¹²

1104 N. 196 ff.

1105 Zum Anwendungsbereich der Evidenztheorie N. 18 ff.

1106 N. 56 ff.

1107 N. 130 ff.

1108 N. 141 ff.

1109 Siehe die Kritik an der Evidenztheorie in § 5.

1110 Zu den dogmatischen und praktischen Anforderungen an die Nichtigkeitsdefinition N. 234 ff.

1111 N. 250 ff.

1112 N. 254.

- 327 2. Besteht ein tauglicher rechtlicher Anknüpfungspunkt für eine entsprechende *Zuständigkeit* der Urheberschaft des betreffenden Rechtsaktes? Ein solcher besteht, wenn für die Zuständigkeit eine rechtliche Grundlage ausgemacht werden kann oder die Behörde innerhalb des Rahmens ihrer allgemeinen Entscheidungsgewalt (im Sinne der Rechtsprechung zur Evidenztheorie) handelt. Ohne einen solchen Anknüpfungspunkt in zuständigkeitsmässiger Hinsicht ist der Akt nichtig.¹¹¹³ Rechtssetzungsakte sind deshalb stets nichtig, wenn dafür jegliche Kompetenzgrundlage fehlt.¹¹¹⁴
- 328 3. Steht der Akt in einem rechtlichen Zusammenhang zu einer möglichen rechtlichen Grundlage, sodass er *inhaltlich* als Akt der Rechtserzeugung erscheint? Ohne einen hinreichenden inhaltlichen Bezug zu einer rechtlichen Grundlage ist der Akt nichtig.¹¹¹⁵ Deshalb sind Rechtsanwendungsakte zuständiger Behörden nichtig, wenn sie sich inhaltlich nicht nach einer methodisch zulässigen Vorgehensweise auf eine taugliche rechtliche Grundlage zurückführen lassen, was eine Würdigung der methodischen Vertretbarkeit des gewählten Vorgehens bedingt.¹¹¹⁶
- 329 Der Begriff der Nichtigkeit findet in verschiedenen öffentlich-rechtlichen Normtexten zur Bezeichnung gänzlich und *ex tunc* unwirksamer Akte Verwendung.¹¹¹⁷ Im Interesse der terminologischen Klarheit sind diese Begriffe und der verfassungsunmittelbare Nichtigkeitsbegriff auseinanderzuhalten.¹¹¹⁸
- 330 Privatrechtsanalogien im öffentlichen Recht sind im Grundsatz und insbesondere hinsichtlich der Nichtigkeit abzulehnen.¹¹¹⁹ Auch aus dem Völkerrecht lassen sich keine Leitlinien für die landesrechtliche Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit fehlerhafter Akte ziehen.¹¹²⁰
- 331 Jede rechtsanwendende Behörde hat hinsichtlich aller Rechtsakte, denen sie für ihre eigenen Entscheide rechtliche Bedeutung zumisst, eine *Nichtigkeitskognition*, weil sie nur wirksam erzeugtes Recht, aber keine ausserhalb der Rechtsordnung stehenden Akte als verbindlich betrachten, anwenden oder vollziehen darf.¹¹²¹

1113 N. 256.

1114 N. 258.

1115 N. 257.

1116 N. 259 ff.

1117 N. 213 ff.

1118 N. 229. Zu notwendigen terminologischen Unterscheidungen bei der Verwendung des Nichtigkeitsbegriffs siehe auch N. 52, 258.

1119 N. 241 ff.

1120 N. 9.

1121 N. 268 ff. Siehe auch N. 5, 149, 179, 182 f.

Von Amtes wegen können die Behörde, welche einen nichtigen Akt erlassen hat, und ihre Aufsichtsbehörde eine die Nichtigkeit feststellende Verfügung erlassen, wenn dies ein öffentliches Feststellungsinteresse gebietet.¹¹²² Den durch die Feststellung der Nichtigkeit Betroffenen kommen in diesem Verfahren Parteistellung und -rechte zu.¹¹²³ 332

Vor Ablauf der Rechtsmittelfrist kann die Nichtigkeit eines Rechtsakts im ordentlichen Instanzenzug geltend gemacht werden.¹¹²⁴ Im Rechtsbegehren auf Feststellung der Nichtigkeit ist regelmässig ein Gesuch um aufschiebende Wirkung zu erblicken, das gegebenenfalls gesonderter Behandlung bedarf.¹¹²⁵ 333

Sind bei der Geltendmachung der Nichtigkeit im ordentlichen Instanzenzug alle Prozessvoraussetzungen erfüllt und erweist sich der angefochtene Akt als nichtig, ist das Rechtsmittel gutzuheissen und dessen Nichtigkeit im Dispositiv festzustellen.¹¹²⁶ 334

Eine Geltendmachung der Nichtigkeit bei der Rechtsmittelinstanz durch nicht rechtsmittellegitimierte Personen oder nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist ausgeschlossen, weil dafür weder das Verfahrens- noch das materielle Recht eine Grundlage zur Verfügung stellen. Die Nichtigkeit schafft keine ausserordentlichen oder aussergesetzlichen Rechtsmittel.¹¹²⁷ 335

Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist kann bei jener Behörde um Feststellung der Nichtigkeit eines Akts ersucht werden, welche diesen erlassen hat. Diese hat eine Feststellungsverfügung über die Frage der Nichtigkeit zu erlassen, wenn der ersuchenden Person ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse zukommt. Diese Feststellungsverfügung ist im selben Instanzenzug überprüfbar, wie es die Verfügung gewesen wäre, über deren Nichtigkeit in der Feststellungsverfügung befunden wird.¹¹²⁸ 336

Unabhängig vom Lauf der Rechtsmittelfrist kann ein nichtiger Rechtsakt jederzeit bei der Aufsichtsbehörde angezeigt werden.¹¹²⁹ 337

Nichtige Akte erzeugen unheilbar keinerlei rechtliche Verbindlichkeit. Die förmliche Feststellung der Nichtigkeit wirkt erga omnes.¹¹³⁰ Ob der nichtige Akt für gewisse Personen kraft Vertrauensschutz Folgen entfalten kann, 338

1122 N. 273 ff.

1123 N. 275.

1124 N. 278 ff.

1125 N. 296.

1126 N. 280 ff.

1127 N. 285 ff., 289 ff.

1128 N. 291 ff.

1129 Siehe N. 294, 276.

1130 N. 301 ff.

ist eine Frage, die anhand der dafür geltenden Voraussetzungen unabhängig von der Prüfung der Nichtigkeit zu beantworten ist.¹¹³¹

339 Ob ein Rechtsakt ganz oder teilweise nichtig (teilnichtig) ist, bestimmt sich danach, ob ihm insgesamt oder ob nur gewissen seiner unterscheidbaren Teile der notwendige Bezug zur Rechtsordnung fehlt, sodass insoweit kein Recht erzeugt worden ist.¹¹³²

340 Die Nichtigkeit von Akten, welche sich auf einen im Sinne des verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriffs nichtigen Akt stützen, bestimmt sich nach demselben Prüfschema (obige N. 325 ff.). Entfällt durch die Nichtigkeit ihrer Grundlage ein ausreichender Erzeugungszusammenhang zur Rechtsordnung, sind auch diese Folgeakte nichtig.¹¹³³

341 Hat der Erlass einer nichtigen Anordnung einen rechtlichen oder faktischen Zustand beeinflusst, ist dieser nach einer Feststellung der Nichtigkeit wiederherzustellen.¹¹³⁴

1131 N. 205 ff.

1132 N. 304.

1133 N. 308.

1134 N. 306 ff.

Über den Autor:

Yannick Weber studierte Rechtswissenschaft in Zürich (BLaw 2016, MLaw 2018) und Maastricht (LL.M., 2018). Nach Abschluss seines Studiums absolvierte er ein Praktikum an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne. Während seines Doktorats war er als wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht von Prof. Dr. Helen Keller sowie als Gerichtsschreiber an der 3. Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich tätig. Im Jahr 2021 erwarb er das Zürcher Anwaltspatent.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat vorliegende Arbeit am 4. Oktober 2023 auf Antrag von Prof. Dr. Helen Keller und Prof. Dr. Thomas Gächter als Dissertation mit dem Prädikat *summa cum laude* abgenommen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzmaterialeien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 052 – Arezoo Sang Bastian: **Between Islamic and Secular Law**
- 051 – APARIUZ XXIV: **Der Prozess**
- 050 – Ricarda Stoppelhaar: **Die Indirekte Stellvertretung**
- 049 – Martin Seelmann: **Strafzumessung und Doppelverwertung**
- 048 – Benjamin Clément: **Die strafbare Unterlassung
der allgemeinen Lebensrettungspflicht**
- 047 – Luca Ruggiero: **Effets non coordonnés dans le contrôle
des concentrations horizontales européen**
- 046 – Miriam Lüdi: **Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und
Siedlungsverdichtung**
- 045 – Corina Ingold: **Das Kompensationsprinzip im Schweizer
Raumplanungsrecht**
- 044 – Alex Attinger: **Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und
Dogmatik**
- 043 – Myriam Christ: **Le profilage dans le cadre d’une procédure
d’embauche entre particuliers**
- 042 – Andreas Wehowsky: **Expedited Procedures in International
Commercial Arbitration**
- 041 – Lukas Valis: **Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektor-
spezifischer ex-ante Regulierung?**
- 040 – Constance Kaempfer: **Les mécanismes de mise en œuvre du droit
international par les cantons suisses**
- 039 – Ruedi Ackermann: **Der Mietvertrag mit mehreren Mietern**

- 038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände**
- 037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory**
- 036 – Jeremias Fellmann: **Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht**
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**
- 034 – Nora Camenisch: **Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen**
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: **20 ans de la transparence à Genève**
- 032 – Nicolas Leu: **Kritik der objektiven Zurechnung**
- 031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
- 030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
- 028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
- 027 – Maja Lysienia: **Seeking Convergence?**
- 026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)**
- 025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
- 024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
- 023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**
- 022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
- 021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
- 020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
- 019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
- 018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen**
- 016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
- 015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**

- 014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**

Die Bücher 001–008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 31. Januar 2024

© 2024 Yannick Weber

Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich genehmigten Dissertation.

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN. 978-3-907297-53-7

DOI: 10.38107/053

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

DIE NICHTIGKEIT ÖFFENTLICH

Über die Nichtigkeit von (Staats-)Akten, die auf Rechtswirkungen gerichtet sind, wurde im schweizerischen Verwaltungsrecht bislang anhand der Evidenztheorie entschieden. Diese Arbeit stellt der Evidenztheorie den verfassungsunmittelbaren Nichtigkeitsbegriff entgegen, der das Konzept der Nichtigkeit dogmatisch neu verortet und im Legalitätsprinzip verfassungsrechtlich verankert.

Für die Befugnis einer rechtsanwendenden Behörde, die Nichtigkeit eines Rechtsakts festzustellen, wird der Begriff der Nichtigkeitskognition eingeführt. Die Arbeit bespricht die verfahrensrechtlichen Bahnen, in denen die Nichtigkeitskognition ausgeübt werden kann. Nebst dem neuen dogmatischen Fundament der Nichtigkeit stellt sie ein Prüfschema zur Verfügung, das zu voraussehbareren Entscheiden und damit zur Rechtssicherheit beitragen soll.

sui generis

ISBN 978-3-907297-53-7

DOI 10.38107/053