

**Basler Studien
zur Rechtswissenschaft**

Reihe B Öffentliches Recht

Band 92

Esther Zysset

**Nachträgliche staatliche
Einwirkung auf den
verwaltungsrechtlichen Vertrag
mit Privaten**

**Eine Untersuchung im Dreieck: Rechtsänderung –
Eigentumsgarantie – Vertrauensschutz**

Helbing Lichtenhahn Verlag

Basler Studien
zur Rechtswissenschaft

Esther Zysset

Nachträgliche staatliche Einwirkung auf den
verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Privaten

Basler Studien zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Urs Behnisch, Stephan Breitenmoser, Roland Fankhauser,
Bijan Fateh-Moghadam, Sabine Gless, Felix Hafner,
Lukas Handschin, Peter Jung, Kurt Pärli, Mark Pieth,
Markus Schefer, Ulrich G. Schroeter, Thomas Sutter-Somm,
Daniela Thurnherr, Christa Tobler, Corinne Widmer Lüchinger,
Wolfgang Wohlers, Herbert Zech

Reihe B: Öffentliches Recht

Band 92

Esther Zysset

Nachträgliche staatliche
Einwirkung auf den
verwaltungsrechtlichen Vertrag
mit Privaten

Eine Untersuchung im Dreieck: Rechtsänderung –
Eigentumsgarantie – Vertrauensschutz

Helbing Lichtenhahn Verlag

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

DOI: https://doi.org/10.3256/HELBING_LICHTENHAHN/978-3-7190-4358-2



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht kommerziell -
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4358-2 (gedruckte Ausgabe)

2020 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Danksagung

Frau Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller sei herzlich dafür gedankt, dass sie als Erstbetreuerin mit fachlicher Lenkung und Ermutigung – stets in der richtigen Mischung – diese Arbeit begleitet hat. Ihre Betreuung hielt mich von einigen Irrwegen ab und ermöglichte mir, dieser Arbeit vom Anfang bis zum Ende mit grosser Begeisterung nachzugehen. Mein Dank geht ferner an Prof. Dr. Felix Hafner für sein wohlwollendes Zweitgutachten. Herr Prof. Dr. Franz Werro sei verdankt, dass er sich aus der Perspektive des Privatrechts dieser Arbeit angenommen hat und mir manch wertvollen Anstoss gab – nicht zuletzt die Aufforderung, überhaupt eine Dissertation in Angriff zu nehmen. Dem Schweizerischen Nationalfonds danke ich für den finanziellen Beitrag zur Publikation dieser Untersuchung.

Herzlich danken möchte ich ebenfalls meinen Eltern, Fritz und Sue Zysset-Hughes, sowie meinen Schwiegereltern, Hanspeter und Barbara Schmutz-Witschi, für wertvolle Unterstützung in verschiedenster Form. Verschiedene gute Freunde sowie meine Schwester mussten sich wohl mehr Monologe zur Anzahl Fussnoten in meiner Arbeit anhören, als ihnen lieb gewesen wäre. Über ihren moralischen Beistand bin ich froh.

Besonderer Dank gebührt meinem Mann Christoph G. Schmutz, der mit grosszügigem Herzen und scharfem Verstand eine Unterstützung geleistet hat, die sich hier nicht zu Papier bringen lässt, sowie Carl und Elinor dafür, dass sie mich mit Strichzeichnungen und allgemeinem Desinteresse am verwaltungsrechtlichen Vertrag immer wieder aus dem Büro zu holen vermochten.

Ut in omnibus glorificetur Deus.

Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juni 2019 berücksichtigt. Die Autorin kann bis auf Weiteres unter zysset@zyssetlaw.ch erreicht werden. Kommentare sind willkommen.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Erster Abschnitt Einleitung	1
Zweiter Abschnitt Allgemeiner Teil	9
§ 1 Funktionen des Vertrags	9
§ 2 Strukturierung der Forschungsfrage	11
§ 3 Allgemeines zum verwaltungsrechtlichen Vertrag	21
§ 4 Übernahme von Grundsätzen und Normen des Privatrechts in das öffentliche Recht	50
Dritter Abschnitt Besonderer Teil	53
§ 5 <i>Pacta sunt servanda</i> , oder: eine Auslegeordnung zur Bindungswirkung des Vertrags	54
§ 6 Mögliche Grundlagen des staatlichen Privilegs	76
§ 7 Verfassungsrechtliche Schutzpositionen des Privaten	94
§ 8 Konkretisierung der Vertragsdogmatik auf der Basis des Vertrauensschutzes unter Berücksichtigung der Funktionen des Vertrags	135
§ 9 Seitenblicke: Widerruf und <i>clausula rebus sic stantibus</i>	186
§ 10 Das Entschädigungsrecht, oder: Wie hat der Private eine Entschädigung aus staatlicher Einwirkung geltend zu machen?	208
§ 11 Verfahrensrechtlicher Exkurs	229
Vierter Abschnitt Zusammenfassung in Thesen	233
Abkürzungsverzeichnis	243
Literaturverzeichnis	247

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Erster Abschnitt Einleitung	1
A. Zwei Feststellungen und ein Erklärungsversuch	1
I. Verwaltungsvertragliches Handeln als Normalfall	1
II. Schwarze Löcher im dogmatischen Fundament	1
III. Eine mögliche Erklärung	2
B. Forschungsfrage	3
C. (Erkenntnis-)Ziel	5
D. Vorgehen	6
Zweiter Abschnitt Allgemeiner Teil	9
§ 1 Funktionen des Vertrags	9
§ 2 Strukturierung der Forschungsfrage	11
A. Eine Feststellung: grosse Diversität vertraglicher Situationen	11
B. Ziel dieses Kapitels	12
C. Einige thematische Ausschlüsse vorab	12
D. Ebenen der Analyse	13
I. Ebenen der Analyse zum Ersten: Regelungsebene	13
1. Thema dieser Arbeit: die «allgemeine» Vertragsdogmatik	13
2. Vertraglich vereinbarte Modalitäten	13
3. Gesetzliche Sonderregimes	14
II. Ebenen der Analyse zum Zweiten: materielles Recht vs. verfahrensrechtliche Fragen	14
E. Schema	15
F. Direkte Einwirkung auf den Vertrag und indirekte Einwirkung durch regulatorische Tätigkeit	16
G. Urheberchaft einer Einwirkung aufseiten des Gemeinwesens	18
H. Zur vorliegend verwendeten Terminologie	19
§ 3 Allgemeines zum verwaltungsrechtlichen Vertrag	21
A. Definition und Gültigkeitsvoraussetzungen	21
B. Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags: Zulässigkeit und Anforderungen an den Vertragsinhalt	22
	IX

I.	Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags als Handlungsform	23
II.	Anforderungen an die inhaltliche Gesetzesbindung	25
1.	Vertragliches Spannungsverhältnis zwischen Konsens und Legalitätsprinzip	25
2.	Meinungsvielfalt	25
3.	Funktionen des Legalitätsprinzips	27
4.	Mögliche Kompensation einer ungenügenden oder fehlenden gesetzlichen Grundlage	27
a)	Durch Einwilligung der betroffenen Person	27
b)	Kompensation auf andere Weise	28
5.	Eine mögliche Vorgehensweise	29
C.	Identifikation des verwaltungsrechtlichen Vertrags	31
I.	Vorab zur Reihenfolge der Operationen: Bestimmung der Vertragsnatur vor Bestimmung der Rechtsnatur	31
II.	Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags von der (mitwirkungsbedürftigen) Verfügung	32
1.	Eine Skizze der Problematik	32
2.	Ein Votum	34
a)	Kombination zweier Kriterien: wechselseitige Rechte und Pflichten sowie Intention der Parteien	34
b)	Nicht relevante Kriterien	36
D.	Bestimmung der Rechtsnatur	37
I.	Eine Skizze der Problematik	37
II.	Allgemeine Zuordnungskriterien	39
III.	Gegenstand und Kriterien der Zuordnung beim verwaltungsrechtlichen Vertrag	40
1.	Vertragsgegenstand	40
2.	Kriterien	40
3.	Vorläufiges Fazit	42
E.	Klassifizierung verwaltungsrechtlicher Verträge	43
I.	Zweck einer Klassifizierung und Status quo	43
II.	Klassifizierung nach Henri ZWAHLEN	44
III.	Klassifizierung nach Minh Son NGUYEN	46
IV.	Verträge mit reduzierter Bindungswirkung nach August MÄCHLER	47
V.	Würdigung	48
§ 4	Übernahme von Grundsätzen und Normen des Privatrechts in das öffentliche Recht	50

Dritter Abschnitt Besonderer Teil	53
§ 5 <i>Pacta sunt servanda</i> , oder: eine Auslegeordnung zur Bindungswirkung des Vertrags	54
A. Einleitung	54
B. Historischer Abriss	54
I. Römisches Recht	55
II. Mittelalter; kanonisches Recht	55
III. Natur- und Vernunftrecht; liberales Vertragsrecht	56
C. Geltung und Umfang heute	57
I. Vertragsfreiheit und Vertragstreue	57
II. Der Gehalt von <i>pacta sunt servanda</i> nach Marc-Philippe WELLER	58
1. Drei Elemente der Vertragstreue	58
2. Die Vertragsbindung im Besonderen	59
3. Ausnahmen von der Vertragstreue	60
III. Geltung in der schweizerischen Rechtsordnung	61
IV. Geltung im Verwaltungsrecht?	63
1. Rechtsprechung	64
a) Aussagen zu <i>pacta sunt servanda</i>	64
b) Alternative Ansätze	65
aa) <i>Schema Verfügung</i>	65
bb) <i>Schema Vertrauensschutz und/oder wohlerworbene Rechte</i>	65
cc) <i>Schema Obligationenrecht</i>	66
dd) <i>Bedeutung des Parteiwillens und der Vertragsbestimmungen</i>	67
2. Lehre	68
D. Zusammenfassende Würdigung	72
I. Keine Einigkeit in der Herleitung der Bindungswirkung des verwaltungsrechtlichen Vertrags	72
II. Beantwortung der Eingangsfragen	72
III. Unterschiedliche Ausnahmen von <i>pacta sunt servanda</i> im Privatrecht und im öffentlichen Recht	74
§ 6 Mögliche Grundlagen des staatlichen Privilegs	76
A. Das Legalitätsprinzip	77
B. Das öffentliche Interesse	78
I. Grundsätzliches zum öffentlichen Interesse	79
1. Das «Öffentliche» am öffentlichen Interesse	79
2. Fundamentale Rolle für den Staat und in einer demokratischen Gesellschaft	81

II.	Mechanismen: Wie das öffentliche Interesse wirkt	81
III.	Fazit	83
C.	Der Grundsatz der Veränderlichkeit der Rechtsordnung	84
I.	Ausgangslage	84
II.	Herleitung des Grundsatzes	85
III.	Beschränkung und Gewichtung	86
IV.	Folgen und Bedeutung für die vorliegende Untersuchung	87
D.	Exkurs: Die staatliche Aufgabe als Grundlage des staatlichen Privilegs?	88
I.	Mass der staatlichen Einwirkung als Folge des Grads an Einbindung in die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe?	88
II.	Die staatliche Aufgabe	89
III.	Besonders gelagerte Interessenstruktur bei Verträgen über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe	91
IV.	Folgerungen für die vorliegende Untersuchung	92
§ 7	Verfassungsrechtliche Schutzpositionen des Privaten	94
A.	Verfassungsrechtlicher Rahmen der Untersuchung	94
I.	Das Gutachten Enrico RIVAS	94
1.	Keine Gesetzesfestigkeit privater Rechtspositionen	95
2.	Leitvorstellungen für ein Schutzmodell wohlerworbener Wassernutzungsrechte	96
II.	Was hinsichtlich des Schutzes verwaltungsvertraglicher Rechte zu untersuchen bleibt	97
B.	Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)	98
I.	Einleitung und Begründung	98
II.	Schutz vertraglicher Rechte durch die Eigentumsgarantie	100
1.	Schutzobjekt und Funktionen	100
2.	Teilgarantien der Eigentumsgarantie	101
3.	«Wohlerworbenheit» als Schutzvoraussetzung für vertragliche Rechte	101
4.	Welche vertraglichen Rechte sind wohlerworben?	103
III.	Enteignung vertraglicher Rechte	105
1.	Formelle und materielle Enteignung im Allgemeinen	105
2.	Formelle oder materielle Enteignung vertraglicher Rechte?	107
3.	Materielle Enteignung vertraglicher Rechte zum Ersten: Übertragung der <i>Barret</i> -Kriterien?	109
4.	Materielle Enteignung vertraglicher Rechte zum Zweiten: weitere Äusserungen der Rechtsprechung	110
a)	Die Substanz als Kriterium	110
b)	Andere Ansätze	111

IV.	Würdigung: Die Eigentumsgarantie als Hürdenlauf	113
1.	Ungenügender Schutz vertraglicher Rechte des öffentlichen Rechts durch die Eigentumsgarantie	114
2.	Die wohlerworbenen Rechte als Hauptproblem	114
3.	Beantwortung der Eingangsfragen	116
C.	Der Vertrauensschutz (Art. 9 BV)	117
I.	Vertrauensschutz als Grundrecht und Grundsatz staatlichen Handelns	117
II.	Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen	119
1.	Übersicht	119
2.	Besonderheit: Entstehung des grundrechtlichen Anspruchs aus einem konkreten Sachverhalt heraus	120
3.	Verschiedene Gruppierungen der Anwendungsvoraussetzungen	121
III.	Exkurs: Zur Terminologie des Vertrauensschutzes	123
IV.	Bindung aller staatlichen Organe	124
V.	Gewichtung des privaten Vertrauensschutzinteresses aus verwaltungsrechtlichem Vertrag	126
1.	Allgemeine Indizien	126
2.	Vertrauensschutzinteresse beim verwaltungsrechtlichen Vertrag	126
VI.	Zum Mechanismus der Grundrechtsanwendung	128
VII.	Rechtsfolgen	129
1.	Im Allgemeinen	130
2.	Wahl der Rechtsfolge: Gedanke des Nachteilsausgleichs	131
§ 8	Konkretisierung der Vertragsdogmatik auf der Basis des Vertrauensschutzes unter Berücksichtigung der Funktionen des Vertrags	135
A.	Eine Übersicht zu Beginn	135
B.	Notwendigkeit von Dispositionen?	137
I.	Ratio des Erfordernisses der Vertrauensbetätigung	137
II.	Relevanz der Frage für den verwaltungsrechtlichen Vertrag	138
1.	Bestimmung des Zeitpunkts, in dem der Vertrauensschutz einsetzt	138
2.	Bestimmung des Schadenersatzumfangs	138
III.	Aussagen in Rechtsprechung und Lehre	138
IV.	Eigene Stellungnahme: Abschluss des Vertrags generiert privates Vertrauensschutzinteresse	140
C.	Umfang des durch den verwaltungsrechtlichen Vertrag generierten Vertrauens	142
I.	Vertragsauslegung als Ausgangspunkt	143
1.	Auslegung als Sinnermittlung	143

2.	Vertragsauslegung im Obligationenrecht	144
3.	Vorrang des öffentlichen vor dem privaten Interesse in der Vertragsauslegung im öffentlichen Recht?	145
a)	Separate Identifikation des öffentlichen und des privaten Vertragswillens	145
b)	Sonderfall des von einer Drittbehörde erlassenen, neuen Rechts	146
c)	Fazit: Auslegung als wichtiger Schritt, aber nicht als Endpunkt	147
II.	Umfang in zeitlicher Hinsicht	148
1.	Zeitlich umrissenes Vertrauensschutzinteresse als Eigenschaft des Vertrags	148
2.	Mögliche Diskrepanz zwischen Vertragstext und Vertrauensschutzinteresse	149
III.	Exkurs: Wie wird das private Vertrauensschutzinteresse durch das gegenläufige öffentliche Interesse begrenzt?	150
1.	Formung des Vertrauensschutzinteresses durch den Staat und Beschränkung durch das öffentliche Interesse	150
2.	Relevanz der Frage	151
3.	Grundrechtsbeschränkung im Allgemeinen	152
4.	Grundrechtsbeschränkung beim Vertrauensschutz	152
IV.	Umfang in persönlicher Hinsicht	154
1.	Bindung nur desjenigen Gemeinwesens, das am Vertrag beteiligt ist (<i>inter partes</i>)?	154
2.	Beschränkung auf Akte der Exekutive, unter Ausnahme von Akten der Legislative?	156
V.	Umfang in sachlicher Hinsicht	157
1.	Vertragliche Erwartung richtet sich auf die Beibehaltung des vertraglichen Gleichgewichts	158
2.	Randsituationen	158
VI.	Exkurs: Umfang des Vertrauensschutzinteresses und einseitige Einwirkungsrechte beim Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe	160
D.	Rechtsfolge oder keine Rechtsfolge? Die schwierigen Abgrenzungsfragen	162
I.	Zum Ersten: Kriterien der Intensität und der Lastengleichheit als Hilfestellung für die Abgrenzung bei regulatorischen Eingriffen?	163
1.	Abgrenzungskriterien zur Bestimmung der materiellen Enteignung	163
a)	Die Eingriffsintensität	165
b)	Überlegungen in Anlehnung an die Lastengleichheit	167

2.	Würdigung	170
II.	Zum Zweiten: Ausnahmsweise Entschädigungslosigkeit aufgrund «polizeilicher» Eingriffe?	170
1.	Bestandteile und Begründung des Grundsatzes gemäss Rechtsprechung	171
2.	Begriff des Polizeiinteresses resp. Polizeiguts	173
3.	Eigene Einordnung	174
a)	Argumente <i>contra</i> Entschädigung	174
b)	Argumente <i>pro</i> Entschädigung	175
E.	Einzelfragen zu den Rechtsfolgen	177
I.	Ersatz des positiven Vertragsinteresses	177
1.	Die vertragliche Schadensbemessung: eine Frage des Blickwinkels	179
2.	Schadensberechnung nach der Differenztheorie: <i>damnum emergens</i> und <i>lucrum cessans</i>	180
3.	Fazit für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag	181
II.	Kündigungsrecht aus wichtigem Grund	182
1.	Kündigungsrecht aus wichtigem Grund im Privatrecht	182
2.	Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt im öffentlichen Recht	183
3.	Folgerungen für die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags	183
§ 9	Seitenblicke: Widerruf und <i>clausula rebus sic stantibus</i>	186
A.	Zum Ersten: Widerruf des verwaltungsrechtlichen Vertrags?	186
I.	Einleitung	186
II.	Grundsätzliches zum Widerruf von Verfügungen	187
1.	Gründe für das Zurückkommen auf eine Verfügung	189
2.	Interessenabwägung	190
III.	Meinungen zur Widerruflichkeit des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags durch die Behörde	193
1.	Materielle Ebene: Widerrufsgründe und Bestandeskraft des verwaltungsrechtlichen Vertrags	193
2.	Formelle Ebene: Soll die Behörde alleine über das Schicksal des Vertrags entscheiden können?	195
IV.	Eigene Stellungnahme: «Widerruf» als begriffliches Problem	196
1.	Keine eigentliche Regelbildung im Widerrufsrecht	196
2.	Widerruf des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags aus psychologischer resp. terminologischer Sicht abzulehnen	197
B.	Zum Zweiten: Die <i>clausula rebus sic stantibus</i> als Gefäss für Veränderungen bei verwaltungsrechtlichen Dauerverträgen?	199

I.	Die <i>clausula</i> im Privatrecht	200
1.	Anwendungsvoraussetzungen	200
2.	Dogmatische Abstützung und Rechtsfolgen	201
II.	Was Rechtsprechung und Lehre im Verwaltungsrecht damit machen wollen	202
1.	Anwendungsvoraussetzungen	202
2.	Anwendung der <i>clausula</i> zur Anpassung an verändertes Recht?	204
III.	Eigene Einschätzung zur Anwendung der <i>clausula</i> für den Umgang mit Rechtsänderungen	206
§ 10	Das Entschädigungsrecht, oder: Wie hat der Private eine Entschädigung aus staatlicher Einwirkung geltend zu machen?	208
A.	Vertrauensschutz und Staatshaftungsrecht	208
I.	Ausgangslage	208
1.	Was tun bei fehlender gesetzlicher Grundlage?	208
2.	Bestehende öffentlich-rechtliche Entschädigungsmöglichkeiten	209
II.	Unterschiedliche Funktionsweisen und Kernbegriffe in Staatshaftung und Vertrauensschutz	211
1.	Rechtmässige staatliche Handlungen und solche, die es nicht sind	211
2.	Rechtswidrigkeit und Widerrechtlichkeit	212
III.	Ein Grundriss der Staatshaftung	213
1.	Widerrechtlichkeit	213
2.	Rechtsakte vs. Realakte	215
3.	Regulatorische Staatstätigkeit	217
4.	Widerrechtlichkeit durch Grundrechtsverletzung?	217
IV.	Fazit	219
B.	Haftung aufgrund von Art. 97 OR?	220
I.	Mögliche Sachverhalte	222
II.	Gedankliche Begründung der Anwendung von Art. 97 OR	223
III.	Einordnung	224
1.	Haftbarkeit des staatlichen Vertragspartners aufgrund «privilegierter» Einwirkung	224
2.	Haftbarkeit des Staats aufgrund eines nicht-privilegierten Vertragsverstosses	226
3.	Haftbarkeit des privaten Vertragspartners	226
IV.	Fazit	227
§ 11	Verfahrensrechtlicher Exkurs	229
A.	Vertragliche Willensäusserung oder Verfügung?	230

B. Vertragsbehörde oder Gericht?	231
Vierter Abschnitt Zusammenfassung in Thesen	233
A. <i>Pacta sunt servanda</i>	233
B. Mögliche Grundlagen des staatlichen Privilegs	234
I. Das Legalitätsprinzip	234
II. Das öffentliche Interesse	234
III. Die Veränderlichkeit der Rechtsordnung	235
IV. Die staatliche Aufgabe	235
C. Verfassungsrechtliche Schutzpositionen des Privaten	235
I. Die Eigentumsgarantie	235
II. Der Vertrauensschutz	236
1. Anwendungsvoraussetzungen: Umfang des Vertrauensschutzinteresses	236
2. Rechtsfolgen	237
a) Der Ersatz des positiven Interesses	237
b) Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund	238
D. Seitenblicke: Widerruf und <i>clausula rebus sic stantibus</i>	238
I. Der Widerruf	238
II. Die <i>clausula rebus sic stantibus</i>	239
E. Das Entschädigungsrecht	239
I. Vertrauensschutz und Staatshaftung	239
II. Haftung aufgrund von Art. 97 OR	240
F. Verfahrensrechtlicher Exkurs	240
Abkürzungsverzeichnis	243
Literaturverzeichnis	247

Erster Abschnitt Einleitung

A. Zwei Feststellungen und ein Erklärungsversuch

I. Verwaltungsvertragliches Handeln als Normalfall

Das vertragliche staatliche Handeln hat sich auch im Verwaltungsrecht trotz anfänglichen Protests der Lehre eingebürgert und verbreitet. Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist – auf der Ebene der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen – das Abbild einer allgemeinen Entwicklung, die aus dem Staat viel mehr macht als nur den Träger des Gewaltmonopols, der vereinzelt hoheitlich in die Freiheit des Einzelnen eingreift. Die gesellschaftlichen Entwicklungen, und damit auch die veränderten Anforderungen an den Staat, wurden bereits von anderen eloquent beschrieben: Die Rede ist von einer Zunahme staatlicher Aufgaben, von einer Verschiebung weg von der hoheitlichen, durch Gebote und Verbote handelnden Verwaltung hin zum beaufsichtigenden, konsensual handelnden, steuernden Staat.¹ Nebst der Multiplikation staatlicher Aufgaben und neuen Herausforderungen etwa im Bereich des Umweltschutzes wird auch der wissenschaftliche und technische Fortschritt als Faktor genannt, welcher die Anforderungen an die Regulierung und Steuerung privater Tätigkeiten exponentiell steigen lässt.² Daraus folgt eine verstärkte Verzahnung der staatlichen und privaten Sphären.³ Der Staat muss auf Wissen, Kompetenzen und Mitarbeit aus dem privaten Sektor zugreifen können, um Gefahren richtig zu erkennen und seine Aufgaben erfolgreich zu erfüllen; er muss sich der Kooperation gesellschaftlicher Akteure proaktiv versichern. Dass das flexible, konsensuale Instrument des Vertrags auch im öffentlichen Recht Einzug gehalten hat, erscheint vor diesem Hintergrund verständlich.⁴

II. Schwarze Löcher im dogmatischen Fundament

Dennoch bleiben fundamentale Aspekte der Vertragsdogmatik im öffentlichen Recht ungeklärt: Nebst allgemeinen Fragen wie derjenigen nach dem Verhältnis zwischen Gesetz und Konsens als Rechtsgrund für öffentlich-rechtliche Pflicht-

¹ Für eine allgemeine Beschreibung siehe etwa ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 1–5; MÄCHLER, Vertrag, erster Teil (§ 1–4).

² Dazu RICHLI, Staatsaufgaben, n. 12.

³ MÄCHLER, Vertrag, § 3 n. 7.

⁴ RICHLI, Verhandlungselemente, S. 381–383. Siehe zum Ganzen auch BAUER, n. 9–10.

ten und Rechte⁵ ist auch der hier zu diskutierende Umgang mit nachträglicher Veränderung des Rechts zu nennen. In seinem 2017 erschienenen Lehrbuch fasst GRIFFEL die Situation prägnant zusammen: «Vollends diffus ist die Rechtslage, wenn sich im Lauf der Zeit die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben, wenn der Vertrag also *nachträglich fehlerhaft* wurde [...]. Verschiedenste rechtliche Topoi – zwingende Natur des öffentlichen Rechts, Durchsetzung des öffentlichen Interesses, Schutz von Treu und Glauben, Rechtssicherheit, wohlerworbene Rechte, *pacta sunt servanda*, *clausula rebus sic stantibus* usw. – wirbeln hier durcheinander, ohne dass eine klare Ordnung erkennbar wäre bzw. eine andere als eine kasuistische Problemlösung möglich scheint. [...] Etwas maliziös lässt sich deshalb sagen: Wer einen verwaltungsrechtlichen Vertrag schliesst, kann nur hoffen, dass alles gut geht. Denn die Rechtsordnung hält keine auch nur annähernd gesicherten Konfliktlösungsstrategien bereit.»⁶

III. Eine mögliche Erklärung

Es lässt sich mutmassen, dass die von GRIFFEL geschilderte Unklarheit auf Folgendes zurückzuführen ist: Der verwaltungsrechtliche Vertrag zwischen Behörde und Privaten⁷ verbindet zwei nach wie vor weitgehend *voneinander entkoppelte Welten*, das traditionell auf Gesetzmässigkeit und Subordination beruhende Verhältnis zwischen Staat und Privaten einerseits, das auf Konsens und Gleichordnung basierende Vertragsrecht andererseits. Der Staat handelt aufgrund zwingender gesetzlicher Vorgaben, er erlässt Verfügungen und entscheidet damit einseitig über Rechtsverhältnisse. Obwohl auch im Vertragsrecht des Privatrechts gesetzliche Vorgaben durchaus Einzug halten können, geschieht diese Einmischung im Vergleich zum öffentlichen Recht nur zurückhaltend und die dispositiven Natur vieler obligationenrechtlicher Bestimmungen bedeutet, dass sie lediglich als «Reserveordnung»⁸ beigezogen werden. Dieser Autonomie des Parteiwillens kommt im Obligationenrecht immer noch eine zentrale Rolle zu.⁹ Diese weitgehend ent-

⁵ Diskutiert wird diese Frage oftmals unter dem Schlagwort der «Gesetzesbindung» des Vertrags. Es verbergen sich dahinter jedoch noch weitere Aspekte, so die Frage nach der Vertragsfreiheit der Verwaltung, dem Konsens als Quelle öffentlich-rechtlicher Obligationen oder, in der negativen Ausformulierung, der Verzicht auf öffentlich-rechtliche Rechtspositionen durch Vertrag. Zur Gesetzesbindung siehe *infra* S. 25 ff.

⁶ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 86–87 (Hervorhebung im Original).

⁷ Der Terminus des «Privaten» wird vorliegend verwendet, um zusammenfassend nicht nur Einzelne zu bezeichnen, sondern auch juristische Personen des Privatrechts.

⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1249.

⁹ Siehe aber zur neueren Entwicklung weg von der liberalen Vertragsfreiheit hin zu Anforderungen im Zusammenhang mit der Vertragsgerechtigkeit BELSER, *passim*.

koppelten Welten treffen beim Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags zwischen Staat und Privaten relativ unkontrolliert aufeinander.¹⁰ Wird sie Vertragspartnerin in einem heterogenen¹¹ verwaltungsrechtlichen Vertrag, kommt der Behörde plötzlich eine *Doppelrolle* zu: Sie ist einerseits Wächterin über die richtige Durchsetzung des Rechts und des öffentlichen Interesses. In dieser Rolle ist sie möglicherweise gehalten, gültig zustande gekommene Verwaltungsrechtsakte¹² nachträglich anzupassen. Damit hat sie die im öffentlichen Recht vorherrschende Perspektive der objektiven Richtigkeit (gemeint ist: Rechtmässigkeit) eines Rechtsakts einzunehmen. Ein Rechtsakt ist in dieser Optik anzupassen, wenn er dem *objektiven Recht* nicht mehr entspricht.¹³ Andererseits ist sie beim verwaltungsrechtlichen Vertrag aber Vertragspartei und damit in einem Universum eingeschlossen, in welchem der durch die Eigeninteressen der Parteien geprägte Vertrag das *Gesetz der Parteien* darstellt; eine Anpassung aufgrund *objektiver Richtigkeitsüberlegungen* ist dieser Situation weitgehend fremd.¹⁴ Es ist nun kein Leichtes, jeweils zu entscheiden, ob die Lösung eines Problems dem Vertragsrecht des Privatrechts zu entnehmen ist oder ob im Gegenteil das öffentliche Recht eine ganz andere Lösung gebietet.

B. Forschungsfrage

Die Fragen, derer sich die vorliegende Arbeit annehmen will, befinden sich in der Mitte dieses Spannungsfelds. Sie lauten folgendermassen: Mit welcher Begründung kann der Staat in einen laufenden verwaltungsrechtlichen Vertrag mit

¹⁰ DICKE, S. 529: «Das Verhältnis Staat–Bürger ist ein Verhältnis der Über-Unterordnung; der Vertrag ist ein Rechtsinstitut auf der Ebene der Gleichordnung.»

¹¹ Siehe zur Terminologie *infra* S. 21 f.

¹² Im Folgenden werden jeweils die Begriffe «Verwaltungsrechtsakt» oder «Rechtsakt» verwendet, um die Verfügung und den von der Verwaltung abgeschlossenen Vertrag zu bezeichnen. Die Rede ist dabei immer von einem individuell-konkreten Akt, der darauf ausgelegt ist, Rechtswirkungen zu erzeugen. Die Kategorie des Rechtsakts umfasst im Grundsatz auch gesetzgeberische Akte sowie Pläne, die vorliegend jedoch nicht mitgemeint sind. Zur Terminologie BICKEL, § 2 n. 1–3. Zu den Rechtsakten ferner auch GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 26.

¹³ Gegebenenfalls kommen der von einer solchen Änderung betroffenen Person gewisse grundrechtlich geschützte Ansprüche zu Hilfe, um sie vor unbilligen Resultaten zu schützen. Unter diesem Titel werden *infra* S. 98 ff. die Eigentumsgarantie und der Vertrauensschutz näher zu untersuchen sein.

¹⁴ Ähnlich im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Verwaltungsvertrags vom Verwaltungsakt des deutschen Rechts BAUER, n. 74: «Geschichtlich verweisen Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt [...] auf völlig gegensätzliche Ordnungsideen und *diametrale Verwaltungskulturen*: hier das Sich-Einigen, dort der Befehl!» (Hervorhebung im Original).

Privaten eingreifen? Was kann er namentlich tun, wenn verändertes Recht sich im Konflikt mit dem Vertragsinhalt befindet (nachträgliche Fehlerhaftigkeit des Vertrags)? Welche Ansprüche, namentlich auf Abwehr oder Entschädigung, entstehen der privaten Vertragspartnerin dabei?

Soll der Staat überhaupt in einen laufenden verwaltungsrechtlichen Vertrag eingreifen können? Gehört es nicht zu einem überkommenen öffentlich-rechtlichen Denken, eine derartige einseitige Einwirkungsmöglichkeit zugunsten der Behörde ausserhalb des Wortlauts des Vertrags und ausserhalb einer allfälligen expliziten gesetzlichen Grundlage überhaupt zuzulassen? Was aus vertraglicher Sicht auf den ersten Blick systemfremd erscheint, nämlich das Eingestehen einseitiger Einwirkungsrechte zugunsten einer Vertragspartei, ist es auf den zweiten und dritten Blick nicht: Auf den zweiten Blick nicht, weil sich auch im Privatrecht Interessenkonstellationen ergeben, in denen von einem einseitigen oder von einem ungeschriebenen einseitigen Recht einer Partei ausgegangen wird, den Vertrag zu ändern oder zu beenden.¹⁵ Auf den dritten Blick ferner nicht, weil die Untersuchung einiger Grundparameter des demokratischen Rechtsstaats zeigt, dass das Gemeinwesen unter gewissen Bedingungen die Möglichkeit behalten muss, Gesetze abzuändern, worauf sich die Rechtspositionen Privater im Grundsatz anzupassen haben.¹⁶

Damit verschiebt sich die Debatte vom Terrain des Ob der staatlichen Einwirkung hin zur Frage nach der *inhaltlichen Umrandung* der einseitigen staatlichen Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag sowie insbesondere zu derjenigen nach den *Rechtsfolgen dieser Einwirkung* für den Privaten. Erweist sich eine einseitige behördliche Einwirkung als unumgänglich, soll nicht das Kind mit dem Bade ausgeschüttet werden: Zulässige einseitige staatliche Einwirkung soll diesbezüglich nicht automatisch bedeuten, dass die Risikotragung für gesetzliche oder im öffentlichen Interesse liegende Veränderungen dem Privaten aufgebürdet wird und dieser damit den Eingriff entschädigungslos zu dulden hat. Vielmehr geht es darum, die ursprüngliche Erwartung des Privaten in den Bestand des Vertrags in eine Wertgarantie umzuwandeln und zu untersuchen, ob und wie der Eingriff zugunsten des Privaten mit einer Entschädigungsfolge zu versehen ist.¹⁷

¹⁵ Für eine Übersicht dazu *infra* S. 60 f. sowie 61 ff.

¹⁶ Siehe dazu *infra* S. 84 ff.

¹⁷ Siehe *infra* S. 162 ff. (zu den Abgrenzungsfragen), S. 177 ff. (zum Schadenersatz).

C. (Erkenntnis-)Ziel

Ziel der Arbeit ist eine *Konkretisierung der Trennlinie* zwischen einseitigen staatlichen Eingriffen und *pacta sunt servanda*. *Erstens* soll versucht werden, der Rechtfertigung des staatlichen «Privilegs»¹⁸ auf den Grund zu gehen. Welches Erfordernis der Verfassung kann dazu führen, dass Rechtspositionen des Privaten zurücktreten müssen?¹⁹ *Zweitens* gilt es, den effektiven Schutz des Privaten in seinen verwaltungsvertraglichen Ansprüchen zu identifizieren, anhand der Eigentumsgarantie und des Vertrauensschutzes.²⁰ *Drittens* soll nach Kriterien gesucht werden, anhand derer im Einzelfall abgewogen werden kann, ob eine staatliche Verkürzung verwaltungsvertraglicher Ansprüche eine Entschädigungsfolge nach sich ziehen soll oder nicht.²¹ *Viertens* sind die gemachten Erkenntnisse abzugleichen mit anderen Lösungsvorschlägen, die in Lehre und Rechtsprechung zu finden sind.²²

Damit sollen die Rechtswirkungen des vertraglichen Handelns im öffentlichen Recht abgesteckt und besser konturiert werden; beabsichtigt ist eine Klärung der Reichweite und auch der Grenzen des grundrechtlichen Schutzes der Ansprüche der privaten Vertragspartnerin, die einen verwaltungsrechtlichen Vertrag eingeht. Indem die obigen Fragen weitgehend auf der Ebene der widerstreitenden Grundsätze der Bundesverfassung betrachtet werden, verbleibt zwischen einer in dieser Untersuchung gemachten Feststellung und der Lösung eines konkreten Vertragsproblems in der Praxis zwar unbestrittenermassen eine Distanz, deren Überbrückung anderen überlassen wird. In einem konkreten Fall sind die hier vorgeschlagenen Lösungselemente abzugleichen mit dem eigentlichen, konsensual bestimmten Vertragsinhalt sowie mit allfälligen gesetzlichen Sonderbestimmungen;²³ ferner verbleiben gewisse prozessuale Fragen jeweils zu klären. Dennoch ist Ziel der vorliegenden Arbeit, das *Grundgerüst widerstreitender Verfassungsgrundsätze* im verwaltungsrechtlichen Vertrag *zum Vorschein* zu bringen und damit mittelbar einen Beitrag zur *besseren Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen* ebendieses verwaltungsrechtlichen Vertrags zu leisten.

Indem versucht wird, die Funktionen des Vertrags und die Vorgaben des öffentlichen Rechts übereinanderzulegen und in Einklang zu bringen, soll der Weg geebnet werden für eine Nutzung der Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrags durch die öffentliche Hand, die der Vertrauens- und der

¹⁸ Siehe zur Begrifflichkeit *infra* S. 19 f.

¹⁹ Siehe dazu *infra* S. 76 ff.

²⁰ Siehe dazu *infra* S. 94 ff.

²¹ Siehe dazu *infra* S. 162 ff.

²² Siehe dazu *infra* S. 186 ff.

²³ Siehe zu den verschiedenen Ebenen des Forschungsthemas *infra* S. 13 f.

Rechtssicherheitsfunktion des Vertrags gerecht wird, ohne dass damit gleich eine Entäusserung der staatlichen Hoheit einhergeht. Das vertragliche Verhältnis zwischen Behörde und Privaten ist ein ungleiches Verhältnis; es kann aber, so die hier vertretene Ansicht, durch eine klarere Konturierung der staatlichen Handlungsmacht und insbesondere eine Umwandlung der Bestandesperwartung des Privaten in Schadenersatzansprüche eingeebnet und in die öffentlich-rechtliche Vertragsdogmatik eingeordnet werden, ohne dass der Vertrag im öffentlichen Recht denaturiert wird.

D. Vorgehen

In methodischer Hinsicht bildet der Status quo des zu behandelnden Themas in Lehre und Rechtsprechung den Ausgangspunkt. Dann wird ein Schritt zurückgetreten, um die Grundlagen zu betrachten: Was hält die Verfassung dazu an Vorgaben bereit? Auf dieser Basis werden eigene Vorschläge formuliert, die als Auslegeordnung und Weiterentwicklung der bisher genannten Lösungen verstanden werden sollen. Dabei soll für die sachlich adäquate Weiterentwicklung der öffentlich-rechtlichen Vertragsdogmatik gezielt auf die Funktionen des Vertrags Bezug genommen werden. Dieses Vorgehen wurde deshalb gewählt, weil es Orientierung bringen soll im zurzeit vorherrschenden Dickicht an möglichen Lösungen. Sind die Ankerpunkte der Bundesverfassung, d.h. der höchsten Regelungsebene, einmal identifiziert, ist zu hoffen, dass damit die Beurteilung einzelner Lösungsvorschläge vereinfacht wird. Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf das materielle schweizerische Verfassungs- und Verwaltungsrecht; Rechtsvergleichung und verfahrensrechtliche Fragen sind vom Untersuchungsgegenstand weitgehend ausgeschlossen.

Welche Rolle kommt in diesem Vorgehen dem Obligationenrecht als Quelle der öffentlich-rechtlichen Vertragsdogmatik zu? Das hier untersuchte Thema befindet sich an einer Schnittstelle zwischen Obligationenrecht und öffentlichem Recht. Es scheint sich also anzubieten, dass für die Lösungsfindung im öffentlichen Vertragsrecht ein Blick zum Privatrecht geworfen wird. Dabei zeigt sich jedoch, dass das Obligationenrecht nicht in jeder Frage eine gleich gute Inspirationsquelle darstellt. Das Kernthema der vorliegenden Arbeit, nämlich die Bildung von *vertragsdogmatischen* Regeln für den Umgang mit privilegierter staatlicher Einwirkung, erfordert den Einbezug der Doppelrolle des einen Vertragspartners als Partei *und als Hoheitsträger*. Diese Schnittstellenfrage entpuppt sich als *toter Winkel* zwischen öffentlichem Recht und zivilem Vertragsrecht. Toter Winkel deshalb, weil keines der beiden Rechtsgebiete diese doppelte Dimension sachgerecht erfasst hat: Dem öffentlichen Recht fehlt eine Bewertung und Gewichtung des Konsenses und der Funktion des Vertrags, die

diesen gerecht würden, wohingegen dem Obligationenrecht die hoheitliche Dimension wesensgemäss abgeht, die darin besteht, dass einer der Vertragspartner auch Schöpfer des Gesetzes ist oder zumindest für dessen korrekte Umsetzung verantwortlich zeichnet. Das öffentliche Recht muss sich mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag auseinandersetzen und diesen sinnvoll in eine öffentlich-rechtliche Dogmatik einbetten; das Obligationenrecht hingegen kann es sich erlauben, das Thema der Doppelrolle einer Partei weitgehend beiseite zu lassen.

Wo sich das Obligationenrecht hinsichtlich der Doppelrolle des Staats also als wenig ergiebig erweist, dient es dennoch insbesondere in zweierlei Hinsicht als wichtige Inspirationsquelle: *Erstens* hält das Privatrecht Illustrationen dafür bereit, welche Regeln abgeleitet werden können aus dem *Vertragsgegenstand* oder der *ungleichen Situation der Parteien*. In letzterem Zusammenhang kennt das Privatrecht u.a. aus sozialen Motiven Abweichungen von *pacta sunt servanda*, die etwas genauer zu betrachten sein werden. Damit liefert das Obligationenrecht mögliche Anleitungen, wie auch im verwaltungsrechtlichen Vertrag Abweichungen zugunsten einer Vertragspartei ausgestaltet werden können. *Zweitens* – und gewissermassen als Verlängerung der ersten Feststellung – offenbart der Blick zum Privatrecht, welche Rechtsfolgen, namentlich Entschädigungsansprüche, diesen Abweichungen von *pacta sunt servanda* zugeteilt werden könnten.

Zuletzt ist festzuhalten, dass sich ein differenzierter Umgang mit dem Obligationenrecht nicht nur hinsichtlich der sich stellenden Rechtsfrage aufdrängt, sondern auch hinsichtlich der betroffenen Partei. Es ist offenbar, dass die Prinzipien, die für den Privaten gelten, anders ausfallen als die auf den Staat anwendbaren Regeln: Mit der Grundrechtsgeltung etwa verfügt der Private über eine zusätzliche Schicht an Garantien, die im Normalfall nur vom Staat an den Privaten abzugeben sind und nicht umgekehrt.²⁴ Ferner kontrastiert die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung augenfällig mit der Vertragsfreiheit des Privaten. Weiter wurde bereits erwähnt, dass der Verwaltung die Pflicht zukommt, das Gesetz *umzusetzen*; es handelt sich dabei um eine Pflicht, die durch den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags nicht aufgehoben wird. Dies führt dazu, dass auf dasselbe Problem, so beispielsweise eine Nichterfüllung, auf die am verwaltungsrechtlichen Vertrag beteiligten Parteien in der hier vertretenen Auffassung unterschiedliche Regeln zur Anwendung kommen können. Es ist beispielsweise gut möglich und sogar sachgerecht, dass die Nichterfüllung des Privaten an der Messlatte von Art. 97 OR gemessen wird, wohingegen bei der

²⁴ Die Thematik der Grundrechtsbindung ist zugegebenermassen an den Rändern nicht immer ganz eindeutig, was sich u.a. im Fragenkomplex rund um Art. 35 Abs. 2 BV zeigt, der vorschreibt, dass Grundrechte beachtet werden müssen, wenn staatliche Aufgaben erfüllt werden. Auf diese Diskussion soll vorliegend nicht gesondert eingegangen werden.

Nichterfüllung durch den Staat dieselbe Bestimmung nur ausnahmsweise zur Anwendung kommt; dann nämlich, wenn die Nichterfüllung auf eine objektive Pflichtwidrigkeit zurückzuführen ist und nicht aus spezifisch öffentlich-rechtlichen Gründen erfolgt. Greift der Staat aus ihm eigenen Gründen in einen bestehenden verwaltungsrechtlichen Vertrag ein, so werden sich Zulässigkeit und Rechtsfolgen nach anderen Grundsätzen richten. Diese alternative Lösungsfindung ist deshalb sachgerecht, weil das Verschuldenskriterium, auf welchem die Vertragshaftung nach Art. 97 OR beruht, für die Beurteilung einer Änderung oder Beendigung im Namen der Gesetzmässigkeit oder des «öffentlichen Interesses» keine Hilfe bietet.²⁵

²⁵ Siehe zu dieser konkreten Frage *infra* S. 220 ff.

Zweiter Abschnitt Allgemeiner Teil

§ 1 Funktionen des Vertrags

Weshalb greifen zwei oder mehrere Parteien für die Regelung ihres Verhältnisses zum Vertrag? Vorliegend geht es darum, kurz – sowie nicht abschliessend – einige der Wirkungen oder Funktionen zu beleuchten, die dem Vertrag zugeschrieben werden.

Der Vertrag erfüllt eine wichtige *Planungsfunktion* (resp. verfügt über eine «*Zukunftsdimension*»²⁶): Er erlaubt es den Parteien, ihre Beziehung in die Zukunft hinaus zu fixieren, sei dies durch die Festlegung einer bestimmten Vertragsdauer oder durch das Vereinbaren einer zeitlich verzögerten Erfüllung. Damit wird die Rechtsbeziehung aus dem Jetzt gelöst, die verzögerte Erfüllung eines Geschäfts wird möglich.²⁷

Die Funktion der *Rechtssicherheit* resp. der «*Stabilisierung*»²⁸ erlaubt es, den Umgang mit einem gemeinsam definierten Problem oder Sachverhalt zum Vorneherein zu definieren, was Unsicherheiten und Konflikten vorbeugt.²⁹

Die vertragliche Bindung (verbunden mit den damit einhergehenden rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten) generiert *Vertrauen*, dass der Vertragspartner so handeln wird, wie dies vertraglich zugesichert wurde.³⁰ Für das vertragliche Handeln im öffentlichen Recht wird damit zusätzlich auch die verbesserte *Akzeptanz* staatlicher Massnahmen durch den Privaten hervorgehoben.³¹

Ganz allgemein stellt der Vertrag als Handlungsform auch ein Mittel zur *Effizienzsteigerung* dar: Wie der ursprüngliche, privatrechtliche Vertrag seinen Aufschwung der arbeitsteiligen Wirtschaft verdankt, die der Kooperation in verschiedensten Belangen bedarf, kann auch der verwaltungsrechtliche Vertrag als Ausdruck eines komplexeren Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft betrachtet werden.³² Das vertragliche Handeln erlaubt es, auf das Know-how ande-

²⁶ WELLER, S. 278.

²⁷ FRIED, S. 13–14; GILLIÉRON, n. 369; WELLER, S. 278, 284.

²⁸ KRAMER, S. 278; ferner NGUYEN, S. 37.

²⁹ WELLER, S. 279.

³⁰ FRIED, S. 14; GILLIÉRON, n. 369; WELLER, S. 279–280.

³¹ MÄCHLER, Vertrag, § 3 n. 84; RICHLI, Verhandlungselemente, S. 389, 391.

³² MÄCHLER, Vertrag, § 3 n. 9: «Die tatsächlichen Verhältnisse sind teilweise derart komplex, dass der Staat das Recht ohne Mitwirkung der davon Betroffenen nicht mehr anwenden kann.» Ferner THURNHERR, Realakte, S. 252, im Zusammenhang mit informellen Absprachen. Siehe zu dieser Feststellung bereits *supra* S. 1.

rer, spezialisierter Partner zuzugreifen und damit das eigene Handeln zu optimieren.³³ Im wirtschaftlichen Kontext kann dies zur Optimierung von Produkten und Leistungen, im öffentlich-rechtlichen Kontext zur Optimierung der Erfüllung (in Anzahl und Komplexität ständig wachsender) staatlicher Aufgaben beitragen.³⁴

Die Tatsache, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag zwischen Staat und Privaten existiert und häufig eingesetzt wird, verlangt nach der Einordnung dieser Handlungsform in das Gefüge des öffentlichen Rechts. Dass auch Unterschiede in der rechtlichen Topografie bestehen, in die der Vertrag im öffentlichen Recht eingebettet werden soll (und damit nicht alle Überlegungen aus privatrechtlichem Kontext unbesehen transplantiert werden können), ist durchaus richtig. Diese Feststellung darf nach hier vertretener Meinung aber nicht bedeuten, dass die Bemühungen zur Gestaltung einer adäquaten öffentlich-rechtlichen Vertragsdogmatik sogleich aufgegeben werden; mithin dass zuungunsten des Vertrags «vorschnell Zuflucht in der Verfügung»³⁵ oder anderen im öffentlichen Recht etablierten Konstrukten gesucht wird, die eine andere Ausgangslage abbilden. Damit entstünde das Risiko, dass Realität und Dogmatik zu stark auseinanderklaffen. Entsprechend ist der hier verfochtene Ansatz, dass diese Funktionen des Vertrags, mithin vermutungsweise die *Gründe für die Wahl der Vertragsform*, in der Suche nach Regeln für den verwaltungsrechtlichen Vertrag einzubeziehen sind. Denn wird der Vertrag als Handlungsform gewählt, weil sich die Parteien dessen Funktionen, dessen Vorteile zunutze machen wollen, so sollen die anwendbaren Regeln diesen Beweggründen Rechnung tragen: Will der Staat mit der Wahl des verwaltungsrechtlichen Vertrags ein verbindliches Verhalten des Privaten zugesichert erhalten, so ist als Gegenstück davon auszugehen, dass damit beim Privaten auch eine Erwartung staatlichen Verhaltens einhergeht.

³³ Oder, in den Worten von LEU, S. 111, das Risiko auf diejenige Partei zu übertragen, die es mit dem geringsten Aufwand tragen kann.

³⁴ RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 75–76, im Zusammenhang mit Leistungsaufträgen; ferner MÄCHLER, Vertrag, § 3 n. 9, mit einer umfangreichen Aufzählung von Argumenten für kooperatives Verwaltungshandeln.

³⁵ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 91.

§ 2 Strukturierung der Forschungsfrage

A. Eine Feststellung: grosse Diversität vertraglicher Situationen

Der Titel verrät es: Ziel dieser Arbeit ist die Suche nach der Trennlinie zwischen staatlicher Lenkung und Gestaltung der Gesellschaft einerseits und der Vertragsbindung resp. den vertraglichen Ansprüchen des Privaten im verwaltungsrechtlichen Vertrag andererseits. Wenn die rechtliche Landschaft sich ändert, was geschieht mit dem Vertrag? In dieser Abstraktheit erfasst das Thema eine Vielzahl von Sachverhalten und eine Vielzahl möglicher staatlicher Einwirkungsformen auf das Vertragsverhältnis. Es erfasst potenziell die Kündigung eines Pflichtlagervertrags durch die am Vertrag beteiligte Behörde aufgrund einer Praxisänderung; es erfasst aber auch den Vertrag über die Erbringung einer komplexen IT-Dienstleistung, dessen Erfüllung sich für die private Vertragspartei aufgrund der Einführung einer neuen Steuer bedeutend verteuert. Es erfasst den Erschliessungsvertrag zwischen der Gemeinde und der Grundeigentümerin, der durch eine Auszoning der betreffenden Parzelle aufgrund einer Volksinitiative seines Gehalts entleert wird; es erfasst aber auch die Vereinbarung zwischen einem Sozialdienst und einem Sozialhilfeempfänger über die Verwendung von Sozialhilfegeldern, der einseitig durch die Behörde abgeändert wird.

Es ist offensichtlich, dass diese Vertragsbeispiele nicht alle derselben Logik gehorchen: Wo die Erbringung der komplexen IT-Dienstleistung möglicherweise in vergleichsweise grosser gesetzlicher Freiheit ausgehandelt wurde³⁶ und für die private Unternehmung – gleich einem privatrechtlichen Vertrag – einen bedeutenden wirtschaftlichen Wert darstellt, so handelt es sich beim Vertrag über die Verwendung von Sozialhilfegeldern möglicherweise um einen gesetzlich durchnormierten Vertrag der Massenverwaltung.³⁷ Es ist nicht möglich, auf der Abstraktionsebene dieser Untersuchung allgemeingültige Aussagen zu machen, die die Auflösung des Spannungsverhältnisses und damit Lösung eines Vertragsproblems in jedwelchem verwaltungsrechtlichem Vertrag möglich machen.³⁸ Im vorliegenden Zusammenhang steht der wirtschaftlich ausgerichtete

³⁶ Siehe zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage *infra* S. 25 ff.

³⁷ Siehe zu dieser Feststellung auch ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 183–185. Durchnormierte Verträge in diesen Bereichen halten sich oftmals am äusseren Rand dessen auf, was von den Gerichten noch als vertraglich anerkannt wird. Für ein Beispiel der Konversion eines unter damaligem Asylgesetz unzulässigen Darlehensvertrags in eine Verfügung siehe Bundesverwaltungsgericht C-1107/2006 vom 14. September 2009 E. 4.3.2, 5. Vgl. auch zur Abgrenzung zwischen Vertrag und Verfügung *infra* S. 32 ff.

³⁸ Nach derselben Feststellung fordert THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 612, im Hinblick auf die Geltung der Verfahrensgrundrechte ein Abstellen auf das schutzwürdige Interesse, um die jeweilige Rechtsfolge zu bestimmen. Der vorliegende Fokus der Untersuchung auf die Umschreibung der vertraglichen Erwartung des Privaten erlaubt es m.E.,

Dauervertrag des öffentlichen Rechts im Vordergrund. Dennoch ist es die hier vertretene Ansicht, dass es grundsätzlich im Wesen des vertraglichen Handelns liegt, dass dieses sich in einer entsprechenden Erwartung und einem entsprechenden Vertrauen der beteiligten privaten Partei niederschlägt, die es in der öffentlichen Vertragsdogmatik zu berücksichtigen gilt, und dies auch dann, wenn es sich um gesetzlich durchnormierte Verträge handelt.

B. Ziel dieses Kapitels

Das vorliegende Kapitel soll den Leser mit dem gedanklichen Aufbau der Arbeit vertraut machen; es soll aufzeigen, nach welchen Aspekten, in welche gedankliche Kategorien die Suche nach Begründung, Umfang und Konsequenzen des staatlichen «Privilegs» im verwaltungsrechtlichen Vertrag zergliedert werden kann.³⁹ Längst nicht alle der ausgewiesenen Facetten der Analyse werden thematisiert, im Gegenteil; einige in der Praxis äusserst relevante Fragen – wie etwa diejenige, ob die direkte staatliche Einwirkung auf den Vertrag mittels Verfügung oder durch einfache vertragliche Willensäusserung geschieht – werden bloss gestreift. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet das materielle Recht und diesbezüglich insbesondere die sich gegenüberstehenden Postulate der Bundesverfassung.

C. Einige thematische Ausschlüsse vorab

Das Handeln der Verwaltung mittels privatrechtlichem Vertrag bildet nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, genauso wenig wie die häufig vorkommenden Verträge zwischen verschiedenen Gemeinwesen («koordinationsrechtliche» verwaltungsrechtliche Verträge)⁴⁰ oder allenfalls verschiedenen Stellen desselben Gemeinwesens. Die Konzession, deren Kombination vertraglicher und Verfügungsmässiger Elemente wenig überzeugend erscheint,⁴¹ wird ebenfalls nicht gesondert analysiert; wo dies als sinnvoll erscheint, werden Urteile aus dem Konzessionsrecht aufgrund der zumindest *vertragsähnlichen* Natur der Konzession als Referenzen aufgeführt.

das Grundprinzip zu vertreten, dass sich ungeachtet der wirtschaftlichen oder anderen Logik des Vertrags die vertragliche Erwartung des Privaten auf die Erfüllung des Vertrags in derjenigen Form richtet, wie er vereinbart wurde. Auf Faktoren, die diese Erwartung einschränken können, wird noch einzugehen sein (siehe dazu u.a. *infra* S. 142 ff.).

³⁹ Zum Begriff des Privilegs siehe sogleich *infra* S. 19 f.

⁴⁰ Zur Terminologie siehe *infra* S. 21 f.

⁴¹ Siehe dazu auch BICKEL, § 2 n. 65–67.

Am Rande der hier thematisierten Fragestellung tauchen auch die Massnahmen des Verwaltungszwangs resp. die verwaltungsrechtlichen Sanktionen auf. In welcher Form kann die staatliche Vertragspartei einseitig mittels Zwangsmassnahmen auf den Vertrag einwirken, um dessen Erfüllung sicherzustellen, oder eine Nichterfüllung durch die private Vertragspartei ahnden? Aufgrund der Fokussierung der vorliegenden Arbeit auf das veränderte Recht wird darauf verzichtet, diese Fragen einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.⁴² Die allgemeine Frage, ob jeweils die am Vertrag beteiligte Behörde oder nur das Gericht dafür zuständig sein soll, die einseitige Einwirkung auszusprechen, wird – ebenfalls nur kurz – weiter unten gestreift.⁴³

D. Ebenen der Analyse

I. Ebenen der Analyse zum Ersten: Regelungsebene

1. *Thema dieser Arbeit: die «allgemeine» Vertragsdogmatik*

Kern der vorliegenden Untersuchung bildet wie bereits erwähnt die Suche nach Regeln der «allgemeinen verwaltungsvertraglichen Dogmatik», mithin denjenigen Regeln, die sich aus der Verfassung und den Funktionen des Vertrags ableiten lassen und die in Abwesenheit gültiger vertraglich ausgehandelter Abweichungen (sogleich 2.) oder gesetzlicher Sonderregimes (sogleich 3.) gelten.

2. *Vertraglich vereinbarte Modalitäten*

Es gilt aber im Auge zu behalten, dass Gegenstand der vorliegenden Arbeit der *Vertrag* bildet; ein Instrument also, das dazu dient, zwischen den Parteien auf konsensuale Weise Regeln zu setzen. Der übereinstimmende Wille der Parteien, zumindest im Privatrecht und zumindest in der liberalen Theorie, stellt das Mass aller Dinge dar: Der Parteiwille entscheidet über die Entstehung des Vertrags sowie über dessen Inhalt; die gemeinsam vereinbarten vertraglichen Klauseln bestimmen zudem, wann einer Partei allfällige individuelle Rechte zustehen. Die berühmte Formel des französischen Zivilgesetzbuchs, «*[l]es contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*»,⁴⁴ bringt dies prägnant zur Geltung.

Für die Beurteilung der *Gültigkeit vertraglicher Regelungen, die von gesetzlichen Vorgaben abweichen*, erweist sich neben dem bereits thematisierten Span-

⁴² Siehe dazu u.a. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 32 n.4, sowie OGG, S. 63, die für die Erzwingung von Pflichten aus verwaltungsrechtlichem Vertrag ausschliesslich auf den Klage- resp. Verfügungsweg verweisen.

⁴³ Siehe dazu *infra* S. 231 f.

⁴⁴ Art. 1103 des französischen Code civil.

nungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Legalitätsprinzip u.a. auch die Thematik des Verzichts durch den Privaten auf öffentlich-rechtliche Positionen, namentlich der Grundrechtsverzicht, als massgeblich. Die Grenzen der Dispositionsfreiheit im verwaltungsrechtlichen Vertrag bilden einen fundamentalen Aspekt der öffentlichen Vertragsdogmatik, der aber noch weitgehend ungeklärt ist und der im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls nicht weiter untersucht wird.

3. Gesetzliche Sonderregimes

Nebst den Regeln der allgemeinen Dogmatik und den individuellen vertraglichen Vereinbarungen bestehen gesetzlich durchnormierte Sonderregimes für bestimmte Arten heterogener⁴⁵ verwaltungsrechtlicher Verträge. Eines der praktisch bedeutendsten Beispiele ist der öffentliche Arbeitsvertrag, der auf Bundesebene im Bundespersonalgesetz eingehende Regelung erfährt;⁴⁶ auch der Pflichtlagervertrag wird in der einschlägigen Gesetzgebung eingehend normiert.⁴⁷ Weitere punktuelle Regelungen sind durch die Rechtsordnung verteilt, so u.a. im Subventionsgesetz, das die Gewährung von Finanzhilfen oder Abgeltungen mittels Vertrag vorsieht.⁴⁸ Bei den gesetzlich explizit vorgesehenen Mechanismen handelt es sich um bereits vorhandene, positivrechtlich verbrieft Privilegien zugunsten der staatlichen Vertragspartei. Sie können als *leges speciales* zur allgemeinen Dogmatik abweichende Regelungen bereithalten. Im Zusammenhang mit gesetzlichen Sonderregimes steht die Frage ihrer Verfassungskonformität im Vordergrund. Wo nötig und sinnvoll, werden solche gesetzlichen Regelungen beispielhaft aufgeführt; sie sollen jedoch im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht gesondert untersucht werden. Je nach Rechtsgebiet und Fragestellung kann sich daher durchaus infolge gesetzlicher Spezialregelungen eine von den hier entwickelten Thesen abweichende Lösung aufdrängen.

II. Ebenen der Analyse zum Zweiten: materielles Recht vs. verfahrensrechtliche Fragen

In der Thematik der einseitigen behördlichen Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag werden weitere zwei Ebenen angesprochen: Einerseits geht es um die formelle Ebene, die Art, in der die Behörde auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag einwirkt. Konkret stellt sich die Frage, ob die Behörde im verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem Privaten durch den Erlass von Verfügungen handeln können soll, oder ob einzig vertragliche Willensäußerungen dem We-

⁴⁵ Siehe zur Terminologie *infra* S. 21 f.

⁴⁶ Siehe dazu Art. 8–13 BPG.

⁴⁷ Art. 10 LVG, Art. 15, 17 und 19 VWLV.

⁴⁸ Art. 19–20, 30–31 SuG.

sen des Vertrags entsprechen. In gleicher Weise relevant – und mit der obigen Frage verbunden – ist die Zuständigkeitsfrage: Soll die staatliche Vertragspartei befugt sein, selbst zu entscheiden, oder soll wiederum nur eine Klage an das zuständige Gericht möglich sein? Dahinter verstecken sich wiederum etliche weitere verfahrensrechtliche Fragestellungen.

Andererseits geht es um die Frage nach den *materiell-rechtlichen Regeln* des verwaltungsrechtlichen Vertrags: Worin genau liegt die Begründung des staatlichen Privilegs⁴⁹ im Vertrag? Wie ist der Private durch die Bundesverfassung geschützt?

Obwohl beide Ebenen, die verfahrensrechtliche und die materiell-rechtliche, zweifellos eng verwoben sind, so wird Erstere nur am Rande thematisiert; der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bildet das materielle Recht.

E. Schema

Im Fokus der Arbeit stehen die im nachfolgenden Schema grau hinterlegten Themen. Auf einzelne Aspekte der Darstellung soll im Folgenden kurz eingegangen werden.

⁴⁹ Siehe zur vorliegend verwendeten Terminologie *infra* S. 19 f.

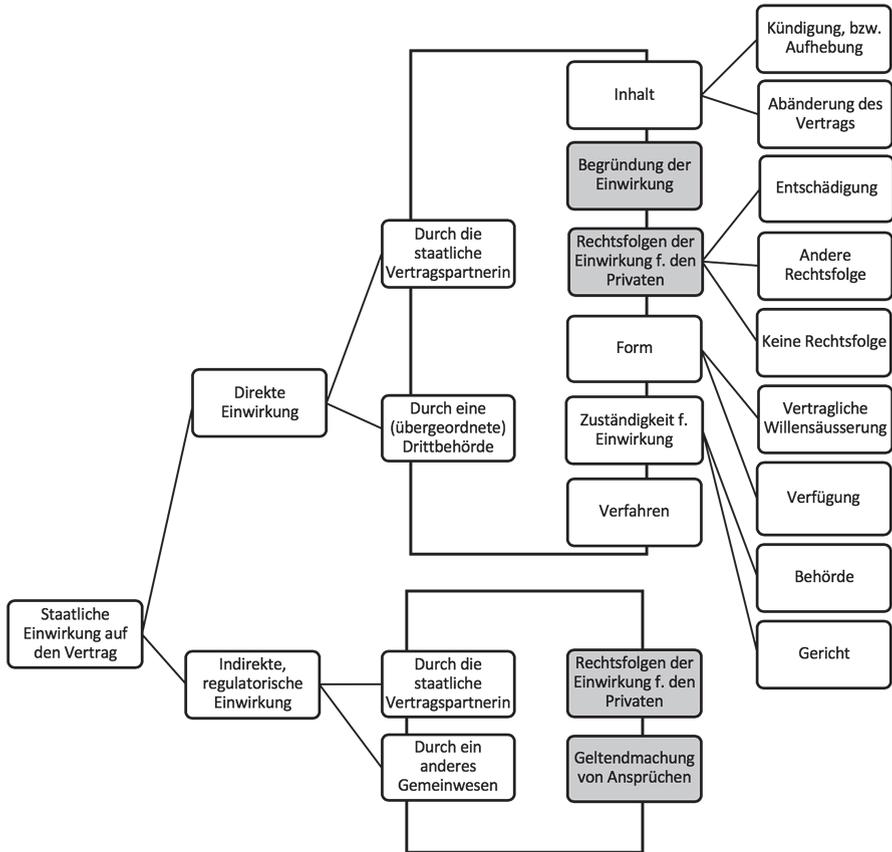


Abbildung: Vorgeschlagene Strukturierung des Untersuchungsgegenstands

F. Direkte Einwirkung auf den Vertrag und indirekte Einwirkung durch regulatorische Tätigkeit

Wenn die staatliche Vertragspartei einseitig in einen laufenden verwaltungsrechtlichen Vertrag eingreift und dem privaten Vertragspartner zusätzliche Pflichten im Namen des öffentlichen Interesses, so etwa der nationalen Sicherheit, auferlegt, springt die einseitige Einwirkung im hier untersuchten Sinne ins Auge: Die beteiligte Behörde ändert die Vertragspflichten des Privaten eigenhändig ab und beruft sich mit dem öffentlichen Interesse auf ein Motiv, das nur der staatlichen Vertragspartei zusteht. Dasselbe gilt auch, wenn die Vertragsbehörde im Namen des gewandelten Rechts den Vertrag kündigt, obwohl keine derartige Kündigungsmöglichkeit im Vertrag verbrieft war. Auch hier liegt es auf der Hand, dass sich die staatliche Vertragspartei aufgrund einer geltend ge-

machten Sonderstellung über das vertraglich Vereinbarte hinwegsetzt. Die Situation des Einzelnen wird jedoch in unterschiedlichster Weise durch staatliches Handeln beeinflusst; auch staatliche Aktivität, die nicht formell auf den Vertrag durchschlägt, kann den Privaten beeinträchtigen. Bei der bereits erwähnten Erschliessungsvereinbarung zwischen Grundeigentümerin und kommunaler Exekutive, die deswegen gegenstandslos wird, weil eine kommunale Volksinitiative die Auszonung des betreffenden Grundstücks bewirkt, liegt zwar ein indirekter Eingriff vor, weil am Vertrag selbst damit noch keine Änderung vorgenommen wird. Dennoch signalisiert das Rechtsempfinden, dass hier eine gewisse Nähe zum betroffenen Vertrag vorliegen kann: Es handelt sich um dieselbe Einwohnergemeinde und damit dieselbe öffentlich-rechtliche Körperschaft. Je nach Grösse der Gemeinde ist sogar denkbar, dass dieselben Personen der Gemeindeverwaltung in beide Projekte, die Erschliessungsvereinbarung und die Umsetzung der Volksinitiative, involviert sind. Es lässt sich je nach Situation problemlos herleiten, dass eine rechtlich relevante Einwirkung auf die Position der betroffenen Privatpartei besteht. Schwieriger wird es jedoch dann, wenn eine neue gesetzliche Regelung *des Bundesrechts* dazu führt, dass für den Privaten die Erbringung einer Leistung aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag *mit einer kantonalen Behörde* so verteuert wird, dass sie sich nicht mehr lohnt. Handelt es sich um eine relevante Einwirkung, gegen die dem Privaten aus der Verfassung Schutz erwächst? Oder handelt es sich vielmehr um ein Risiko, das alle Bürgerinnen und Bürger in derselben Weise betrifft und damit auch von der privaten Vertragspartnerin in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag entschädigungslos hinzunehmen ist?

Im Zusammenhang mit Grundrechtseingriffen ist in derartigen Situationen etwa von «faktischen» oder «mittelbaren» Eingriffen⁵⁰ resp. von «Realbeeinträchtigungen»⁵¹ die Rede. Es wird sich zeigen, dass sowohl die Eigentumsgarantie als auch der Vertrauensschutz strukturell derartige indirekte Einwirkungen erfassen können.⁵² Die Grenzziehung zwischen denjenigen Einwirkungen, die Rechtsfolgen zugunsten der betroffenen Person nach sich ziehen, und denjenigen, die entschädigungs- resp. rechtsfolgenlos hinzunehmen sind, gestaltet sich ausgesprochen schwierig. Entsprechend wird es auch darum gehen, nach Kriterien zu suchen, die die Unterscheidung zwischen der Begründung von Rechtsfolgen und Rechtsfolgenlosigkeit anleiten können. Terminologisch wird für die allgemeine staatliche Einwirkung die Bezeichnung «indirektes» resp. «regulatorisches» Handeln verwendet. Dabei ist eine gewisse begriffliche Un-

⁵⁰ TSCHANNEN, § 7 n. 88–90.

⁵¹ WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 145–148.

⁵² Siehe zum Ganzen *infra* S. 98 ff.

schärfe nicht von der Hand zu weisen: Wo regulatorisches Handeln aus gesetzgeberischer Aktivität herrührt, erfasst der Begriff des «indirekten» Handelns auch die Einwirkung aufgrund von Realakten oder das direkte staatliche Handeln gegenüber einer Drittperson, das gegenüber dem betroffenen privaten Vertragspartner lediglich Reflexwirkungen zeitigt. Obwohl der Fokus der vorliegenden Arbeit auf dem Themenkomplex der Einwirkung *im Zusammenhang mit verändertem Recht* liegt, wird die soeben genannte terminologische Unschärfe bewusst in Kauf genommen. Dies rechtfertigt sich deswegen, weil die Übergänge zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung fließend ausfallen und das Zusammenspiel zwischen den Vorgaben einer Gesetzesnorm und dem Ermessen der handelnden Behörde je nach Gebiet und Frage ganz anders ausfällt.⁵³ Entsprechend ist nicht immer klar, wann eine staatliche Aktivität als *regulatorisch* zu bezeichnen ist und wann lediglich als *indirekt*.

G. Urheberchaft einer Einwirkung aufseiten des Gemeinwesens

Aus rein vertragsrechtlicher Optik zählen für den einen Vertragspartner im Grundsatz nur die Handlungen oder Unterlassungen des anderen Vertragspartners. Mit Ausnahme von Störungen, die sich ausserhalb des Einflussbereichs beider (oder aller) Vertragsparteien zutragen, vermögen Handlungen von Drittparteien in der Regel nur dann zu vertraglichen Ansprüchen zu führen, wenn der andere Vertragspartner für diese vertragliche Verantwortung trägt, etwa weil sie als Lieferanten oder Outsourcing-Partner Teilleistungen erbringen.

Geht es jedoch um die öffentlich-rechtliche Vertragsdogmatik, kann das Handeln von Drittbehörden nicht derart ausdrücklich vom Wirkungsbereich des Vertrags ausgeschlossen werden. Zwar ist nur diejenige juristische Person Vertragspartei, deren Vertreter die Vereinbarung abgeschlossen haben, sei dies eine öffentliche Körperschaft, eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts. Dennoch können auch andere Behörden die Situation des privaten Vertragspartners beeinträchtigen, sei dies durch direktes Handeln⁵⁴ oder durch indirekte, regulatorische Aktivität. Insofern verschwimmen auf staatlicher Seite des Vertrags die Grenzen zwischen der Vertragspartei und Drittparteien. Als Beispiel einer indirekten Beeinträchtigung denkbar ist etwa – ein ähnliches Beispiel wurde bereits erwähnt – die Einführung einer allgemeinen Pflicht zum umfassenden Datenmanagement durch den Bundesgesetzgeber, die auch die Durchführung kostspieliger Audits umfasst

⁵³ THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, n. 182. Siehe dazu im Zusammenhang mit dem persönlichen Umfang des Vertrauensschutzinteresses *infra* S. 154 ff.

⁵⁴ Für einen Fall eines Verfügungswiderrufs durch die Aufsichtsbehörde, siehe dazu BGE 137 I 69 E. 2.1 S. 71.

und damit die Erbringung von Leistungen durch den Privaten im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags mit einer kantonalen öffentlich-rechtlichen Anstalt bedeutend verteuert. Damit stellt sich aus Sicht des betroffenen Privaten die Frage, ob er für die so verursachte Einschränkung entschädigungsberechtigt ist. Dieselbe Abgrenzungsfrage kann sich hinsichtlich der verschiedenen Organe innerhalb *eines* Gemeinwesens stellen: Inwiefern tangieren Handlungen der Judikative oder der Legislative, in der direktdemokratischen Schweiz sogar des Stimmvolkes, Verträge der Exekutive?

Grundsätzlich liegt es im Wesen des Vertrauensschutzes, dass die Vertrauensgrundlage dem Staat als solchem zugerechnet wird.⁵⁵ Auch die materielle Enteignung findet ihre *raison d'être* in der enteignungsähnlichen *Wirkung* einer staatlichen Massnahme; sie hängt nicht davon ab, welcher Behörde diese zuzuschreiben ist.⁵⁶ An den Rändern der hier untersuchten Thematik führt das Geflecht an behördlichen Kompetenzen jedoch durchaus zu Abgrenzungsschwierigkeiten.⁵⁷

H. Zur vorliegend verwendeten Terminologie

In der Konzeption dieser Arbeit benötigt der Konsens als Grundlage des Vertrags einen sprachlichen Gegenpol, der zum Ausdruck bringt, dass der Staat zur Durchsetzung der von ihm zu verfolgenden Interessen in gewissen Fällen einseitig handeln können muss. Es liegt auf der Hand, dass die Verwaltung ihre Rechtsakte in Übereinstimmung mit dem jeweiligen Recht zu erlassen hat. Wie sieht es aber aus, wenn eine Anpassung eines solchen Rechtsakts aufgrund einer behördeneigenen veränderten Wertung des öffentlichen Interesses vorgenommen wird? Ein Teil der Untersuchung wird sich darum drehen, zu isolieren, *welche Gründe*, letztlich *welche Aspekte der staatlichen Handlungsfähigkeit* es notwendig machen, *dass der Staat sich unter Umständen über bestehende vertragliche Verpflichtungen soll hinwegsetzen können*. Als Überbegriff für diejenigen staatlichen Imperative, die die einseitige Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag notwendig machen, wird daher in weiten Teilen des Texts der Begriff des staatlichen *Privilegs* verwendet. Das *Privileg*, abgeleitet aus dem Lateinischen *privilegium*, wird etwa definiert als «Recht eines Einzelnen od[er] einer gesellschaftl[ichen] Gruppe, Sonderrecht, Vorrecht».⁵⁸ Mit dem Begriff des Privilegs soll zum Ausdruck gebracht werden, wonach die vorliegende

⁵⁵ Siehe dazu *infra* S. 124 f.

⁵⁶ Siehe zum Ganzen *infra* S. 105 ff.

⁵⁷ Siehe dazu *infra* S. 154 ff.

⁵⁸ Wahrig Deutsches Wörterbuch von Renate Wahrig-Burfeind, 9. Auflage Gütersloh/München 2011, S. 1168. In derselben Weise auch der Duden, Das Bedeutungswörterbuch,

Arbeit sucht: Es soll versucht werden, diejenigen materiellen Interessen, Grundsätze oder Postulate der Bundesverfassung zu isolieren, die notwendigerweise auch beim Fehlen einer vertraglich verhandelten Bestimmung unter gewissen Bedingungen auf den Vertrag durchschlagen können sollen. Dabei muss angemerkt werden, dass das Privileg nicht nur Privileg, sondern auch Pflicht bedeuten kann: Nämlich zugunsten eines höheren staatlichen Imperativs von einer vertraglichen Verpflichtung abzugehen und Verwaltungsrechtsakte gegen den Willen der betroffenen Personen umzugestalten.

Wird in der vorliegenden Untersuchung von der «*einseitigen Einwirkung*» resp. auch vom «*einseitigen Eingriff*» gesprochen, so sind damit *alle Arten* gemeint, in denen der Staat tatsächlich auf den Vertrag Einfluss nimmt, mittels Kündigung des Rechtsverhältnisses, durch Wahrnehmung eines vertraglich vereinbarten Rechts, den Vertragsinhalt einseitig anzupassen, oder auf mannigfaltige indirekte Art. Mit diesem Begriff wird keine Aussage zur Frage gemacht, ob diese einseitige Einwirkung in Verfügungsform zu geschehen hat oder ob der Staat vielmehr als Vertragspartner sich an eine einfache vertragliche Willensäußerung zu halten hat. Ebenfalls nicht beantwortet wird die Frage, mit welchen prozessualen Mitteln sich der Betroffene dagegen zur Wehr setzen soll.⁵⁹

4. Auflage Mannheim 2010, S.727: «einem Einzelnen, einer Gruppe vorbehaltenes Recht».

⁵⁹ Siehe zu einigen wenigen Überlegungen zu dieser Thematik *infra* S. 231 f.

§ 3 Allgemeines zum verwaltungsrechtlichen Vertrag

Während verschiedenste Begriffe des hier verwendeten Vokabulars bereits eingeführt wurden, verbleibt eine Definition des eigentlichen Forschungsgegenstands. Dies soll an dieser Stelle nachgeholt werden (siehe dazu *infra* A.). Danach soll die Ausgangslage des heterogenen⁶⁰ verwaltungsrechtlichen Vertrags anhand folgender Themen skizziert werden: Die Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags (siehe dazu *infra* B.), die Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags von der (mitwirkungsbedürftigen) Verfügung (siehe dazu *infra* C.), das Vorgehen zur Bestimmung der Rechtsnatur (siehe dazu *infra* D.) sowie einige Ausführungen zur Klassifizierung verwaltungsrechtlicher Verträge (siehe dazu *infra* E.).

A. Definition und Gültigkeitsvoraussetzungen

Im Folgenden wird dem verwaltungsrechtlichen Vertrag folgende Definition zugrunde gelegt: Es handelt sich um eine rechtlich verpflichtende Vereinbarung zwischen einem Träger von Verwaltungsaufgaben und einem oder mehreren anderen Rechtssubjekten, die zum Gegenstand ein konkretes, dem öffentlichen Recht unterstehendes Rechtsverhältnis hat.⁶¹ Dabei wird zwischen dem «verwaltungsrechtlichen» und dem «öffentlich-rechtlichen» Vertrag keine Unterscheidung vorgenommen.⁶² Innerhalb der Kategorie des verwaltungsrechtlichen Vertrags wird gemeinhin unterschieden zwischen sogenannten *koordinationsrechtlichen Verträgen*, die zwischen zwei staatlichen Vertragspartnern abgeschlossen werden, und *subordinationsrechtlichen* verwaltungsrechtlichen Verträgen, an denen nebst einer staatlichen Stelle mindestens ein Rechtssubjekt des Privatrechts teilnimmt.⁶³ Nur diese zweite Erscheinung bildet Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Allerdings wird dafür der Begriff des «hetero-

⁶⁰ Siehe zur Terminologie sogleich sowie *infra* S. 44.

⁶¹ Ähnlich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 33 n. 2: «Vereinbarung eines Verwaltungsträgers mit einem anderen Rechtssubjekt über die Regelung konkreter Rechtsverhältnisse.» So auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 88. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2940, geben folgende Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrags: «[Ü]bereinstimmende Willenserklärung zweier Vertragsparteien im Hinblick auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, das seine Grundlage im öffentlichen Recht hat.»

⁶² WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2943, mit Verweisen auf das alternative Begriffsverständnis, das den öffentlich-rechtlichen Vertrag breiter fasst als den verwaltungsrechtlichen Vertrag; ferner WALDMANN, Einführung Vertrag, S. 3.

⁶³ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 70; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 33 n. 15–19; TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 191; ZWAHLEN, n. 204, weist darauf hin, dass man zusätzlich noch die Verträge zwischen Staaten aufführen könnte. Daneben

genen» verwaltungsrechtlichen Vertrags anstelle des gebräuchlicheren Terminus des subordinationsrechtlichen Vertrags verwendet, worauf nochmals einzugehen sein wird.⁶⁴

Gemäss wohl herrschender Ansicht hat der verwaltungsrechtliche Vertrag schriftlich verfasst zu sein, um Gültigkeit zu erlangen.⁶⁵ Obwohl dies als allgemeine Forderung *de lege ferenda* sinnvoll erscheint, dürfte es der grundrechtliche Vertrauensschutz je nach Situation verbieten, die fehlende Schriftlichkeit mit allzu drastischen Konsequenzen zu versehen.⁶⁶

B. Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags: Zulässigkeit und Anforderungen an den Vertragsinhalt

Die Verwaltung untersteht in allen ihren Handlungen dem Gesetz – so will es das Legalitätsprinzip.⁶⁷ Wenn sie nun mit einem Privaten einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abschliesst, begibt sie sich ein Stück weit – je nach Vertrag – aus der Umklammerung dieses Gesetzes. Am Vertragsinhalt wirkt der Private mit, manchmal mehr, manchmal weniger. Es werden Leistungen im Austauschverhältnis vereinbart, deren Umfang und inhaltlicher Konnex miteinander nicht immer in genau dieser Form direkt aus einer gesetzlichen Bestimmung resultieren. Wo vermag die Tatsache, dass der Private mittels Konsens der Erbringung einer Leistung zustimmt oder auf ein (Grund-)Recht verzichtet, eine alternative, oder zusätzliche, Grundlage für vertragliche Rechte und Pflichten zu bieten und damit eine ungenügende oder fehlende gesetzliche Anbindung wettzumachen? Die Antwort darauf ist derart multifaktoriell, die Anzahl möglicher Vertragsarten derart gross, dass die Praxis sich schwertut damit, das Problem in Einzelteile zu zerlegen und dafür Regeln vorzuschlagen. Dies wird auch hier nicht abschliessend gelingen. Ziel dieses Kapitels ist es lediglich, im Sinne eines Bausteins zum allgemeinen Teil dieser Arbeit einen Überblick über den Stand der Diskussionen und die dahinterliegenden Überlegungen zu geben.

In der vorliegenden Untersuchung geht es zugegebenermassen lediglich um die *nachträgliche* Fehlerhaftigkeit, die nachträgliche Diskrepanz zwischen Vertrag und Gesetz. Das Verhältnis zwischen Konsens und Rechtsnorm sorgt aber

gibt es auch den seltenen Fall, dass ein verwaltungsrechtlicher Vertrag zwischen zwei Privaten abgeschlossen wird.

⁶⁴ Siehe dazu für die Begründung *infra* S. 44.

⁶⁵ Bundesgericht 1C_61/2010 vom 2. November 2010 E. 4.1; GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 85; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 34 n. 3. Frage hingegen noch offengelassen in BGE 99 Ib 115 E. 3a) S. 120–121. Für das Subventionsrecht ist dies in Art. 19 Abs. 1 SuG explizit so vorgesehen.

⁶⁶ Siehe zum Vertrauensschutz allgemein *infra* S. 117 ff.

⁶⁷ Art. 5 Abs. 1 BV.

in jeder Phase des verwaltungsrechtlichen Vertrags für Spannung(en). Im Kern geht es zu jeder Zeit um die Frage, wie streng die Anbindung des Vertragsinhalts an das Gesetz zu erfolgen hat.

Die Praxis sieht für den verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht nur eine mehr oder minder enge Anbindung des Vertragsinhalts an das Legalitätsprinzip vor, sie verlangt auch, dass die Verwendung der vertraglichen Handlungsform durch die Behörde zu *rechtfertigen* ist,⁶⁸ dies wird allgemein unter dem Schlagwort der «Zulässigkeit» des verwaltungsrechtlichen Vertrags thematisiert.⁶⁹ Obwohl die Meinung derer, die sich für eine Abkehr von dieser zuweilen etwas rigiden Zweiteilung zwischen Zulässigkeit der Handlungsform und Anforderungen an den Vertragsinhalt aussprechen,⁷⁰ m.E. Zustimmung verdient, sollen die folgenden Überlegungen dennoch anhand dieser Unterscheidung strukturiert werden, weil sich so die Aussagen der Rechtsprechung und Lehre besser gruppieren lassen.

I. Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags als Handlungsform

Die Verfassung selbst sieht keine Hierarchie zwischen der Verfügung und dem verwaltungsrechtlichen Vertrag vor.⁷¹ Daher müsste sich die Verwendung einer konkreten Handlungsform an deren Eignung messen, die Vorgaben des einschlägigen Gesetzesrechts sowie die Postulate der Bundesverfassung zu verwirklichen. Dies deckt sich nur teilweise mit den vorherrschenden Gegebenheiten, die durch die Vorherrschaft der Verfügung über den Vertrag gekennzeichnet sind.⁷² Allgemein wird für den verwaltungsrechtlichen Vertrag verlangt, dass das Gesetz für ihn *Raum lässt*, sowie oftmals auch, dass er sich im Einzelfall als *geeignete Handlungsform* erweist als die Verfügung.⁷³ Aus

⁶⁸ Damit geht es im Wesen auch um die Frage, ob der Behörde in der Wahl der Handlungsform eine Freiheit zukommt oder ob die Gesetzeserfüllung vorrangig durch Gesetz und Verfügung zu geschehen hat. Siehe dazu G. MÜLLER, S. 26–27; ferner POLTIER, *Gentlemen's Agreements*, S. 389–395. Zur Frage der Priorität der Verfügung vor dem Vertrag siehe ferner auch sogleich *infra* Fn. 73.

⁶⁹ So statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 33 n. 20–28; G. MÜLLER, S. 25–37.

⁷⁰ So u.a. GRIFFEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, n. 78; ABEGG, *Verwaltungsvertrag*, S. 157–165; wobei die beiden Autoren hinsichtlich der inhaltlichen Anbindung der Vertragspflichten an das Gesetz unterschiedliche Ansichten vertreten.

⁷¹ TH. MÜLLER, *Verwaltungsverträge*, S. 212.

⁷² Ähnliches etwa bei GRIFFEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, n. 38–40; RHINOW, *Vertrag*, S. 61. Dazu dürften nebst den bereits erwähnten materiell-rechtlichen Unsicherheiten die bedeutenden Rechtsunsicherheiten prozessualer Natur im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag beitragen.

⁷³ BGE 136 II 415 E. 2.6.2 S. 425–426: «Das Legalitätsprinzip erfordert, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag zwei Voraussetzungen erfüllt. Zunächst muss eine kompetenz-

diesen Zulässigkeitsvoraussetzungen folgern gewisse Autorinnen und Autoren, die Verfügung habe Priorität vor dem verwaltungsrechtlichen Vertrag;⁷⁴ ein solcher Schluss ist denn auch die logische Konsequenz des Erfordernisses der besseren Eignung.⁷⁵ Dagegen wollen sich andere Meinungen von den rigiden Zulässigkeitsvoraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags lösen.⁷⁶ GRIFFEL fordert, den Fokus auf die gesetzliche Abstützung des Vertragsinhalts zu richten. Er vertritt die Meinung, dass eine konsequentere, strikte Gesetzesbindung des Vertragsinhalts dazu führt, dass den obigen Zulässigkeitsvoraussetzungen keine eigene Bedeutung mehr zukommt.⁷⁷ Für ABEGG liegt die Lösung darin, verstärkt auf die Zuständigkeit der Behörde zum Tätigwerden im entsprechenden Aufgabenkreis abzustellen.⁷⁸ Dann ist der Abschluss des Vertrags zu begründen und im Rahmen der Ermessenskontrolle überprüfbar zu machen.⁷⁹ Der Autor fordert damit einhergehend eine «Verschiebung des legitimatorischen Elements vom Zuständigkeitserfordernis auf die rechtliche Inhaltskontrolle.»⁸⁰ Im Sinne der Weiterentwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags erscheint letzterer Ansatz interessant, weil er einen Beitrag dazu leistet, das vertragliche Handeln aus seiner

gemäss erlassene Rechtsnorm den Vertrag vorsehen, dafür Raum lassen oder ihn jedenfalls nicht ausdrücklich ausschliessen. Weiter muss der Vertrag nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die er im Einzelfall konkretisiert, die geeignetere Handlungsform sein als die Verfügung.» Ferner BGE 136 I 142 E. 4.1 S. 146–147. In BGE 144 V 84 E. 6.1 S. 88 sowie BGE 105 Ia 207 E. 2b) S. 211 erwähnt das Bundesgericht lediglich, der verwaltungsrechtliche Vertrag sei zulässig, sofern er vom Gesetz nicht ausgeschlossen werde. Es verlangt dann aber im zweiten der beiden Entscheide hinsichtlich des Vertragsinhalts dieselbe Gesetzesbindung wie bei der Verfügung, was in der Lehre kritisiert wird; MÄCHLER, Vertrag, § 12 n. 63; NGUYEN, S. 106. Zum Ganzen ferner GUTH, S. 34; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n. 1310; für eine detaillierte Übersicht der Zulässigkeitsvoraussetzungen KLEIN, S. 51–73. Bei NGUYEN, S. 91, wird lediglich verlangt, dass der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags vom Gesetz nicht ausgeschlossen sein soll.

⁷⁴ GUTH, S. 34; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n. 1310; MÄCHLER, Vertrag, § 12 n. 19, 21.

⁷⁵ TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 212.

⁷⁶ KLEIN, S. 70–72; TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 212. RHINOW, Verfügung, S. 321, wendet sich gegen eine freie, «beliebige» Wahl der Handlungsform durch die Verwaltung und verlangt, dass der Vertrag dort eingesetzt werde, wo Bedarf dafür bestehe. Er verfährt aber soweit ersichtlich keinen eigentlichen, dogmatisch begründeten Vorrang der Verfügung vor dem Vertrag.

⁷⁷ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 76–78.

⁷⁸ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 149–155.

⁷⁹ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 155–157, 160–165. Der Autor listet verschiedene weitere Möglichkeiten auf, wie diese «Abwertung des Legalitätsprinzips» kompensiert werden könne, so zusätzlich durch eine Ausweitung des Rechtsschutzes und eine verstärkte rechtliche Inhaltskontrolle; ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 161–162.

⁸⁰ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 157.

subsidiären Position zu befreien; zudem dürfte er sich etwas näher an der gelebten rechtlichen Realität befinden.⁸¹

II. Anforderungen an die inhaltliche Gesetzesbindung

1. Vertragliches Spannungsverhältnis zwischen Konsens und Legalitätsprinzip

Zum Kern des Problems dringt man mit der Frage vor, wie es denn mit der gesetzlichen Grundlage vertraglicher Leistungen aussieht. Das Bundesgericht äussert sich folgendermassen: «Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes sind geringer als bei Verfügungen, sofern das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wegen der Zustimmung zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch die Privaten als geringfügig erscheint. Auch die Grundlage im Gesetz kann bei Verträgen im Allgemeinen schmäler sein als bei Verfügungen, weil staatliche Eingriffe in die Rechte der Privaten weniger intensiv und damit weniger wichtig sind, wenn die Betroffenen ihnen zustimmen [...]. In besonderen Fällen kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag somit auch dann abgeschlossen werden, wenn keine Norm ausdrücklich dazu ermächtigt, und es darf eine Vertragspartei auch zu Leistungen verpflichtet werden, die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte; doch müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen [...]»⁸² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER stellen dazu fest, es sei kein Leichtes, «diesem gedanklichen Hin und Her zu folgen.»⁸³ Sicherlich muss dieses «gedankliche Hin und Her» als Ausdruck des Spannungsverhältnisses zwischen der konsensualen Natur des Vertrags und dem im öffentlichen Recht omnipräsenten Legalitätsprinzip verstanden werden.

2. Meinungsvielfalt

Verschiedene Autorinnen und Autoren haben die für den verwaltungsrechtlichen Vertrag relevanten Überlegungen zum Legalitätsprinzip herausgeschält und zu zergliedern versucht – die Ansätze sind sehr heterogen. Gemeinsam ist den Überlegungen wohl die Forderung, der Vertragsinhalt müsse sich auf eine gesetzliche Grundlage *zurückführen* lassen.⁸⁴ Damit ist aber bei genauerem Hin-

⁸¹ Siehe dazu – bereits zitiert – THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 91: «[D]er Weg für eine adäquate rechtsstaatliche Fundierung auch des konsensualen Handelns [wird] nur dann geebnet [...], wenn nicht vorschnell Zuflucht in der Verfügung gesucht wird.»

⁸² BGE 136 I 142 E. 4.1–4.2 S. 146–148. Dass kein Vertragsinhalt *contra legem* vereinbart werden darf, ist ferner selbstverständlich; siehe für ein Beispiel einer nichtigen Vereinbarung diejenige zwischen der zürcherischen Staatsanwaltschaft und der Sterbehilfeorganisation Exit, BGE 136 II 415.

⁸³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 33 n. 30.

⁸⁴ In dieser Formulierung bei MÄCHLER, Vertrag, § 12 n. 79, sowie HÄNER, Umweltschutzvollzug, S. 599.

sehen lediglich festgestellt, dass niemand die Meinung vertritt, auf die Anbindung an eine gesetzliche Grundlage könne im verwaltungsrechtlichen Vertrag gänzlich verzichtet werden.⁸⁵ Welche Aspekte des Vertragsinhalts damit gemeint sind – ob alle Leistungen oder nur bestimmte – und wie diese Rückführbarkeit auszusehen hat, daran scheiden sich die Geister.

Eine relativ strenge gesetzliche Anbindung der vertraglichen Inhalte fordern etwa GRIFFEL⁸⁶ und GUTH.⁸⁷ Auf die Position ABEGGS, der eine Verschiebung vom Zuständigkeitserfordernis zur rechtlichen Inhaltskontrolle fordert, wurde bereits eingegangen. Dieser Autor akzeptiert die Ablösung von einer strikten gesetzlichen Grundlage als logische Konsequenz der Verwendung der Vertragsform⁸⁸ und will den Vertragsinhalt im konkreten Anwendungsfall unter anderen Gesichtspunkten auf genügende Legitimation prüfen; insbesondere ist sicherzustellen, dass die Gegenleistung des Privaten unter Einbezug der gesamten Umstände adäquat ausfällt und dass ein sachlicher Zusammenhang zur behördlichen Leistung im Vertrag besteht.⁸⁹ Während die einen ihre Auseinandersetzung mit dem Legalitätsprinzip im Vertrag primär anhand der *Leistungen der Parteien* strukturieren (Leistungen des Staats vs. Leistungen der Privatpartei),⁹⁰ konzentrieren sich andere wiederum auf die jeweils infrage stehenden *Funktionen des Legalitätsprinzips*.⁹¹ Letzterer Ansatz wird sogleich etwas genauer zu betrachten sein. Die Komplexität des Unterfangens wird weiter erhöht durch die Tatsache, dass verschiedene «Rechtsprechungslinien» des Bundesgerichts existieren, die die Erfordernisse an die gesetzliche Grundlage für bestimmte Fragen oder Sachgebiete konkretisieren – so etwa im Steuer- und Abgaberecht oder die Gesetzesdelegation betreffend.⁹² Wird ein Vertrag im entsprechenden Sachgebiet abgeschlossen, können diese Rechtsprechungslinien somit ebenfalls Anwendung finden.⁹³

⁸⁵ GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 151–152, scheint ohne Weiteres davon auszugehen, dass der (verwaltungsrechtliche) Vertrag eigenständige Quelle von Rechtspflichten darstellen kann, die auch ohne gesetzliche Grundlage wirkt.

⁸⁶ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 76–78.

⁸⁷ GUTH, S. 36.

⁸⁸ ABEGG, Vertragsfreiheit, S. 405–406, 409.

⁸⁹ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 199–205. Er entwirft an dieser Stelle noch weitere Ansätze, wie ein noch verbleibendes Legitimitätsdefizit kompensiert werden kann.

⁹⁰ TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 217–218.

⁹¹ HÄNER, Einwilligung, insb. S. 61–62. Dazu sogleich *infra*.

⁹² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 n. 34–43. Der im Text verwendete Begriff der «Rechtsprechungslinien» wurde von diesen Autoren übernommen. Für eine etwas weiter zurückliegende Übersicht verschiedener «Traditionslinien» siehe COTTIER, S. 45–66.

⁹³ Siehe dazu Bundesgericht 2A.414/2006 vom 19. März 2008 E. 8.3–9.5, wo die geschuldeten vertraglichen Leistungen (auch) unter dem Äquivalenzprinzip des Gebührenrechts geprüft wurden. Aus methodischer Sicht müsste wohl dann die Frage untersucht werden,

3. Funktionen des Legalitätsprinzips

Beachtet man die Funktionen des Legalitätsprinzips, so herrscht Einigkeit darüber, dass es einerseits einem *demokratischen Anliegen* verpflichtet ist und in dieser Funktion die *Vorherrschaft des Volkswillens* sowie die *Gewaltenteilung* sicherstellen soll.⁹⁴ Andererseits soll es – meistens unter dem Titel der «*Rechtsstaatlichkeit*» zusammengefasst – *Schutz des Einzelnen vor staatlicher Willkür, Gleichbehandlung* und *Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns* sicherstellen.⁹⁵

4. Mögliche Kompensation einer ungenügenden oder fehlenden gesetzlichen Grundlage

a) Durch Einwilligung der betroffenen Person

HÄNER hat sich in einem Aufsatz detailliert mit der Frage auseinandergesetzt, inwiefern die Einwilligung der betroffenen Person bei individuell-konkreten Staatshandlungen der gesetzlichen Grundlage als Surrogat dienen kann. Die Autorin kommt zum Schluss, dass die rechtsstaatlichen Funktionen des *Schutzes vor Willkür* und der *Vorhersehbarkeit* durchaus der Kompensation durch Einwilligung der betroffenen Person zugänglich sind.⁹⁶ Dafür muss sich die betreffende Person im Zeitpunkt der Einwilligung der Tragweite der übernommenen Pflicht bewusst sein und es ist sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt.⁹⁷ Dahingegen können die demokratischen Funktionen (Vorherrschaft des Volkswillens und Gewaltenteilung) wie auch das Anliegen der Rechtsgleichheit aufgrund ihrer Ausrichtung nicht alleine durch Konsens wettgemacht werden.⁹⁸ Wo die beiden Anliegen des Schutzes vor staatlicher Willkür und der Vor-

inwiefern die vertragliche Einwilligung des Privaten die Anforderungen aus den entsprechenden Rechtsprechungslinien herabzusetzen vermag. Siehe dazu die Tabelle sogleich *infra*.

⁹⁴ MÄCHLER, Vertrag, § 3 n. 36; HÄNER, Einwilligung, S. 61. Vgl. spezifisch zur Gewaltenteilung MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 732–733.

⁹⁵ HÄNER, Einwilligung, S. 62.

⁹⁶ HÄNER, Einwilligung, S. 74–75. Dasselbe bei MÄCHLER, Vertrag, § 3 n. 38, bezüglich Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit.

⁹⁷ HÄNER, Einwilligung, S. 74–75. Die Autorin unterscheidet ferner zwischen der Freiwilligkeit der Einwilligung und dem Bewusstsein der Freiwilligkeit der Leistung. Dazu ferner auch S. 67–69 derselben Publikation. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 606, vertritt überdies die Auffassung, dass die Einwilligung dann nicht geeignet ist, die Anforderungen an das Legalitätsprinzip herabzusetzen, wenn die «Übernahme von Pflichten vor dem Hintergrund staatlicher Rechtsautorität erfolgt», was dann der Fall ist, wenn zum Vertragsschluss nur Alternativen bestehen, die für die betroffene Person nachteilig ausfallen.

⁹⁸ HÄNER, Einwilligung, S. 69–70, 73–74. Dasselbe bei MÄCHLER, Vertrag, § 3 n. 37; sowie TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 218. In eine andere Stossrichtung zielt

hersehbarkeit alleine dem Schutz des Einzelnen dienen, der von einer staatlichen Handlung betroffen ist (im Folgenden jeweils als «adressatenschützende» Funktionen bezeichnet), dient die Gleichbehandlung sowohl dem Adressaten dieser staatlichen Handlung als auch Drittpersonen.⁹⁹ Die demokratischen Anliegen wiederum sind abstrakt dem Stimmvolk als Ganzes gewidmet.¹⁰⁰ Diese Erkenntnis findet sich zumindest teilweise auch im eingangs zitierten Bundesgerichtsentscheid, der Situationen mit einem geringen Bedürfnis an Rechtsgleichheit (aber auch: Rechtssicherheit) der Fundierung durch Konsens auf Kosten der gesetzlichen Grundlage zugänglich machen will.¹⁰¹

b) Kompensation auf andere Weise

Die obigen Feststellungen beantworten freilich lediglich die Frage, ob der *Konsens* die jeweiligen Funktionen des Gesetzmässigkeitsprinzips aufzufangen vermag oder nicht. Wie die gesetzliche Grundlage einer konkreten Vertragsleistung genau auszusehen hat, ist damit nicht beantwortet. So können offene Normen durchaus mithilfe anderer Verfassungsgrundsätze¹⁰² oder topischer Rechtsprechungslinien,¹⁰³ mit der verschiedentlich geforderten Angemessenheit der Gegenleistung und dem sachlichen Zusammenhang zwischen den Leistungen,¹⁰⁴ sowie durch die Ausgestaltung des Verfahrens im Einzelfall¹⁰⁵ ergänzt und gestützt werden. Ferner kann bei marktorientierten Verträgen die Bestimmung der Leistung der privaten Vertragspartnerin etwa durch den Marktmechanismus geschehen;¹⁰⁶ es ist denkbar, dass diese Preisbestimmung durch den Markt die adressatenschützenden Funktionen des Legalitätsprinzips (Schutz vor Willkür, Gleichbehandlung, Vorhersehbarkeit) ebenfalls wahrnehmen kann. Es verbleibt zu untersuchen sowie im Einzelfall konkret zu prüfen, wie beim Vorliegen einer

RICHLI, Verhandlungselemente, S. 397–398, der dafür votiert, die Verwaltung sei dahingehend zu schulen, dass sie auch in komplexen Verhandlungssituationen die Rechtsgleichheit umzusetzen vermag. Daraus kann entnommen werden, dass mit adäquatem Verwaltungshandeln in Anwendung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Rechtsgleichheit keine detaillierte gesetzliche Regelung des Verhandlungsergebnisses notwendig ist.

⁹⁹ Sinngemäss HÄNER, Einwilligung, S. 69–70.

¹⁰⁰ HÄNER, Einwilligung, S. 74.

¹⁰¹ Ferner TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 216, 218.

¹⁰² MOOR/POLTIER, S. 459: Verhältnismässigkeit und öffentliches Interesse.

¹⁰³ Siehe zum Abgaberecht MÄCHLER, Vertrag, § 12 n. 82–84.

¹⁰⁴ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 199; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 729–733; MOOR/POLTIER, S. 459; MÄCHLER, Vertrag, § 12 n. 91–94.

¹⁰⁵ Siehe dazu COTTIER, S. 206–214. Zur Funktion des Verfahrens im Detail THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 177–189, insbesondere n. 183–186.

¹⁰⁶ MÄCHLER, § 12 n. 81; TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 218–219.

nur vagen gesetzlichen Grundlage im Einzelfall die demokratischen Anliegen des Legalitätsprinzips (Vorherrschaft des Volkswillens und Gewaltenteilung), die durch den Konsens der privaten Vertragspartei gerade nicht wettgemacht werden können, durch andere Elemente wahrgenommen werden können.¹⁰⁷ Fest steht jedoch, dass diese gewichtige Rolle, die in der Schweiz dem demokratischen Anliegen zugeschrieben wird, die Ablösung von allzu strikten Erfordernissen an die gesetzliche Grundlage bedeutend erschwert.¹⁰⁸

5. Eine mögliche Vorgehensweise

Wie sind nun die oben skizzierten Überlegungen in einem konkreten Fall anzuwenden? Wie sind sie insbesondere angesichts der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechungslinien zu verschiedenen Spezialthemen einzuordnen? Die Vielschichtigkeit der Problematik der gesetzlichen Grundlage für den verwaltungsrechtlichen Vertrag ist offensichtlich; möglicherweise sind abschliessende Aussagen auf abstrakter Ebene tatsächlich ein Ding der Unmöglichkeit.¹⁰⁹ In der Analyse eines konkreten Vertragsbeispiels könnte sich folgendes Vorgehen anbieten:

1. Analyse der Rechte und Pflichten unter dem Vertrag: Wer leistet was?
 2. Existiert für die jeweiligen Pflichten eine gesetzliche Grundlage?*
- * Zu klären: Verhältnis zwischen konkreten Anforderungen der Rechtsprechung im bestimmten Sachgebiet («Rechtsprechungslinien» des Bundesgerichts, so z.B. die Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzipien des Abgaberechts) und vertraglichem Konsens. Grundsätzlich sind wohl zuerst die besonderen Anforderungen der Rechtsprechung zu prüfen. Danach ist bei (verbleibender) ungenügender gesetzlicher Fundierung die Frage nach der Kompensation durch Konsens zu klären.*
3. Bei gesetzlich ungenügend gedeckter Pflicht des Privaten: Kompensation durch Konsens möglich?

¹⁰⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 732–733, sprechen ebenfalls diese «fonction d'organisation politique» des Legalitätsprinzips an und sprechen sich dafür aus, dass verwaltungsrechtliche Verträge mit regulatorischen Inhalten zu publizieren sind. ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 203–205, skizziert einige Möglichkeiten, wie noch verbleibende Legitimationsdefizite kompensiert werden können.

¹⁰⁸ ABEGG, Bewertung, insbesondere S. 182–192, zeigt anhand einer historischen Analyse auf, weshalb die schweizerische Lehre eine strenge Handhabung des Legalitätsprinzips befürwortet, was einen Grund dafür darstellt, weshalb neuere öffentlich-private Kooperationen, u.a. in der Form von Public Private Partnerships (PPP), wenig Verbreitung genossen.

¹⁰⁹ TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 213.

4. Bei verbleibender ungenügender Kompensation: Wahrnehmung noch fehlender Funktionen des Legalitätsprinzips durch allgemeine Verfassungsprinzipien, Verfahrensrecht, Marktmechanismus?
5. Fazit
6. Überprüfung des Fazits im Gesamtkontext

Der letzte Analyseschritt drängt sich aus verschiedenen Gründen auf: Einerseits soll so der unnötigen Zersplitterung und Isolation der verschiedenen bestehenden Rechtsprechungsstränge zum Legalitätsprinzip vorgebeugt werden. Andererseits entstehen vertragliche Einigungen immer in einem Gesamtkontext; ungewöhnliche vertragliche Mittel können dazu gebraucht werden, legitime öffentliche (und private) Interessen zu verfolgen. Die Antworten auf die rein vertragliche Betrachtung werden oftmals nicht der Weisheit letzter Schluss darstellen. Werden die vertraglichen Pflichten zu stark heruntergebrochen und auf einen Einzelaspekt des Gesamtproblems reduziert, kann daraus ein Urteil resultieren, das dem Kontext nicht gerecht wird. Ein Vergleich sowohl mit Einzelaspekten (bestehende topische Rechtsprechung zu Sachthemen des Vertragsgegenstandes) als auch eine Überprüfung im Gesamtkontext soll es erlauben, die verschiedenen relevanten Interessen und Funktionen des Legalitätsprinzips in die Beurteilung einfließen zu lassen. Eine interessante Illustration einer solchen Gesamtbetrachtung bietet das Urteil 1P.360/2006 des Bundesgerichts: Das Gericht hatte sich damit auseinanderzusetzen, wie eine «Konventionalstrafe» zu behandeln sei, in die der private Grundeigentümer in einem Vertragswerk zur Erschliessung und Überbauung eines Quartiers gegenüber der Stadt Solothurn eingewilligt hatte. Der Private hatte sich gegenüber der Gemeinde verpflichtet, innert einer bestimmten Frist um eine Baubewilligung für eine Überbauung zu ersuchen und innert fünf Jahren nach erfolgter Einzonung die erste Bauetappe fertigzustellen. Im Gegenzug sicherte die Stadt Solothurn die Erschliessung der Parzellen innert Frist zu. Die Grundeigentümerin hatte eingewilligt, CHF 400 000 an die Gemeinde zu bezahlen, wenn die besagte erste Bauetappe innerhalb der gesetzten Frist nicht vollendet würde. Ging es bei diesem Betrag um eine vertragliche Einführung einer – im massgeblichen solothurnischen Recht nicht vorgesehenen (!) – *Baupflicht* des Grundeigentümers durch die Hintertür? Oder um eine *konditionale Rückerstattung* eines Teils der Erschliessungskosten, die die Gemeinde in einer ersten Phase getragen hatte? Oder um eine auf vertraglicher Grundlage eingeführte *Konventionalstrafe*? Unbestritten war, dass der entsprechende Betrag zu den durch die private Grundeigentümerin zu tragenden Erschliessungskosten dazukam und in diesem Sinne über den gesetzlich vorgesehenen Kostenanteil des Grundeigentümers hinausging. In einem interessanten *obiter dictum* äusserte sich das Bundesgericht folgendermassen dazu: «Unter besonderen Umständen kann es gehen, dass eine Gemeinde ih-

ren voraussichtlichen Anteil am Erschliessungsaufwand vor dem Hintergrund der genannten kantonalen Rechtsgrundlagen vertraglich auf den Grundeigentümer überwältzt, sofern dieser die erschlossene Parzelle nicht binnen angemessener Frist überbaut. Eine Konventionalstrafe mit einer derartigen Zielrichtung kommt etwa in Betracht, wenn es um ein bedeutendes Areal am Siedlungsrand geht, das einem einzigen Grundeigentümer gehört. Die Erschliessung bringt der Allgemeinheit diesfalls ohne anschliessende Überbauung praktisch keinen Nutzen; einzig die Liegenschaft erfährt eine entsprechende Wertsteigerung. Gleichzeitig läuft die Gemeinde Gefahr, dass wegen fehlender baulicher Nutzung durch diese Privatperson ein erheblicher Anteil der kommunalen Baulandreserve blockiert wird.»¹¹⁰ Mit anderen Worten erschien die Pflicht des privaten Grundeigentümers, einen gesetzlich nicht vorgesehenen, zusätzlichen Betrag im Umfang von 10 Prozent der gesamten Erschliessungskosten auf vertraglicher Grundlage zu übernehmen, als vertretbar angesichts der gewichtigen raumplanerischen Interessen der Gemeinde.

In Beantwortung der Eingangsfrage ist somit festzuhalten, dass sich der Konsens zur Lockerung der Gesetzesbindung durchaus eignen kann, wobei das konkrete Ausmass immer im Einzelfall zu prüfen ist. Aufgrund der multiplen Rollen des Legalitätsprinzips und der Verschiedenheit der infrage stehenden Regelungen ist nicht ersichtlich, wie auf eine gründliche Prüfung im Einzelfall verzichtet werden könnte.

C. Identifikation des verwaltungsrechtlichen Vertrags

I. Vorab zur Reihenfolge der Operationen: Bestimmung der Vertragsnatur vor Bestimmung der Rechtsnatur

Will man den verwaltungsrechtlichen Vertrag identifizieren, so ist er abzugrenzen von der Verfügung einerseits und vom privatrechtlichen Vertrag andererseits. Von der Verfügung unterscheidet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag etwas vereinfacht durch die Zweiseitigkeit,¹¹¹ vom privatrechtlichen Vertrag durch die Rechtsnatur, d.h. die Zuweisung zum öffentlichen Recht.¹¹²

Dabei stellt es sich in methodischer Hinsicht als wesentlich heraus, dass zuerst die Frage gestellt wird, ob es sich beim betreffenden Rechtsakt um einen ein- oder einen zweiseitigen handelt. Erst nachdem die zweiseitige Natur des

¹¹⁰ Bundesgericht 1P.360/2006 vom 15. Januar 2007 E. 5.3.

¹¹¹ Zur Schwierigkeit, das genaue Element zu identifizieren, das die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem Vertrag und (mitwirkungsbedürftiger) Verfügung erlaubt, siehe sogleich *infra* S. 32 ff.

¹¹² MOOR/POLTIER, S. 420–421.

Akts festgestellt wurde, gilt es zu bestimmen, ob es sich um einen Vertrag des öffentlichen Rechts oder einen des Privatrechts handelt.¹¹³ Werden beide Abgrenzungskriterien gleichzeitig angewendet, indem das hoheitliche Verfügungshandeln und der privatrechtliche Vertrag einander gegenübergestellt werden, fällt der verwaltungsrechtliche Vertrag typischerweise zwischen Stuhl und Bank, weil entweder zweiseitiges, folglich privatrechtliches, oder einseitiges, folglich öffentlich-rechtliches Handeln resultiert.¹¹⁴

II. Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags von der (mitwirkungsbedürftigen) Verfügung

1. Eine Skizze der Problematik

Es wäre aus theoretischer Sicht sehr zufriedenstellend, wenn eine lückenlose Einordnung des verwaltungsrechtlichen Vertrags in das dogmatische Gebäude des Verwaltungsrechts erfolgen könnte. Die Abgrenzung zwischen Vertrag und Verfügung – letztere definiert als Einzelfallanordnung einer Behörde, die sich auf öffentliches Recht stützt und einseitig und verbindlich ein Rechtsverhältnis regelt¹¹⁵ – gestaltet sich jedoch mühselig.¹¹⁶ Folgende Gründe können dafür aufgeführt werden: *Erstens* verunmöglicht die Tatsache, dass die Verfügung lange Zeit als Surrogat des Vertrags dienen musste, eine lupenreine Abgrenzung.¹¹⁷ Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Rechts werden regelmässig mit (mitwirkungsbedürftigen¹¹⁸) Verfügungen begründet, und dies, obwohl es sich dabei um die idealtypische Vertragssituation handelt: Ein Rechtsverhältnis, in dem der Staat auf die langfristige Bindung des Privaten angewiesen ist und bei welchem kein einseitiger Zwang die Arbeitsleistung auf Kosten der Zustimmung

¹¹³ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 9–11; NGUYEN, S. 9–12; RHINOW, Vertrag, S. 61. Etwas entspannter diesbezüglich MOOR/POLTIER, S. 422–423, die zwar unterstreichen, dass beide Fragen – jene nach der Ein- oder Zweiseitigkeit einerseits und jene nach der Rechtsnatur andererseits – getrennt untersucht werden müssen, es bei der Reihenfolge letztlich nicht darauf ankommt, was zuerst behandelt wird.

¹¹⁴ RHINOW, Vertrag, S. 61–63. Ein Beispiel aus der älteren Rechtsprechung, wo in dieser Art vorgegangen wurde und auf das sich RHINOW am angegebenen Ort bezieht, ist BGE 109 Ib 146 (*Schweizerische Nationalbank*).

¹¹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 n. 1. HAFNER, Verfügung als Risiko, S. 259–260, zerlegt den Verfügungsbegriff in die Elemente Hoheitlichkeit, Einseitigkeit, Individualität, Konkretheit, Abstützung auf öffentliches Recht, Ausrichtung auf Rechtswirkungen, Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit.

¹¹⁶ HAFNER, Verfügung als Risiko, S. 263.

¹¹⁷ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 30.

¹¹⁸ Die Begrifflichkeit variiert; gleiche Begriffsverwendung bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 892–894; bei BICKEL, § 2 n. 21, ist hingegen von «zustimmungsbedürftiger» Verfügung die Rede.

der betroffenen Person einzuholen vermag.¹¹⁹ Dennoch ist die Frage zumindest hinsichtlich des Rechtsschutzes von Relevanz.¹²⁰ Zumindest dann, wenn auf eine Verfügung erkannt werden kann, führt dies zu einer Klärung der Situation in Sachen Rechtsschutz,¹²¹ für den betroffenen Privaten, aber auch für Dritte, die vom Vertragsschluss tangiert sein könnten.¹²²

Zweitens ist mit der Zuordnung einer Erscheinung zum Vertrag noch nicht abschliessend bestimmt, welche Regeln zur Anwendung kommen. Und damit gelangt man zu einem weiteren, m.E. grundsätzlichen Problem: Die Zuordnung zu einer Handlungsform kann geschehen anhand präziser, dogmatisch reiner Kriterien, oder sie kann geschehen anhand der *Wirkungen*, die mit der Zuordnung einhergehen sollen.¹²³ Letzterer Zugang geht typischerweise von einem (Schutz-)Bedürfnis aus, dem mit der Zuordnung gewisser Rechtsfolgen begegnet werden soll.¹²⁴ Der erste Zugang, d.h. die Zuordnung anhand dogmatisch reiner Kriterien, funktioniert schlecht, weil die mitwirkungsbedürftige Verfügung gewissermassen das Terrain verstellt: Sie wurde dazu erschaffen, eigentliche Vertragssituationen in Verfügungsform abzubilden. Der zweite Zugang, d.h. die Zuordnung anhand der gewünschten Rechtswirkungen, funktioniert deswegen nur begrenzt, weil eine Zirkularität vorliegt: Um zu wissen, welche Regeln auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag zur Anwendung kommen sollen, müsste man wissen, worin dieser sich von der Verfügung unterscheidet. Und um zu wissen, nach welchen Kriterien man einen Rechtsakt im Einzelfall der «Verfügung» oder dem «Vertrag» zuteilen soll, wäre Klarheit hinsichtlich der dogmatischen Konsequenzen vonnöten. Da diese dogmatischen Konsequenzen

¹¹⁹ Zur Schwierigkeit der Qualifikation im Zusammenhang mit öffentlichen Dienstverhältnissen HAFNER, Verfügung als Risiko, S. 263.

¹²⁰ BICKEL, § 2 n. 21; ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 18–19. Für eine Zusammenstellung von Themen, für die sich die Abgrenzung zwischen Vertrag und Verfügung als relevant erweist: ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 22–23.

¹²¹ Das Gegenteil kann aber beim Vorliegen eines Vertrags nicht behauptet werden; obwohl hier das Klageverfahren die passende Möglichkeit wäre, ist es in der Praxis nicht immer ganz so eindeutig; siehe dazu HAFNER, Verfügung als Risiko, S. 264–265. Siehe dazu ferner die kurze Übersicht *infra* S. 229 ff.

¹²² ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 20.

¹²³ Zur Zuordnung anhand der Wirkungen MOOR/POLTIER, S. 177–178; ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 196; RHINOW, Verfügung, S. 313–314. Dasselbe geschieht bei der Zuweisung der Rechtsnatur, siehe dazu ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 194–195. Siehe dazu auch *infra* S. 38 ff. Kritisch zu dieser Art von Vorgehen GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 40.

¹²⁴ Zu den verschiedenen Arten, in denen die Verfügung bemüht wird, insbesondere, um Rechtsschutz zu erzielen, siehe ZUFFEREY, insb. S. 646–647; ferner auch RICHLI, Rechtsschutz, S. 1428–1430.

sich noch weitgehend zu festigen haben, befindet man sich in einer Pattsituation. Um zu verhindern, dass der betroffene Private in seinen Rechten beschnitten wird, optiert man für die Verfügung, deren Einbettung im öffentlichen Recht und insbesondere deren verfahrensrechtliche Behandlung weitaus klarer ausfallen, als dies für den verwaltungsrechtlichen Vertrag der Fall ist.¹²⁵ Das Risiko eines Rechtsschutzdefizits zuungunsten des Privaten fällt damit kleiner aus.

2. *Ein Votum*

Die vorliegende Untersuchung geht davon aus, dass sich Vertrag und Verfügung an zwei entgegengesetzten Enden desselben Spektrums aufhalten. Je nach Art des Vertrags und gesetzlichem Kontext kann sich dieser näher an der Verfügung befinden oder aber weit weg.¹²⁶ Wo die Behörde zur Vertragsform greift, um sich die Funktionen und die Vorteile des Vertrags zu eigen zu machen, soll aber für den privaten Vertragspartner im Grundsatz Vertrauensschutz im Umfang des Vertrags die Konsequenz sein.¹²⁷ Wie zu zeigen sein wird, kann damit auch Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses folgen.¹²⁸

a) *Kombination zweier Kriterien: wechselseitige Rechte und Pflichten sowie Intention der Parteien*

Entsprechend diesem Postulat wird vorliegend die Meinung vertreten, das Merkmal des verwaltungsrechtlichen Vertrags liege in zwei miteinander verwandten Elementen: einerseits den *wechselseitigen Rechten und Pflichten* resp. Rechtswirkungen,¹²⁹ andererseits der *Intention* der Parteien, ihre Rechte und Pflichten *voneinander abhängig zu machen*.¹³⁰ Kann in einer konkreten Situation diese

¹²⁵ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 40. Zur ähnlich gelagerten Frage, wie die Willensäußerung der Behörde zum Vertragsschluss zu qualifizieren ist, siehe THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 101. Siehe ferner zur Frage, ob die Behörde auch mit Verfügung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag einwirken können soll oder nur mittels vertraglicher Willensäußerung, *infra* S. 230 ff.

¹²⁶ So auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 615.

¹²⁷ Siehe dazu *infra* S. 140 ff.

¹²⁸ Damit wird nicht gesagt, beim Verfügungsadressaten entstände kein privates Vertrauensschutzinteresse. Vielmehr befindet sich der Ausgangspunkt der Analyse jeweils an unterschiedlichen Enden des Spektrums.

¹²⁹ KLEIN, S. 16; RHINOW, Verfügung, S. 297.

¹³⁰ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 91: «*übereinstimmender Wille, wechselseitige Rechte und Pflichten zu begründen*» (Hervorhebung im Original); ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 24–25; KLEIN, S. 15; NGUYEN, S. 10–12; GIACOMINI, n. 63–64. RHINOW, Verfügung, S. 307, identifiziert zusätzlich den «Zustimmungsbedarf zum Inhalt der Regelung»; siehe dazu sogleich *infra*.

Intention im Sinne eines Indizes bejaht werden, so ist von einem verwaltungsrechtlichen Vertrag auszugehen.¹³¹

Ob in einem restriktiveren Ansatz davon ausgegangen werden soll, dass nur dort auf einen verwaltungsrechtlichen Vertrag erkannt werden soll, wo die Entstehung der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Pflichten des Privaten dessen Zustimmung bedarf,¹³² erscheint letztlich als rechtspolitische Frage. Wird diese eher restriktive Position eingenommen, verbleibt dem Vertrag ein reduzierter Anwendungsbereich auf diejenigen Fälle, in denen die Behörde keine verpflichtende Verfügung erlassen kann. Verträge, deren Inhalt gesetzlich durchnormiert ist und die lediglich aufgrund der besseren Akzeptanz anstelle der Verfügung gewählt werden, so im Sozial- oder im Schulbereich,¹³³ fallen damit weg. Verzichtet man auf dieses zusätzliche Kriterium, nimmt die Intention der Parteien, der gegenseitige Bindungswille, eine zentrale Rolle in der Bestimmung der Vertragsnatur ein; auch Abmachungen, die aufgrund der psychologischen Wirkung in Vertragsform gegossen werden, die aber durchaus auch zum Inhalt einer Verfügung gemacht werden könnten, gelten dann als verwaltungsrechtliche Verträge. Soll sich das Verwaltungsrecht längerfristig von der einseitigen Fixierung auf die Verfügung lösen können, erscheint es angebracht, von einem breiten Vertragsverständnis auszugehen, da nur so die entsprechenden dogmatischen Entwicklungen stattfinden können.¹³⁴

¹³¹ Davon scheint das Bundesgericht im Urteil 2C_132/2017 vom 16. Oktober 2018 E. 4–5, zumindest implizit auch auszugehen, indem es das Vorliegen eines Vertrags deshalb verneint, weil keine wechselseitigen Pflichten bzw. keine kausale Verbindung zwischen den Leistungen festzustellen sind. In ihren Sichtweisen bestehen zwischen den soeben *supra* zitierten Autoren durchaus Nuancen. So spricht sich ABEGG, *Verwaltungsvertrag*, S. 33–34, mit Verweis auf die Schenkung als einseitigen Vertrag des OR explizit dagegen aus, «gegenseitige Rechte und Pflichten» zum Kriterium zu erheben. Dagegen ist er durchaus gewillt (S. 40), im Zweifelsfall auf die «Kooperationsbedürftigkeit» der Parteien abzustellen, die gegeben ist, wenn «für ein konkretes Projekt die politisch-staatliche Sphäre auf der einen Seite und die selbstorganisierte Sphäre des Privaten auf der anderen Seite auf eine rechtlich stabilisierte Kooperation angewiesen sind». Sein Widerstand scheint sich primär auf Tendenzen zu beziehen, die den verwaltungsrechtlichen Vertrag allzu eng an der liberalen Definition des synallagmatischen Vertrags des Privatrechts anbinden wollen.

¹³² RHINOW, *Verfügung*, S. 307.

¹³³ ABEGG, *Verwaltungsvertrag*, S. 28, gibt verschiedene Beispiele: Integrationsverträge im Ausländerrecht, Eingliederungsverträge der Sozialhilfe oder Schülerverträge.

¹³⁴ Bei der Frage, wie viel Raum dem verwaltungsrechtlichen Vertrag trotz ungesicherter Dogmatik gegeben werden soll, handelt es sich um eine Spielart der bereits *supra* behandelten Thematik der Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags als Handlungsförm, wo gewisse unten zitierte Lehrmeinungen bereits erwähnt wurden. In demselben Sinne für ein breites Terrain zugunsten des Vertrags wohl auch THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, n. 91; ABEGG, *Verwaltungsvertrag*, S. 28–30; anderer Meinung und daher

b) *Nicht relevante Kriterien*

Für die Identifikation des verwaltungsrechtlichen Vertrags nicht relevant sind andere Kriterien wie Verhandlungen,¹³⁵ inhaltlicher Spielraum,¹³⁶ das Vorliegen effektiver Vertragsfreiheit,¹³⁷ die Einflussnahme des Privaten auf den Vertragsinhalt oder die Gleichstellung der Parteien.¹³⁸ Obwohl diese Elemente durchaus *Indizien* für die oben diskutierte gegenseitige Anbindung von Rechten und Pflichten darstellen können, so sind sie nicht konstitutiv. Insbesondere die Unterscheidung, wonach die Zustimmung des Privaten beim Vertrag für die *Entstehung*, bei der zustimmungsbedürftigen Verfügung aber lediglich für die *Gültigkeit* des Rechtsakts erforderlich sein soll, vermag in der hier vertretenen Ansicht nicht zu überzeugen.¹³⁹ Mit der Weiterentwicklung des vertraglichen Rechtsschutzes im Verwaltungsrecht sowie der besseren dogmatischen Fundierung des verwaltungsrechtlichen Vertrags ist zu hoffen, dass sich die Figur der mit- resp. zustimmungsbedürftigen Verfügung zugunsten des echten Vertragshandelns auflösen kann. Das Nebeneinander von zustimmungsbedürftiger Verfügung und verwaltungsrechtlichem Vertrag kann heute nebst historischen Gründen wohl alleine aus dem (zwar durchaus gewichtigen!) praktischen Grund gerechtfertigt werden, dass Dogmatik und Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Verfügung bedeutend besser ausgebaut sind als beim Vertrag. Eine eigenständige dogmatische *raison d'être* der zustimmungsbedürftigen Verfügung nebst dem «gewöhnlichen» Verfügungstypus und dem Vertrag ist schwer zu erkennen.

im Zweifelsfall für die Verfügung votierend GUTH, S. 36–37; MÄCHLER, Vertrag, § 12 n. 19, 21. Dasselbe lese ich auch aus GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 78, heraus; dieser Autor geht bei geringem oder fehlendem inhaltlichem Gestaltungsspielraum von einer Verfügung aus, auch wenn die Parteien das Rechtsverhältnis als Vertrag bezeichnen.

¹³⁵ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 33–34.

¹³⁶ So aber Verwaltungsgericht Zürich PB.2005.00018 vom 12. August 2005 E. 6.1, auch zitiert bei WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2769.

¹³⁷ Verschiedenste Autorinnen und Autoren thematisieren jedoch die Feststellung, dass der inhaltliche Spielraum resp. die Freiheit der betroffenen Privatpartei im Kontext des verwaltungsrechtlichen Vertrags oftmals durch das massgebliche öffentliche Recht und die Verwaltung selbst vorstrukturiert wird und somit nicht mit der Vertragsfreiheit des liberalen privatrechtlichen Ideals übereinstimmt. Siehe dazu EPINEY, BSK BV, Art. 5 n. 47; ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 181–185; HÄNER, Einwilligung, S. 67–68.

¹³⁸ Statt vieler KLEIN, S. 15–16.

¹³⁹ BICKEL, § 2 n. 21; KLEIN, S. 15. Konkret geht es in sehr vielen Fällen darum, einen bestehenden Akt, ein bestehendes Dokument im Nachhinein einer der beiden Kategorien zuzuordnen; in dieser Hinsicht hilft das theoretische Merkmal des Zustimmungs- resp. Gültigkeitserfordernisses bei der Lösungsfindung nicht weiter.

D. Bestimmung der Rechtsnatur

I. Eine Skizze der Problematik

Geht es um die Lösung eines Rechtsproblems, steht die Zuordnung des zu untersuchenden Sachverhalts zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht am Anfang¹⁴⁰ einer Kette verschiedener gedanklicher Operationen. Auch wenn die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags in verschiedensten Fragen ungeklärt ist – es wurde soeben festgestellt, die Konsequenzen der Zuordnung zur Verfügung oder zum Vertrag seien nicht immer klar –,¹⁴¹ so zeitigt die Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht gemeinhin in folgenden Aspekten Konsequenzen: Nebst den offensichtlichsten Rechtsfolgen der Zuständigkeit zur Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten und des anwendbaren Verfahrensrechts werden gewisse materiellrechtliche Themata unterschiedlich behandelt, so etwa die Auslegung, das Erfordernis der Gesetzesbindung oder die Anwendung des Obligationenrechts.¹⁴² Indem sie alleine den verwaltungsrechtlichen Vertrag für die Untersuchung staatlicher vertraglicher Privilegien zum Gegenstand nimmt, beruht die vorliegende Arbeit auf der These, dass die Frage nach Begründung, Umfang und Rechtsfolgen vertragsdogmatischer Privilegien gerade aus der Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht folgt.¹⁴³

Gleichzeitig stehen sich öffentliches Recht und Privatrecht aber nicht als zwei abgetrennte Blöcke gegenüber, deren Regeln in Ziel und Wirkung auseinanderdriften:¹⁴⁴ In gewissen Fragen zeigt sich auch eine *konvergente* Entwick-

¹⁴⁰ Oder beim Vertrag genauer: an zweiter Stelle, siehe dazu *supra* S. 31 f.

¹⁴¹ Siehe dazu soeben *supra* S. 32 ff.

¹⁴² Für eine anschauliche Übersicht siehe ABEGG, *Verwaltungsvertrag*, S. 58–64. Ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 218. Vgl. zur Auslegung insbesondere den Hinweis von ABEGG, *Verwaltungsvertrag*, S. 56, wonach die nach herkömmlicher Auffassung postulierten Unterschiede in der Auslegung privatrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Verträge zu einer gewissen Zirkularität führen: Für die Bestimmung der Rechtsnatur ist mittels Auslegung der Vertragsgegenstand zu ermitteln, diese Auslegung der Willenserklärungen muss jedoch, da in Privatrecht und Verwaltungsrecht unterschiedlich, auf einer antizipierten Einordnung des Rechtsverhältnisses ins Privatrecht oder öffentliche Recht basieren.

¹⁴³ Was aber nicht *per se* bedeutet, dass «die dominierende hoheitliche Stellung der Behörde [...] von der öffentlichrechtlichen Natur des Vertragsgegenstandes unzertrennlich [ist]», wie dies GIACOMETTI, S. 443, postulierte. Vielmehr ist innerhalb des öffentlichen Rechts und für den jeweiligen Einzelfall nach dem konkreten Grund für das behauptete staatliche Privileg zu suchen, um basierend darauf die Lösung des öffentlichen Vertragsproblems vorzunehmen.

¹⁴⁴ Es wird auch verschiedentlich und zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Sichtweise wenig hilfreich ist; MOOR, S. 644–647; NGUYEN, S. 12.

lung der beiden Rechtsgebiete,¹⁴⁵ etwa bei der Grundrechtsbindung oder der (analogen) Anwendung von Regeln des Obligationenrechts im Vertrag. In derselben Weise kann die zunehmende regulatorische Erfassung einzelner Sachverhalte oder Lebensbereiche aus multiplen Blickwinkeln dazu führen, dass sich ein konkretes Rechtsproblem nicht in Isolation unter Berufung auf die Regeln lediglich eines Rechtsgebiets lösen lässt.¹⁴⁶

Dabei weist die Bestimmung der Rechtsnatur, gleich wie dies für die Abgrenzung zwischen Vertrag und Verfügung bereits festgestellt wurde,¹⁴⁷ in der Tat eine nicht zu verleugnende *Zirkularität* auf: Indem einerseits darauf abgestellt wird, was vorhanden ist, andererseits aber die (gegebenenfalls zur Anwendung kommenden) Normen des öffentlichen Rechts oder Privatrechts auf ihre Eignung zur Erfassung des strittigen Sachverhalts geprüft werden, kann öffentliches Recht zur Anwendung kommen, *weil die Rechtsfolgen der entsprechenden Normen des öffentlichen Rechts als passend erscheinen*. Die Bestimmung der Rechtsnatur soll dazu dienen, den auf ein Verhältnis in Bezug auf eine konkrete Frage *am besten geeigneten* Regelkomplex zu bestimmen.¹⁴⁸ Dies bedingt den Einbezug der Rechtsfolgen der Zuordnung für die Entscheidung über die Zuordnung selbst.¹⁴⁹ Das Bundesgericht weist denn auch offen darauf hin, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, je nach den Regelungsbedürfnissen und insbesondere den Rechtsfolgen, die im Einzelfall infrage stehen.¹⁵⁰

¹⁴⁵ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 63–64; dazu auch MOOR, S. 642.

¹⁴⁶ Siehe dazu etwa BGE 138 V 366 E. 6 S. 372, wo das Bundesgericht festhält, dass die weitergehende berufliche Vorsorge insofern eine «hybride Rechtsnatur» aufweist, «als sie grundsätzlich privatrechtlich geregelt ist, indes auch sozialversicherungsrechtlichen (das heisst öffentlich-rechtlichen) Prinzipien untersteht».

¹⁴⁷ Siehe dazu *supra* S. 32 ff.

¹⁴⁸ Bundesgericht 2A.249/2002 vom 7. November 2002 E. 2.1: «[...] welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird».

¹⁴⁹ BGE 138 II 134 E. 4.1 S. 138; BGE 120 II 412 E. 1b) S. 414. Siehe dazu auch ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 56, 194–195. MOOR, S. 647, spricht sich dafür aus, dass diese Wandelbarkeit und der damit verbundene Pluralismus der Zuteilungskriterien nicht als Schwäche, sondern als Normalität zu betrachten sei.

¹⁵⁰ BGE 138 II 134 E. 4.1 S. 138: «*Il faut en effet garder à l'esprit que la délimitation entre droit privé et droit public répond à des fonctions totalement différentes suivant les nécessités de la réglementation en cause et, notamment, selon les conséquences juridiques pouvant en découler dans chaque affaire; ces exigences ne peuvent pas être théoriquement réunies en un seul critère distinctif qui ferait définitivement autorité, mais requièrent au contraire une approche modulée et pragmatique.*»

II. Allgemeine Zuordnungskriterien

In Rechtsprechung und Lehre werden verschiedene Kriterien propagiert, um die Zuordnung *einer Rechtsnorm* zum öffentlichen oder privaten Recht vorzunehmen. Gemäss der *Subordinationstheorie*, auch Subjektions- oder Mehrwerttheorie genannt, kommt öffentliches Recht dann zur Anwendung, wenn zwischen Staat und Privaten ein Machtgefälle besteht, mithin der Staat dem Privaten hoheitlich gegenübertritt. Demgegenüber soll bei gleichgeordneten Rechtssubjekten Privatrecht zur Anwendung kommen.¹⁵¹ Die *Interessentheorie* will nach den durch die entsprechenden Rechtsnormen verfolgten Interessen unterscheiden: Soll vorwiegend oder ausschliesslich die Verwirklichung öffentlicher Interessen erreicht werden, gilt öffentliches Recht, ansonsten Privatrecht.¹⁵² Ähnlich geht die *Funktionstheorie* vor: Dem öffentlichen Recht sind Rechtsnormen dann zuzuordnen, wenn sie die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe oder Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit regeln.¹⁵³ Daneben bestehen verschiedene weitere Theorien. So stellt etwa die *modale Theorie* auf die Art der Sanktion einer Regelung ab. Privatrechtliche Sanktionen machen eine Norm zur privatrechtlichen, öffentlich-rechtliche (darunter auch strafrechtliche) ordnen eine Norm dem öffentlichen Recht zu.¹⁵⁴ Je nach beigezogenem Kriterium erscheint eine Norm oder ein Rechtsverhältnis eher als dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zugehörig.

Nicht relevant sind die Fundstelle einer Norm, die Rechtsnatur einer an einem Verhältnis beteiligten Personen oder gar die zwingende oder dispositive Natur einer Bestimmung.¹⁵⁵

¹⁵¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 223.

¹⁵² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 225–226. Die Schwierigkeit der Interessentheorie verstärkt sich mit zunehmender Regulierung und der zunehmenden Komplexität des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft. Exemplarisch dafür ist BGE 138 II 134 E. 4.2 S. 138–140, wo sich das Bundesgericht in einer Streitsache zwischen Cremo SA und der Interkantonalen Zertifizierungsstelle über den angedrohten Entzug der Zertifizierung zur Produktion von Käse unter der geschützten Ursprungsbezeichnung «Gruyère» damit auseinandersetzen hatte, ob die *Kontrolltätigkeit zum Schutz von geschützten Ursprungsbezeichnungen (GUB) und geografischen Angaben (GGA)* dem öffentlichen oder dem privaten Interesse diene. Die umfangreichen Ausführungen zeigen, dass sich gewisse Anliegen nicht klar einem einzigen (öffentlichen oder privaten) Interesse zuordnen lassen.

¹⁵³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 229–230.

¹⁵⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 231–234. Abzulehnen ist die Rechtsformentheorie, nach welcher sich Verfügung und Vertrag als gegenseitig ausschliessliche Erscheinungen begegnen: Damit erscheint vertragliches Handeln der Behörde im Gegensatz zum Verfügungshandeln als privatrechtlich. Siehe dazu WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 4, 99.

¹⁵⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 220–222; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 4.

III. Gegenstand und Kriterien der Zuordnung beim verwaltungsrechtlichen Vertrag

1. Vertragsgegenstand

Wo es bei der Zuordnung der Rechtsnatur einer *Gesetzesnorm* nachvollziehbar ist, dass jeweils die einzelne Bestimmung auf ihre Eigenschaften zu überprüfen ist,¹⁵⁶ so muss es für den Vertrag darum gehen, *ausgehend von seinem Regelungsgegenstand*¹⁵⁷ zu entscheiden, ob er vom öffentlichen Recht oder vom Privatrecht adäquater erfasst wird. Zuerst hat die Auslegung des Vertrags zu erfolgen, um zu identifizieren, was die Parteien genau mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zu regeln beabsichtigten (Vertragsgegenstand).¹⁵⁸ Hat man den Vertragsgegenstand eruiert, ist dieser danach dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuzuteilen. Für diesen zweiten Schritt der Bestimmung der Rechtsnatur ist der subjektive Parteiwille nicht massgeblich.¹⁵⁹

2. Kriterien

Für die Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrags werden gemeinhin dieselben Kriterien beigezogen wie für Rechtsnormen. Es scheint aber weitgehend Einigkeit darüber zu bestehen, dass für die Zuordnung eines Vertrags das Kriterium der Subordination ungeeignet ist, weil es dem Wesen des Konsenses widerspricht.¹⁶⁰ Hält man am Konstrukt des Vertrags selbst fest und mithin an der Entstehung durch übereinstimmende Willenserklärungen, so ist die hergebrachte

¹⁵⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 220; MOOR, S. 647.

¹⁵⁷ BGE 134 II 297 E. 2.2 S. 301; ferner BGE 105 Ia 207 E. 2a) S. 209; BGE 103 Ia 505 E. 2a) S. 509. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1294; MOOR, S. 648 («*but [...] [d']exécution d'une tâche proprement et directement publique*»); wobei hier die Frage, was den verwaltungsrechtlichen Vertrag ausmacht, auf dessen eigentliche Definition verweist. Siehe zur Definition *supra* S. 21.

¹⁵⁸ Siehe zur Auslegung *infra* S. 143 ff.

¹⁵⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 225, mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

¹⁶⁰ BGE 132 I 140 E. 3.2.3 S. 148 (allerdings in Bezug auf einen koordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen zwei Gemeinwesen). HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1293; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 13, 244. In diesem Sinne auch RHINOW, Vertrag, S. 62–63, der darauf hinweist, dass öffentliches Recht nicht mit Zwang und Einseitigkeit gleichzusetzen ist. In gewissen älteren, von der Lehre kritisierten Urteilen wurde noch auf das Subordinationskriterium abgestellt. Zu Unrecht wurde festgehalten, bei einseitig vorgegebenem Vertragsinhalt liege ein Subordinationsverhältnis vor und damit öffentliches Recht, so u.a. Bundesgericht vom 27. September 1996, in: ZBl 1997 E. 1b S. 410; BGE 109 Ib 146 E. 3 S. 152–154; massgeblich gemäss Subordinationskriterium ist aber nicht die konkrete Verhandlungsmarge, die auch bei Adhäsionsverträgen des Privatrechts fehlt, sondern die Möglichkeit der Anwendung von Zwang bei fehlender Zustimmung des Privaten.

Subordinationstheorie beiseite zu lassen. Vielmehr soll am ehesten auf das Interessens- bzw. vermehrt auf das Funktionskriterium abgestellt werden.¹⁶¹

ABEGG postuliert eine alternative Kriterienkombination («modifizierte Abgrenzungstheorie») für den Vertrag: Dabei soll die Funktionstheorie, bei ihm in leicht abgewandelter Form «projektbezogene funktionale Methode» genannt, dasjenige Recht zur Anwendung bringen, das zur Stabilisierung des gemeinsamen Rechtsverhältnisses von Staat und Privatperson besser geeignet ist. Privatrecht ist damit zu bevorzugen, wenn sich der Staat Marktmechanismen (die «Mittel der selbstorganisierten Gesellschaft»¹⁶²) zu eigen macht, öffentliches Recht dann, wenn in das Vertragsverhältnis Pflichten einfließen, die über eine reine Marktlogik hinausgehen.¹⁶³ In dieser Abgrenzungstheorie ergänzt das *Subordinationskriterium* das Funktionskriterium dann, wenn die im Verhältnis der beiden Parteien vorhandene Möglichkeit staatlicher Machtausübung nicht den gesellschaftlichen Mechanismen, allen voran denjenigen des Markts, zuzuschreiben ist, sondern der rechtlich gewollten Sonderstellung des Staats.¹⁶⁴ Als Beispiel dafür gilt etwa die Verhandlung über einen Enteignungsvertrag, wo der staatliche Partner beim Scheitern der Gespräche die Enteignung einseitig verfügen kann. Die Subordination geht nicht derart weit, dass der Private regelrecht gezwungen werden könnte, den Vertrag abzuschliessen.¹⁶⁵ Das Subordinationskriterium in dieser Form soll so, im Sinne eines «Legitimations-Rechts», zur Legitimation und damit auch indirekt zur Beschränkung der Ausübung staatlicher Macht beitragen.¹⁶⁶

¹⁶¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1294; im Zusammenhang mit der Entwicklung der Rechtsprechung: THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 88; NGUYEN, S. 17–19. Bei WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 247–251, werden Gründe genannt, weshalb die Funktions- und Interessentheorie, ohne Vereinzelung, untauglich sein sollen.

¹⁶² ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 75.

¹⁶³ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 75–79. Als Beispiel für Letzteres nennt der Autor den Vertrag über den Betrieb von Asyl- und Durchgangszentren, weil der Staat Fürsorgepflichten gegenüber den Asylbewerbern hat, die in einer reinen Marktlogik vom verantwortlichen Unternehmen hinter den unternehmerischen Eigeninteressen zu kurz kommen könnten.

¹⁶⁴ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 81.

¹⁶⁵ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 81.

¹⁶⁶ ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 82. ABEGG, Vertragsfreiheit, S. 399–402, 409–410, steht vor diesem Hintergrund der Grundrechtsbindung des Staats bei *allem* Handeln skeptisch gegenüber: Bei privatrechtlichem Handeln solle das Vertragsverhältnis den dem Privatrecht eigenen Disziplinierungsmechanismen unterworfen werden, wie dies etwa mit der Kontrahierungspflicht der Post in BGE 129 III 35 bewerkstelligt wurde.

3. Vorläufiges Fazit

Bei genauem Hinsehen besticht keines der vorhandenen Kriterien durch ausserordentliche Schärfe. Das Funktionskriterium vermag sowohl in seiner ursprünglichen wie auch in der von ABEGG modifizierten Form für die Zuordnung des Vertrags am meisten zu bieten.¹⁶⁷ Allerdings verweist es auf den Begriff der staatlichen oder öffentlichen Aufgabe resp. der Verwaltungsaufgabe und dürfte damit nicht alle relevanten Sachverhalte erfassen.¹⁶⁸ Die modifizierte Subordinationstheorie von ABEGG als Zusatz zum Funktionskriterium verfügt insofern über einen Mehrwert, als sie diejenigen Fälle als öffentlich-rechtlich erfasst, die nicht unmittelbar Teil der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bilden, aber wo die Nähe zur einseitigen staatlichen Anordnung es als sinnvoll erscheinen lässt, auch einen in diesem Kontext abgeschlossenen Vertrag dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

An dieser Stelle muss es letztlich darum gehen, die nicht ein für alle Male vollständig logisch auftrennbare Zweiteilung der Rechtsordnung als Faktum zu akzeptieren¹⁶⁹ und deren weitere theoretische Untersuchung anderen zu überlassen. Dies im Wissen darum, dass die Anwendung von Sonderregeln in gewissen Randbereichen des verwaltungsrechtlichen Vertrags auf wackeligen Beinen, nämlich der pragmatischen Zuordnung aufgrund des Methodenpluralismus, fus- sen kann.¹⁷⁰

¹⁶⁷ So wohl auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 88.

¹⁶⁸ Vgl. die Definition des verwaltungsrechtlichen Vertrags *supra* S. 21. Gewisse Äusserungen des Bundesgerichts und der Lehre umgehen dieses Problem elegant, indem sie sich für die Zuweisung der Rechtsnatur auf die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe wie auch auf den vom öffentlichen Recht geregelten Vertragsgegenstand beziehen; siehe dazu BGE 134 II 297 E. 2.2 S. 301; dasselbe bei WALDMANN, Einführung Vertrag, S. 7.

¹⁶⁹ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 77, spricht von einer «nicht restlos überzeugenden theoretischen Grundlegung». MOOR, S. 647, hingegen findet pointiert: «*La diversité des critères n'est pas une situation qui serait logiquement insatisfaisante. Bien au contraire: elle est normale*» (Hervorhebung im Original).

¹⁷⁰ Gewissermassen vom «anderen Ende» her betrachtet ist die Aussage von ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 63–64, zu verstehen, der sich mit den Rechtsfolgen der Zuordnung zum öffentlichen Recht auseinandersetzt und in Bezug auf die analoge Anwendung von Regeln des OR auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag fragt, wie privatrechtliche und verwaltungsrechtliche Verträge sich denn noch voneinander unterscheiden. A.M. zu der von ABEGG befürworteten Annäherung von privat- und öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverträgen THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 89.

E. Klassifizierung verwaltungsrechtlicher Verträge

I. Zweck einer Klassifizierung und Status quo

Eine Klassifizierung stellt keinen Selbstzweck dar; sie dient dazu, rechtliche Unterschiede zum Vorschein zu bringen und zu benennen. Sie ergibt daher nur Sinn, wenn auf die erstellten Kategorien auch unterschiedliche Regeln zur Anwendung kommen.¹⁷¹ Diese Arbeit geht von der Feststellung aus, dass vieles in der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags zwischen Staat und Privaten ungeklärt ist. Entsprechend erstaunt es nicht, dass sich in der Praxis über die *Einteilung* von verwaltungsrechtlichen Verträgen *nach Vertragsparteien* hinaus noch keine feinere Klassifizierung durchsetzen konnte.¹⁷² Eine abschliessende, komplexere Kategorienbildung ist, wenn überhaupt, wohl erst zu erwarten, wenn eine entsprechende Festigung der Dogmatik stattgefunden hat.

Die bereits oben eingeführte Zweiteilung zwischen koordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Verträgen und solchen zwischen Staat und Privaten¹⁷³ bildet notwendige und selbstverständliche Voraussetzung der vorliegenden Untersuchung, die sich lediglich dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Staat und Privaten verschrieben hat. Dies lässt sich dadurch begründen, dass die Thematik des einseitigen Eingriffs gegenüber dem Privaten eine andere Dimension aufweist als gegenüber einem anderen Gemeinwesen. Gegenüber dem Privaten wird der staatliche Vertragspartner typischerweise die Rolle haben, den Vollzug konkreter gesetzlicher Pflichten sicherzustellen.

¹⁷¹ ZWAHLEN, n. 203. Derselbe Gedanke – im Zusammenhang mit der Bestimmung der Rechtsnatur – bei MOOR, S. 645–646.

¹⁷² THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 90. Für das deutsche Recht kommt BAUER, n. 131–132, zu einem ähnlichen Befund. Ein Blick zum Privatrecht offenbart etliche verschiedene Kategorisierungen, die unterschiedliche Zwecke verfolgen. Typische Einteilungskriterien sind etwa: das Verhältnis zum Gesetz (Nominat- vs. Innominatverträge), das Verhältnis zwischen den vertraglichen Leistungspflichten (einseitige, zweiseitige und, als Sonderkategorie der zweiseitigen Verträge, die synallagmatischen Vereinbarungen) sowie das Verhältnis zum Zeitablauf (Ziel- und Dauerschuldverhältnisse). Daneben sind weitere Unterscheidungen gängig, so etwa Verpflichtungs- vs. Verfügungsgeschäfte, die Unterteilung zwischen Konsumenten- und Handelsverträgen oder die Kategorisierung nach typischer Vertragsleistung, wobei auch hier unterschiedliche Kategorien gebildet werden. Siehe für das Privatrecht exemplarisch ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, BSK ORI, vor Art. 1–40f n. 22–22a, 31–37. Die meisten dieser Kategorien können für die vorliegende Untersuchung beiseite gelassen werden, da sie sich nicht ohne Weiteres ins öffentliche Recht übertragen lassen oder kaum zum Umfeld passen, in dem sich der verwaltungsrechtliche Vertrag zwischen Staat und Privaten bewegt.

¹⁷³ Siehe dazu *supra* S. 21 f.

Wo die Zweiteilung der Kategorien überzeugt, kann dies von der Terminologie nicht gesagt werden. Wie bereits erwähnt,¹⁷⁴ ist der Begriff des *subordinationsrechtlichen* Vertrags m.E. abzulehnen: Spricht man von einer Handlungsform, die sich durch den Konsens kennzeichnet, sodass Entstehung, Modalitäten und Beendigung von Pflichten und Rechten der übereinstimmenden Willenserklärung bedürfen, ist der dem hoheitlichen Handeln entnommene Begriff «subordinationsrechtlich» fehl am Platz.¹⁷⁵ Damit ist aber primär eine sprachliche, nicht zwingend eine materiell-rechtliche Aussage gemacht: Obwohl es durchaus sein kann, dass die Besonderheiten des öffentlichen Rechts und der vom Staat zu vertretenden öffentlichen Interessen materiell-rechtliche Abweichungen, selbst bedeutende, vom Vertragsrecht des Obligationenrechts notwendig machen, so soll nicht durch die Bezeichnung bereits pauschal behauptet oder *vorweggenommen* werden, dass dies der Fall ist. NGUYEN weist darauf hin, dass sich die Idee der Subordination «*fondamentalement en contradiction*» mit derjenigen des Vertrags befinde und spricht sich mit Berufung auf DICKE dafür aus, dass für diesen Vertragstyp der Begriff des *heterogenen* verwaltungsrechtlichen Vertrags zu bevorzugen sei.¹⁷⁶

Im Folgenden sollen einige in der Lehre formulierte Klassifikationsvorschläge etwas eingehender dargestellt werden.

II. Klassifizierung nach Henri ZWAHLEN

Bei ZWAHLEN folgt auf die erste Unterscheidung nach den am Vertrag beteiligten Parteien eine Dreiteilung nach dem Vertragsgegenstand: Nebst dem *Vergleichsvertrag*, der keine neuen Rechte und Pflichten begründet und als Sonderkategorie beiseite gestellt wird, unterscheidet er zwischen *contrats d'attribution* (Verträge über die Gewährung von Rechten) und *contrats de collaboration* (Zusammenarbeitsverträge).¹⁷⁷

Die *contrats d'attribution* zeichnen sich in dieser Darstellung dadurch aus, dass sie dem Privaten einen Vorteil verschaffen, ohne dass dieser eine im öffentlichen Interesse stehende Dienstleistung zu erbringen hätte. Dazu zählen:

¹⁷⁴ Siehe dazu *supra* S. 21 f.

¹⁷⁵ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 71; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 33 n. 18; NGUYEN, S. 25–26. Dies zeigt sich auch bei der Frage der Rechtsnatur, wo sich die Lehre weitgehend einig zu sein scheint, dass das Kriterium der Subordination für den Vertrag nicht passt; siehe dazu *supra* S. 40 f. Vor dem Hintergrund der trotz konsensuellem Zustandekommen bestehenden «Machtasymmetrie bezüglich des *Vertragsgegenstands*» (Hervorhebung im Original) stört sich THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 614, nicht am Begriff des subordinationsrechtlichen Vertrags.

¹⁷⁶ DICKE, S. 529; NGUYEN, S. 25–26.

¹⁷⁷ Zum Ganzen ZWAHLEN, n. 203–207.

- Regal- oder Sondernutzungskonzessionen;
- Verträge über die Benutzung einer öffentlichen Dienstleistung, sofern diese Nutzung vertraglich geregelt wird;
- Verträge, die den Privaten von der strikten Befolgung einer öffentlich-rechtlichen Vorgabe befreien, so etwa im Steuer- und Baupolizeibereich;
- der Subventionsvertrag, sofern die Subvention als Finanzhilfe ausgestaltet ist und nicht von der Erbringung einer Leistung des Privaten im öffentlichen Interesse abhängt;
- die Exportrisikogarantie.¹⁷⁸

Mit dem *contrat de collaboration* hingegen soll der Private direkt in den Vollzug einer «öffentlichen Verwaltungsaufgabe» eingebunden werden.¹⁷⁹ Im Gegensatz zu den *contrats d'attribution* verpflichtet sich der Private zu einer Leistung im öffentlichen Interesse, so bei folgenden Verträgen:

- öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge;
- Konzessionen des öffentlichen Dienstes;
- vertragliche Übertragung öffentlicher Verwaltungsaufgaben;
- die meisten Subventionsverträge;
- Verträge des öffentlichen Beschaffungswesens, sofern diese ausnahmsweise als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind;
- Pflichtlagerverträge.¹⁸⁰

Beim *contrat d'attribution* manifestiert sich das öffentliche Interesse darin, dass dem Privaten entsprechende Rechte eingeräumt werden, beim *contrat de collaboration* in den *Pflichten*, die der Private zu erfüllen hat.¹⁸¹ Der Autor gibt freilich zu, dass die Übergänge fließend sind; deswegen ist jeweils für die Klassifizierung *das charakteristische Vertragselement* zu bestimmen. Beim *contrat d'attribution* wird die wesentliche Vertragsleistung vom Staat erbracht, beim *contrat de collaboration* vom Privaten.¹⁸² Die Konsequenzen der von ZWAHLEN vorgenommenen Unterteilung zeigen sich etwa in folgenden Punkten:

- Im Gegensatz zum *contrat d'attribution* soll der *contrat de collaboration im Sinne des öffentlichen Interesses auszulegen sein*.¹⁸³
- Ferner sollen die *Abweichungen vom Privatrecht* beim *contrat de collaboration* grösser ausfallen als beim *contrat d'attribution*.¹⁸⁴ Namentlich soll sich

¹⁷⁸ ZWAHLEN, n. 205.

¹⁷⁹ ZWAHLEN, n. 205, umschreibt dies mit folgenden Worten: «[Ils] on pour objet de faire participer ou collaborer directement un administré à l'exécution d'une tâche d'administration publique.»

¹⁸⁰ ZWAHLEN, n. 205.

¹⁸¹ ZWAHLEN, n. 206.

¹⁸² ZWAHLEN, n. 206.

¹⁸³ ZWAHLEN, n. 234.

¹⁸⁴ ZWAHLEN, n. 246.

der Private bei Letzterem auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (*exceptio non adimpleti contractus*) berufen können sowie die Kündigung bei Nichterfüllung durch den staatlichen Vertragspartner aussprechen.¹⁸⁵ Beim *contrat de collaboration* sollen ihm diese Möglichkeiten verwehrt sein, «*car ici, et par définition, les obligations de l'administré touchent directement à l'intérêt public. Elles doivent donc s'exécuter coûte que coûte, et souvent sans délai.*»¹⁸⁶ Dies bedeutet auch, dass beim *contrat de collaboration* die Anwendung von Zwangsmassnahmen auch ohne explizite vertragliche Grundlage zulässig sein soll.¹⁸⁷

Die Rechtfertigung dieses Privilegs findet sich bei ZWAHLEN im öffentlichen Interesse.¹⁸⁸ Bemerkenswert ist, dass ZWAHLEN die Anwendung der französischen *théorie de la mutabilité* dennoch auf alle verwaltungsrechtlichen Verträge propagiert, womit auch reine *contrats d'attribution* bei Vorliegen veränderter Umstände durch die Verwaltung ausserordentlich im Namen des öffentlichen Interesses abgeändert oder aufgehoben werden können.¹⁸⁹

III. Klassifizierung nach Minh Son NGUYEN

Aufbauend auf der Grundlegung von ZWAHLEN gliedert NGUYEN die Kategorie des *contrat de collaboration* weiter auf in *contrats de dévolution* (Übertragungsverträge), *contrats de coopération* (Kooperationsverträge) und *contrats de fourniture de prestations* (Verträge über die Erbringung von Leistungen).

Der *contrat de dévolution* hat die Übertragung einer «Tätigkeit im öffentlichen Interesse» zum Gegenstand.¹⁹⁰ Im Gegensatz dazu regelt der *contrat de coopération* von Privatpersonen erbrachte Tätigkeiten, an denen ein genügend grosses öffentliches Interesse besteht, dass der Staat mittels Vertrag deren Modalitäten regelt.¹⁹¹ In dieser Kategorie anzusiedeln wären etwa Pflichtlagerverträge mit Pflichtlagerhaltern oder wohl auch Verträge über Subventionen zum Betrieb von Krippen, in der Landwirtschaft oder im Bereich des Umweltschutzes.¹⁹² Als dritte und letzte Kategorie des öffentlich-rechtlichen *contrat de fourniture de*

¹⁸⁵ ZWAHLEN, n. 247.

¹⁸⁶ ZWAHLEN, n. 248.

¹⁸⁷ ZWAHLEN, n. 248.

¹⁸⁸ ZWAHLEN, n. 248.

¹⁸⁹ ZWAHLEN, n. 255–263.

¹⁹⁰ NGUYEN, S. 41: «*La finalité du contrat de dévolution est le transfert au particulier de l'exécution d'une part plus ou moins grande d'une activité d'intérêt public.*»

¹⁹¹ NGUYEN, S. 40, 47–50, insbesondere S. 48: «*Le particulier n'est pas chargé de gérer directement une tâche publique, mais son activité n'est pas indifférente à l'intérêt public; au contraire, elle contribue à le promouvoir.*»

¹⁹² Für Beispiele NGUYEN, S. 325–331.

prestations gehören etwa das öffentliche Personalrecht, öffentlich-rechtliche Aufträge¹⁹³ oder Kaufverträge der Armee.¹⁹⁴

Eine der Hauptkonsequenzen der Unterteilung NGUYENS findet sich im hier interessierenden einseitigen Privileg der Behörde. Eine Abänderung des Vertrags soll zwar bei allen Arten heterogener verwaltungsrechtlicher Verträge im öffentlichen Interesse möglich sein. Weil der Umfang der einseitigen Abänderbarkeit aus dem öffentlichen Interesse resp. den Erfordernissen der zu erfüllenden staatlichen Aufgabe folgt, sind Änderungen an *contrats de dévolution*, an übertragenen staatlichen Aufgaben, tendenziell in grösserem Masse zulässig als an Verträgen über die Erbringung von Leistungen.¹⁹⁵

IV. Verträge mit reduzierter Bindungswirkung nach August MÄCHLER

MÄCHLER zieht einen anderen Weg vor und will der unklaren Bestandeskraft des verwaltungsrechtlichen Vertrags mit einer zusätzlichen Vertragskategorie begegnen. Er nimmt eine Unterscheidung vor zwischen *Verträgen mit besonderer Bindungswirkung* und *Vereinbarungen mit reduzierter Bindungswirkung*. Vereinbarungen mit reduzierter Bindungswirkung sollen «die dogmatische Figur des hergebrachten verwaltungsrechtlichen Vertrages [entlasten]»¹⁹⁶ und gleichzeitig Ordnung in den Raum zwischen Verfügung und Vertrag bringen,¹⁹⁷ was insbesondere die im Kontext des verwaltungsrechtlichen Vertrags störende mitwirkungsbedürftige Verfügung entbehrlich machen würde.¹⁹⁸ Hauptunterschied zum Vertrag mit besonderer Bindungswirkung ist die weitgehende Annäherung an die Regeln über die Verfügung¹⁹⁹ und das Fehlen der vom Autor sonst anerkannten wohl erworbenen Rechte.²⁰⁰ So sollen Verträge mit reduzierter Bindungswirkung etwa bei nachträglicher Rechtswidrigkeit widerrufen werden

¹⁹³ Dolmetscher- und Übersetzertätigkeit für Behörden als öffentlich-rechtlicher Auftrag resp. öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis mit sinngemässer Anwendung der Bestimmungen des OR zum Auftrag: BGE 140 II 112 E. 3.1.1 S. 116; ferner Bundesgericht 1C_252/2007 vom 5. März 2008 E. 5.3. Zu den öffentlich-rechtlichen Aufträgen ferner UHLMANN, Der öffentlich-rechtliche Auftrag, *passim*.

¹⁹⁴ Es geht dabei um Verträge der Bedarfsverwaltung, sofern sie dem öffentlichen Recht zugeschlagen werden; NGUYEN, S. 40, 50–55. Für Beispiele NGUYEN, S. 333–338.

¹⁹⁵ NGUYEN, S. 183–184. Für die *contrats de fourniture de prestations* soll das einseitige Einwirkungsrecht gegeben sein, sofern der Private direkt an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (*tâche publique*) teilhat. Dies ist gemäss NGUYEN der Fall für das öffentliche Dienstrecht sowie das Beschaffungsrecht – sofern der entsprechende Vertrag dem öffentlichen Recht untersteht.

¹⁹⁶ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 57.

¹⁹⁷ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 51–52, 55, 129.

¹⁹⁸ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 57.

¹⁹⁹ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 56.

²⁰⁰ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 53

können, wohingegen dies für Verträge mit besonderer Bindungswirkung nur in Ausnahmefällen unter den Bedingungen des Vertrauensschutzes oder der Entzignung zulässig sein soll.²⁰¹

V. Würdigung

Die Klassifikationen von ZWAHLEN und NGUYEN stellen auf die Art und Intensität der Einbindung des privaten Vertragspartners in die staatliche Aufgabenerfüllung resp. die Intensität des öffentlichen Interesses am Vertragsgegenstand ab. Damit deuten die von diesen Autoren befürworteten Kategorien an, dass nicht bei allen verwaltungsrechtlichen Verträgen derselbe staatliche Steuerungsbedarf herrscht; sie basieren auf der Hypothese, dass sich dieser Steuerungsbedarf *aus den beiden genannten Gründen*, d.h. der Einbindung des Privaten in die staatliche Aufgabenerfüllung sowie der Intensität des öffentlichen Interesses am Vertragsgegenstand, *ergibt*. Je wesentlicher eine Aufgabe im Gefüge der verschiedenen im öffentlichen Interesse regulierten Gegenstände erscheint, desto eher soll anzunehmen sein, dass *staatlicher Steuerungsbedarf* und damit ein Bedarf nach einer besonderen vertragsdogmatischen Handhabung besteht.

Die Klassifikationen von ZWAHLEN und NGUYEN weisen daher m.E. in die richtige Richtung. Dennoch bleibt ihre Handhabung aber schwierig. Die verwendete Terminologie erscheint unklar, was daran liegen mag, dass sowohl die Definition der eigentlichen *staatlichen Aufgabe* als auch deren Abgrenzung von lediglich *im öffentlichen Interesse liegenden Aktivitäten* nicht leicht fällt.²⁰² Die Kategorien ZWAHLENS und NGUYENS weisen aber den Vorteil auf, dass sie den materiell-rechtlichen Treiber der Unterscheidung andeuten, die sich in der öffentlichen Vertragsdogmatik allenfalls aufdrängt. Dies ist insbesondere bei der von MÄCHLER befürworteten Kategorie der «Verträge ohne besondere Bindungswirkung» nicht der Fall. Zwar antwortet diese auf das Bedürfnis, in gewissen Fällen eine irgendwie geartete Verringerung der Bindungswirkung des Vertrags zu erzielen. Der Treiber dieser Verringerung bleibt aber soweit ersichtlich unidentifiziert.

Im vorliegenden Zusammenhang wird darauf verzichtet, eine bestehende Klassifizierung zu übernehmen. Damit die Ansätze von ZWAHLEN und NGUYEN zur Übereinstimmung gebracht werden könnten, wäre zusätzliche Definitions- und Terminologiearbeit notwendig,²⁰³ auf die im vorliegenden Zusam-

²⁰¹ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 129.

²⁰² Siehe dazu *infra* S. 89 ff.

²⁰³ Es ist nicht ganz klar, wie sich die beiden Klassifikationen zueinander verhalten: Bei ZWAHLEN sind *contrats de collaboration* diejenigen Verträge, die die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe zum Gegenstand nehmen; bei NGUYEN wird ebendiese Kategorie nochmals unterteilt, wobei hier die Unterkategorie des *contrat de dévolution* die Übertra-

menhang verzichtet wird. Es erscheint im Grundsatz wichtiger, zuerst die materiell-rechtliche Regelbildung voranzutreiben; dies ermöglicht es dann, in Kenntnis der dogmatischen Unterschiede gegebenenfalls die Klassifizierung zu verfeinern. Es wird aber an anderer Stelle zu fragen sein, ob sich aus der Erfüllung einer eigentlichen staatlichen Aufgabe gewisse einseitige vertragliche Rechte ableiten lassen,²⁰⁴ was dem Geist der Klassifikationen von ZWAHLEN und NGUYEN entsprechen dürfte.

gung einer «*activité d'intérêt public*» beinhaltet. Es dürfte damit die Übertragung einer staatlichen Aufgabe gemeint sein; allerdings deutet die verwendete Terminologie an, dass es sich lediglich um eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit handelt, womit der Gegenstand dieser Kategorie wiederum breiter ausfallen würde, als es die Originalkategorie des *contrat de collaboration* nach ZWAHLEN tut.

²⁰⁴ Siehe dazu *infra* S. 88 ff.

§ 4 Übernahme von Grundsätzen und Normen des Privatrechts in das öffentliche Recht

Eine Untersuchung mit Schnittstellen zum Privatrecht muss sich – und sei dies auch nur kurz – der Frage stellen, wie Regeln des Privatrechts im öffentlichen Recht zur Anwendung gelangen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 ZGB findet das Gesetz Anwendung auf «alle Rechtsfragen, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält». Kann dem betreffenden Gesetz keine Regel entnommen werden, hat das Gericht «nach Gewohnheitsrecht, und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel [zu] entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde» (Art. 1 Abs. 2 ZGB). «Bewährte Lehre und Überlieferung» sind in diesem Prozess der Rechtsfindung massgeblich beizuziehen (Art. 1 Abs. 3 ZGB). Die Anforderung an das Gericht zur Lösungsfindung nach Gewohnheitsrecht oder *modo legislatoris*, die in Art. 1 Abs. 2 ZGB enthalten ist, soll auch im öffentlichen Recht Anwendung finden.²⁰⁵

Für öffentlich-rechtliche Sachverhalte bedeutet dies, dass das Gericht zuerst im öffentlichen Recht nach einer Lösung sucht.²⁰⁶ Kann keine gefunden werden, weil keine relevante Bestimmung existiert oder die einschlägige Regel eine planwidrige Unvollständigkeit²⁰⁷ aufweist, so sollte zuerst nach Regeln für gleichartige Tatbestände in *verwandten Gebieten des öffentlichen Rechts gesucht werden*, bevor der Blick zum Privatrecht gerichtet wird.²⁰⁸ Lässt sich im öffentlichen Recht eine geeignete Lösung finden, ist diese beizuziehen. Lässt sich nichts finden, können einschlägige Regeln des Privatrechts beigezogen wer-

²⁰⁵ Für ein Anwendungsbeispiel (ohne weitere Begründung) BGE 99 Ib 267 E. 5b) S. 280; HONSELL, BSK ZGB I, Art. 1 n. 8; RHINOW, Rechtsetzung, S. 13–15, mit einer nuancierten Einschätzung zur Vorstellung der richterlichen Tätigkeit, die der Norm zugrundeliegt. Für eine Auseinandersetzung im Detail mit verschiedenen Lückenkonzepten vor dem Hintergrund von Art. 1 Abs. 2 ZGB siehe RYTER SAUVANT, S. 148–165.

²⁰⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 16 n. 11. An dieser Stelle wird lediglich die Frage der Rechtsfindung und -anwendung thematisiert. Davon zu unterscheiden ist die Thematik der *Auslegung* eines verwaltungsrechtlichen Vertrags. In einem konkreten Fall hat vor der Gesetzesanwendung die Auslegung des Vertrags zu erfolgen. Wie Letzteres vor sich geht, ist ebenfalls umstritten – siehe dazu *infra* S. 143 ff. Auch diese Schnittstelle zwischen Auslegung des Vertrags und Gesetzesanwendung offenbart das Spannungsverhältnis, das dem heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag zugrunde liegt: Wie viel Gewicht gebührt dem Parteiwillen, und wie stark hat sich die Lösung aus reiner Gesetzesanwendung herzuleiten?

²⁰⁷ Zum Begriff der planwidrigen Unvollständigkeit HONSELL, BSK ZGB I, Art. 1 n. 27. Zum Begriff der Lücke MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 150–154.

²⁰⁸ BGE 112 Ia 260 E. 5 S. 263 (im Zusammenhang mit dem Beizug der Verjährung als allgemeiner Rechtsgrundsatz); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 252; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 16 n. 11.

den.²⁰⁹ Vorausgesetzt wird dabei aber, dass sich die Interessenlagen vergleichen lassen.²¹⁰ Werden einschlägige Regeln des Privatrechts zur Anwendung gebracht, so handelt es sich dabei für TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER um ungeschriebenes öffentliches Recht in der Gestalt allgemeiner Rechtsgrundsätze,²¹¹ für RYTER SAUVANT hingegen um Lückenfüllung durch analoge Anwendung privatrechtlicher Regeln.²¹² Diese Meinungsverschiedenheit ist Ausdruck unterschiedlicher Einschätzungen zum Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Namentlich geht es um die Frage, welche Vorsichtsmassnahmen methodischer Natur getroffen werden müssen, um die Anwendung von privatrechtlichen Regeln im öffentlichen Recht zu begründen, und damit um zwei unterschiedliche Konzeptionen von Ähnlichkeit resp. Unterschiedlichkeit von öffentlichem Recht und Privatrecht.²¹³ Im Einzelfall wird diese methodische Abfolge durch die Gerichte oftmals nicht explizit eingehalten.²¹⁴ Die vorliegende Arbeit will sich dieses nicht immer offensichtliche Verhältnis der beiden Rechtsgebiete bewusst machen. Im Folgenden soll der Fokus aber auf die *inhalt-*

²⁰⁹ Es handelt sich dabei um die analoge Anwendung der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Bestimmung, verstanden als «Erweiterung des Wortlauts auf einen zuvor nicht erfassten Sachverhalt»; HONSELL, BSK ZGB I, Art. 1 n. 3.

²¹⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 16 n. 11.

²¹¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 16 n. 11–12.

²¹² RYTER SAUVANT, S. 214–215. Allgemeine Rechtsgrundsätze als Regeln, die «wegen ihrer allgemeinen Tragweite in allen Rechtsgebieten, im öffentlichen Recht wie im Privatrecht, Geltung haben»; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 145.

²¹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 16 n. 12: «[D]as Postulat, die zivilistischen Lösungen analog auf das Verwaltungsrecht zu übertragen, [unterschätzt] die Unterschiedlichkeit der beteiligten Rechtsgebiete. Privatrecht und öffentliches Recht folgen nun einmal konträren Perspektiven. Analogieschlüsse verleiten dazu, diesen grundsätzlichen Aspekt auf die leichte Schulter zu nehmen. Der «Umweg» über die Rechtsquelle der allgemeinen Rechtsregeln bietet den methodischen Vorteil, dass sich der Richter nicht vorschnell zivilistischer Krücken bedient, sondern gezwungen wird, von Grund auf – aus der spezifischen Sicht des Verwaltungsrechts – nach der zutreffenden Lösung zu suchen.» Die Gegenposition durch RYTER SAUVANT, S. 214, erläutert: «[D]ie *Rechtsgleichheit in Verbindung mit den privatrechtlichen Wertentscheidungen*, kurz: die Analogie, [bestimmt] nicht nur das Wie, sondern auch schon das Ob, bildet demnach den erforderlichen *Lückenfeststellungsmassstab*. Um diese methodische Tatsache kommt man nicht umhin und kann sie jedenfalls (...) mit dem Begriff der «allgemeinen Rechtsgrundsätze» nicht umgehen. Schon nur deshalb, weil dieser Begriff im Verhältnis von öffentlichem und Privatrecht methodisch kaum etwas hergibt, deren Verhältnis nicht zu erklären vermag, und man sich deshalb unweigerlich im Thema der richterlichen Rechtsfortbildung und damit verbunden beim Rechtsgleichheitsgebot bzw. bei der Analogie wiederfindet» (Hervorhebungen im Original).

²¹⁴ RYTER SAUVANT, S. 34–37, hat aufgezeigt, dass dieser Vorgang der Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht immer in einem methodisch reinen Prozess abläuft, sondern oft zufällig erscheint.

liche Untersuchung und Beurteilung verschiedener öffentlich- und privatrechtlicher Lösungen für die Forschungsfrage gelegt werden, ohne dass die – nicht zu verleugnenden – methodischen Fragen der Rechtsfindung und Rechtsanwendung jeweils vertieft analysiert würden.

Dritter Abschnitt Besonderer Teil

Dieser Teil der Arbeit widmet sich der Untersuchung der beiden Gegenpole: den Grundsätzen der Bundesverfassung einerseits, die die Veränderlichkeit öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen zur Folge haben (§ 6), und den grundrechtlichen Schutzpositionen der privaten Vertragspartei aus ebendieser Bundesverfassung andererseits (§ 7). Welche Grundsätze sprechen für die Abänderung und Abänderbarkeit öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen? Wie ist der private Vertragspartner in seinen Vertragsinteressen grundrechtlich geschützt? Welche Ansprüche, insbesondere auf Entschädigung, fließen aus diesem Grundrechtsschutz? Die Erkenntnisse dieser beiden gegensätzlichen Aspekte werden im Kapitel § 8 zusammengefügt. Hier findet die Suche nach möglichen Abgrenzungskriterien statt, die es im Einzelfall bei nachträglicher staatlicher Einwirkung auf den Vertrag erlauben soll, für die davon betroffene private Vertragspartei zwischen Entschädigung und Entschädigungslosigkeit zu unterscheiden. Diese Lösungen sollen im Kapitel § 9 mit dem Widerruf und der *clausula rebus sic stantibus*, zwei in Rechtsprechung und Lehre befürworteten Lösungen für den Umgang mit verändertem Recht, verglichen werden. Im Kapitel § 10 wird versucht, die Schlussfolgerungen zur Entschädigung aus Vertrauensschutz mit einer Gegenüberstellung mit anderen Entschädigungsarten im öffentlichen Entschädigungsrecht zu verorten. Ein verfahrensrechtlicher Exkurs (§ 11) schliesst den besonderen Teil ab.

Spricht man von der Bindungswirkung des (verwaltungsrechtlichen) Vertrags, wird oftmals mit dem Grundsatz *pacta sunt servanda* argumentiert. Einleitend gehe ich der Frage nach (§ 5 sogleich), was dieser Grundsatz bedeutet und wie die Bindungswirkung von Verträgen im Allgemeinen sowie im öffentlichen Recht im Besonderen gedanklich fundiert wird.

§ 5 *Pacta sunt servanda*, oder: eine Auslegeordnung zur Bindungswirkung des Vertrags

A. Einleitung

Auf den Grundsatz der Vertragstreue, *pacta sunt servanda*, wird oft Bezug genommen; er gilt als grundlegendes Prinzip des Vertragsrechts und bedeutet in wörtlicher Übersetzung, dass Verträge einzuhalten sind.

Trotz vielfältiger Anrufung: Was mit der abstrakten Formel genau ausgesagt wird, ist nur auf den ersten Blick klar. Sie hebt sich ab von ihrem Gegenteil, nämlich dass Verträgen keine Bindungswirkung zukommt. Ein Vertragsschluss ist somit nicht völlig folgenlos und die gänzliche Nichterfüllung vertraglicher Pflichten ohne jedwelchen Rechtfertigungsgrund ebenso wenig. Geht es darum, die Spuren des Prinzips weiterzuverfolgen, so versanden seine Konturen. Bereits bei grundsätzlichen Fragen, so z.B., in welchen Situationen einem Vertrag trotz Einigung keine Rechtswirkungen zukommen, unter welchen Bedingungen eine Nichterfüllung von Verträgen gerechtfertigt sein kann oder welche Ansprüche dem Vertragsgläubiger gegenüber einem säumigen Schuldner erwachsen (Erfüllung und Vollstreckung), versagt der Grundsatz als zuverlässige Auskunftsource.

Es soll gefragt werden, ob aus diesem Ursatz des Vertragsrechts etwas für den verwaltungsrechtlichen Vertrag gewonnen werden kann: Ist er auch auf den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag anwendbar? Wenn ja, mit welcher Begründung? Kann daraus etwas über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einseitiger Einwirkungsrechte des Staats abgeleitet werden? (Siehe zur zusammenfassenden Würdigung *infra* D.).

Dazu ist kurz auf die historische Entstehung mit den zugrunde liegenden theoretisch-philosophischen Diskussionen einzugehen (*infra* B.), bevor der Gehalt der Vertragstreue heute untersucht wird (*infra* C.).

Auf die grosse Bedeutung des Prinzips im Völkerrecht soll aufgrund der anders gelagerten Diskussionen nicht weiter eingegangen werden.²¹⁵

B. Historischer Abriss

Im Verlauf der Zeit hat *pacta sunt servanda* in verschiedenen Zusammenhängen gedient. So wurde das Schlagwort etwa angerufen, um im Grundsatz die Einhaltung *aller* Verträge zu postulieren (sinngemäss: *omnia pacta servanda sunt*).²¹⁶

²¹⁵ Siehe dazu Art. 26 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

²¹⁶ So im kanonischen Recht des Mittelalters, siehe dazu sogleich.

Auf der Seite der *Rechtsfolgen des Vertrags* hingegen wird der Grundsatz typischerweise beigezogen, um sowohl die Frage der Klagbarkeit als auch die Art des Erfüllungsanspruchs zu diskutieren: Steht der Gläubigerin im Einzelfall ein Anspruch auf Naturalerfüllung zu, oder hat sie sich mit einem Geldersatz (Pekuniärerfüllung) zu begnügen?²¹⁷

I. Römisches Recht

Es kann trotz aller Entwicklung, die das damalige Rechtssystem durchmachte, nicht gesagt werden, dass der Grundsatz *pacta sunt servanda* im römischen Recht gründet. Dieses entstand vielmehr aus einem komplexen System heraus, das weitgehend typen- und formgebunden war und bei dem Geltung und Vollzug von vertraglichen Verpflichtungen von etlichen formellen Voraussetzungen abhingen.²¹⁸ Zur Entstehung einer vertraglichen Obligation brauchte es mehr als eine reine Willensübereinkunft.²¹⁹ Klagemöglichkeiten bestanden nur in bestimmten Fällen.²²⁰ In der späten klassischen und nachklassischen Zeit wurde die starre Typenbindung dann progressiv aufgegeben²²¹ und von der ursprünglichen Zweiteilung von klagbaren *contractus* und nicht klagbaren *pacta (nuda)* gelangte man allmählich zu erweiterten Klagemöglichkeiten (*pacta vestita*).²²²

II. Mittelalter; kanonisches Recht

Vor diesem Hintergrund ist das Aufkommen des Prinzips *pacta sunt servanda* im kanonischen Recht des Mittelalters zu verstehen: Seine Betonung galt als Reaktion auf die Rezeption des römischen Rechts durch die Juristen der damaligen Zeit. Das kanonische Recht postulierte, ein gegebenes (einseitiges) Versprechen sei einzuhalten, ansonsten der Versprechende sich einer Lüge und mithin einer Sünde schuldig machte;²²³ diese aus biblischen Fundstellen stammende Ansicht wurde nun auch ins Rechtsleben übertragen.²²⁴ Es galt die Verbindlichkeit des

²¹⁷ Siehe dazu HACHEM, insb. S. 651–667.

²¹⁸ MEDER, S. 72–77. Wohl a.M. HONSELL, S. 10.

²¹⁹ HAUSMANINGER/SELB, S. 205–206.

²²⁰ Das römische Recht wird als «aktionenrechtlich» bezeichnet, insofern als dass nur dann eine vertragliche Schuld vorlag, wenn sie zu einer Klage berechnigte; siehe dazu HONSELL, S. 153, 194; HAUSMANINGER/SELB, S. 194. HONSELL, S. 153. A. M. HÄHNCHEN/EBEL/THIELMANN, S. 55 n. 132.

²²¹ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 38 n. 15; HAUSMANINGER/SELB, S. 260–262.

²²² KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 38 n. 11, 17; HAUSMANINGER/SELB, S. 197, 260–262. Eine gute Zusammenfassung der Situation im römischen Vertragsrecht findet sich bei WELLER, S. 70–72.

²²³ WELLER, S. 73.

²²⁴ MEDER, S. 161–162.

gegebenen Worts; der Vertrag entstand aus der Bindungswirkung der gegenseitigen einseitigen Versprechen, der Notwendigkeit weiterer Voraussetzungen zur Bildung einer vertraglichen Obligation wurde eine Absage erteilt.²²⁵ Auf der Rechtsfolgenseite des Vertrags ergab sich daraus im Kirchen- und später auch im weltlichen Recht die Klagbarkeit aller gegebenen Versprechen.²²⁶

III. Natur- und Vernunftrecht; liberales Vertragsrecht

Gewichtigen Auftrieb erhielt der Grundsatz der Vertragstreue – insbesondere für das spätere Völkerrecht – durch das viel zitierte Werk von Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, aus dem Jahr 1625. Obwohl immer noch vom Versprechen als Grundstein ausgehend, postulierte Grotius bereits, dass dieses für den Vertragsschluss der Annahme durch die andere Partei bedürfe.²²⁷ Begründet wurde die Bindung an das gegebene (und von der Gegenpartei angenommene) Wort weiterhin einerseits mit der Bibel, andererseits aber auch mit naturrechtlichen Überlegungen, etwa der «natürlichen Billigkeit» oder Gerechtigkeit.²²⁸ Mit dem Werk von Grotius wurde der Grundstein für die spätere natur- und vernunftrechtliche Entwicklung des Vertragsbegriffs gelegt.²²⁹

Im Natur- und Vernunftrecht des 17. und 18. Jahrhunderts, unter dem Einfluss u.a. von Samuel v. Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff, Jean Domat und Robert Joseph Pothier, wandelte sich nicht nur die Vorstellung von der Vertragsentstehung weg vom Versprechen und hin zum Konsens; auch die Begründung der Bindungswirkung löste sich langsam von den bisherigen Treibern der Moral und der Tugend. *Pacta sunt servanda* wurde immer noch mit höheren Prinzipien begründet, es gründete nun aber in einem Imperativ der Natur und der Vernunft sowie «allgemeiner Menschen-, Bürger- und Sozialpflichten».²³⁰

²²⁵ MEDER, S. 161–162; WELLER, S. 72–73; GORDLEY, S. 73.

²²⁶ Zur Klagbarkeit KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 38 n. 18. Allerdings musste als Ersatz für die bisherigen Formvorschriften ein neues Kriterium gefunden werden, das die Abgrenzung von unvernünftigen oder ohne ernsthaften Bindungswillen geschlossenen Verträgen erlaubte: Nur Geschäfte, die im Hinblick auf ein sachliches Äquivalent geschlossen wurden, mithin über eine *causa* verfügten, waren einklagbar; dazu MEDER, S. 162–163.

²²⁷ GROTIUS, zweites Buch, Kapitel 11, n. XIV. Siehe dazu WELLER, S. 77; GORDLEY, S. 81.

²²⁸ MEDER, S. 266; WELLER, S. 76.

²²⁹ WELLER, S. 75. Ähnlich auch MEDER, S. 265–277.

²³⁰ WELLER, S. 75, 85–86. Für eine nuancierte Analyse des Zusammenhangs zwischen philosophischen und naturwissenschaftlichen Entwicklungen der damaligen Zeit und den Aussagen der damaligen Juristen siehe dazu GORDLEY, S. 112–133. Dieser Autor diagnostiziert bereits hier eine Verdunkelung des Zusammenhangs zwischen den dem Vertragsrecht zugrunde liegenden philosophischen Konzepten und den juristisch-technischen Lösungen.

Im 19. Jahrhundert wurde die Entwicklung (u.a. mit Friedrich Carl v. Savigny und Rudolf v. Jhering) hin zum reinen Konsensprinzip vollendet.²³¹ Begründet wurde die Vertragsbindungswirkung nun sehr abstrakt alleine mit dem Willen der Parteien; die naturrechtliche Begründung der Bindungswirkung fiel gänzlich weg.²³² Diese Entwicklung koinzidierte mit der zur damaligen Zeit tragenden Idee von Freiheit und Autonomie des Einzelnen²³³ und die damit einhergehende Vorstellung formaler Vertragsfreiheit. Nach dieser Auffassung ist ein von beiden Parteien autonom geschlossener Vertrag als gerecht zu betrachten und deshalb nicht auf inhaltliche Gerechtigkeit zu überprüfen.²³⁴

C. Geltung und Umfang heute

I. Vertragsfreiheit und Vertragstreue

Die Vertragstreue wird heute als «notwendiges Korrelat der Vertragsfreiheit» betrachtet;²³⁵ diese nimmt wiederum als rechtlicher Ausdruck der Privatautonomie einen wichtigen Platz in der Rechtsordnung ein.²³⁶ Es besteht Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit folgende Elemente umfasst: die Abschlussfreiheit (ob ein Vertrag geschlossen wird – auch Vertragsfreiheit im engeren Sinn genannt), die Partnerwahlfreiheit, die Änderungs- resp. Aufhebungsfreiheit, die Form-

²³¹ WELLER, S. 87–88.

²³² GORDLEY, S. 161–164, 225–226, insb. S. 163: «*The nineteenth-century jurists, Anglo-American, French, or German, did not explain why contracts were binding or enforceable. They simply defined binding and enforceable contracts in terms of will or consent. They did not give a reason why the will of the parties ought to be respected.*» Der Autor weist darauf hin, dass die Innovation im Vertragsrecht des 19. Jahrhunderts weniger in der Rolle des Parteiwillens bestand als in der Beschränkung auf den Willen als *alleinige Quelle für die Lösung von Vertragsproblemen*, ohne Bezugnahme auf moralische Konzepte und Tugenden.

²³³ GORDLEY, S. 225. Auf S. 228 desselben Werks unterstreicht der Autor hingegen, dass kein Kausalzusammenhang zwischen den philosophischen Ideen der damaligen Zeit und der veränderten Konzeption des Vertragsrechts nachgewiesen werden kann. Vielmehr weigerten sich die Juristen des 19. Jahrhunderts, sich auf grössere politische und philosophische Ideen zu beziehen, was aber wiederum politische und philosophische Konsequenzen zeitigte, etwa in der Vorstellung, dass Ideen distributiver Gerechtigkeit für das Vertragsrecht nicht von Bedeutung sind. Dies wiederum unterstützte das Postulat, wonach sich der Staat zugunsten der Privatwirtschaft aus wirtschaftlichen Prozessen fernhalten solle.

²³⁴ BELSER, S. 19.

²³⁵ WELLER, S. 153.

²³⁶ WELLER, S. 153–161, mit eingehenden Ausführungen zum Zusammenhang zwischen Bindung und Freiheit: Wenn der geäußerte menschliche Wille massgeblich sein soll, ist das Individuum auch grundsätzlich darauf zu behaften, ansonsten sein freier Wille keine Konsequenzen zeitigt und damit nicht effektiv wird.

und die Inhaltsfreiheit.²³⁷ Garantiert wird die Vertragsfreiheit in der schweizerischen Rechtsordnung zumindest für auf Gewinn ausgerichtete Verträge auch von der Bundesverfassung.²³⁸

II. Der Gehalt von *pacta sunt servanda* nach Marc-Philippe WELLER

1. Drei Elemente der Vertragstreue

In seiner umfassenden Abhandlung kommt WELLER vor dem Hintergrund des deutschen Rechts zum Schluss, dass *pacta sunt servanda*, mithin die *Vertragstreue*, drei Elemente umfasst:

- Die Vertragsbindung, definiert als die «ohne rechtlichen Grund nicht unilateral lösbare Unterwerfung einer Partei unter alle einem Vertrag entspringenden Rechtsgebote»,²³⁹
- das Primat der Realerfüllung vor der Pekuniärerfüllung²⁴⁰ sowie
- das Gebot der Leistungstreue als Mitwirkungspflicht an der Realisierung des Vertragszwecks.²⁴¹

In dieser Form soll die Vertragstreue jedoch nur Geltung beanspruchen für Verträge mit sich in die Zukunft erstreckendem Leistungsaustausch²⁴² sowie für Verträge mit Interessengegensatzcharakter (Austauschverträge).²⁴³ Unter anderem soll sie für Interessenwahrungsverträge (Geschäftsbesorgungsverträge, so insbesondere der Werkvertrag oder der Auftrag),²⁴⁴ bei denen der Vertrags-

²³⁷ HUGUENIN/Meise, BSK ORI, Art. 19/20 n.4–11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 613–618.

²³⁸ BGE 113 Ia 126 E. 8c) S. 139: «[...] la liberté contractuelle [...] bénéficie de la protection assurée par le principe de la force dérogatoire du droit fédéral [...], mais elle découle aussi de la liberté du commerce et de l'industrie [...] et encore de la garantie de la propriété [...]» HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 630: «[D]ie Wirtschaftsfreiheit schliesst auch ein, dass man bei der Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit seinen Vertragspartner frei auswählt und den Inhalt des Vertrages frei von staatlichem Zwang aushandelt»; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 952: freie Wahl der Geschäftspartner und Geschäftsbeziehungen im Rahmen der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.

²³⁹ WELLER, S. 41, 274–301.

²⁴⁰ WELLER, S. 43–45, 316–370.

²⁴¹ WELLER, S. 46–48, 302–315.

²⁴² WELLER, S. 196–197.

²⁴³ WELLER, S. 197–201.

²⁴⁴ THOUVENIN, n. 108: «Bei den Geschäftsbesorgungsverträgen wird eine Partei für die andere tätig; der Zweck dieser Verträge besteht also im Leisten von Arbeit oder im Erbringen einer Dienstleistung durch eine Partei für die andere, ebenfalls typischerweise gegen Entgelt. Diese Vertragsart umfasst eine Vielzahl von Verträgen, bei denen vor allem bei der Interessenlage der Parteien und bei der Art der Leistungserbringung massgebliche Unterschiede bestehen. Zu den Geschäftsbesorgungsverträgen in diesem weiten Sinn ge-

gegenstand gerade darin besteht, dass die eine Partei im Dienste der Interessen der anderen tätig wird, nicht in der identischen Form gelten. Diese Verträge zeichnen sich dadurch aus, dass nur «[die] Interessen [des Geschäftsherrn] [...] in den Vertragsinhalt aufgenommen [werden], während die eigenen Interessen des Geschäftsbesorgers nicht oder nur in geringem Umfang in den Vertrag eingehen, mithin [...] nur in beschränktem Mass geschützt [sind].»²⁴⁵ Letztere werden infolgedessen von der Untersuchung WELLERS ausgeschlossen.²⁴⁶ Auf diese Feststellung, dass die Vertragstreue bei Geschäftsbesorgungsverträgen anders gelagert sein soll – namentlich resultieren daraus Weisungsrechte des Geschäftsherrn und Rechenschaftsablagepflichten des Geschäftsbesorgers –,²⁴⁷ wird im Zusammenhang mit Verträgen über die Erfüllung staatlicher Aufgaben an anderer Stelle nochmals zurückzukommen sein.²⁴⁸

2. Die Vertragsbindung im Besonderen

Die hier am meisten interessierende Vertragsbindung bedeutet, dass die Vertragspartner sich nicht vom Vertrag einseitig lösen können, wenn die Rechtsordnung ihnen nicht einen Grund zur Verfügung stellt; die Loslösung aus «willkürliche[r] einseitige[r] Erklärung» ist damit insbesondere ausgeschlossen.²⁴⁹

Argumentativ gerechtfertigt wird sie in dreifacher Weise:

- durch die dem Vertrag inhärente Funktion der Zukunftsregelung, die den zeitlich verteilten Austausch von Gütern und Dienstleistungen erst erlaubt;
- durch die Rechtssicherheit, die nur im Vertrauen auf das gegebene Wort möglich wird;
- durch die Vertragsgerechtigkeit.²⁵⁰ Unter Vertragsgerechtigkeit versteht WELLER Vertragsgerechtigkeit durch formale Vertragsfreiheit, nämlich dass eine von zwei selbstbestimmten Parteien verhandelte Vereinbarung von der Rechtsordnung als gerechter Interessenausgleich zu betrachten ist.²⁵¹ Es widerspricht dem Wesen des Vertrags, wenn eine gemeinsam für die Zukunft

hören namentlich Auftrag und Werkvertrag, Arbeitsvertrag, Verlagsvertrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Kommission, Frachtvertrag und Hinterlegungsvertrag sowie Management-Consulting-, Fernkurs- und Unterrichtsvertrag.»

²⁴⁵ WELLER, S. 201.

²⁴⁶ WELLER, S. 185.

²⁴⁷ WELLER, S. 201.

²⁴⁸ Siehe dazu *infra* S. 91 f., 160 f.

²⁴⁹ WELLER, S. 285.

²⁵⁰ WELLER, S. 282–284.

²⁵¹ Eine umfassende Herleitung von und Auseinandersetzung mit der Idee der formalen Vertragsgerechtigkeit findet sich bei BELSER, insb. S. 11–48.

ausgehandelte vertragliche Risikozuteilung von einer Partei einseitig verändert werden könnte.²⁵²

Die einseitige Lossagung vom Vertrag braucht eine von der Rechtsordnung anerkannte Rechtfertigung; Störungen, die aus der Risikosphäre eines Vertragspartners stammen, stellen keinen zulässigen Grund dar.²⁵³ Für die Vertragsbindung präzisiert der Autor, dass sie auch bei einseitigen Verträgen für beide Parteien gilt, mithin auch für Abnahme- oder Rücksichtspflichten des Gläubigers.²⁵⁴

3. Ausnahmen von der Vertragstreue

WELLER identifiziert drei Konstrukte, die die (vorzeitige) Beendigung der Vertragsbindung ermöglichen: Nebst den vertraglich vereinbarten Rechten zugunsten einer Partei sind dies der Aufhebungs- oder Änderungsvertrag (*contrarius actus*) und die gesetzlich verankerten Ausnahmen.²⁵⁵ Als gesetzlich verankerte Ausnahmen von der Vertragsbindung untersucht er die Kündigung von Dauerschuldverträgen, verbraucherrechtliche Widerrufsrechte sowie die deutsche Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage – eine Theorie, die auch Fälle der *clausula rebus sic stantibus* mitumfasst.²⁵⁶

Im Versuch des Autors, diese drei Ausnahmesituationen argumentativ zu erfassen, offenbaren sich zwei Schwierigkeiten: einerseits die Eingrenzung dessen, was überhaupt als Ausnahme von *pacta sunt servanda* zu bezeichnen ist,²⁵⁷ andererseits die Einordnung dieser unterschiedlichen Ausnahmen in ein in sich stimmiges Ganzes. So wird das Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen als «systemnotwendige Korrektur der Vertragsbindung» bezeichnet, das den Vertragspartner vor einer endlosen und damit übermässigen Vertragsbindung bewahrt.²⁵⁸ Es handelt sich um ein einseitiges Recht, die Begründung liegt hier aber in der *Struktur des Dauerschuldverhältnisses* selbst, nicht in einem Ungleichgewicht der Parteien oder gar einem Marktversagen, zwei klassischen Mo-

²⁵² WELLER, S. 282–284.

²⁵³ WELLER, S. 285. WELLER definiert den rechtlich anerkannten Grund als eine vom Gesetzgeber anerkannte Rechtfertigung, was angesichts der richterlichen Rechtsfortbildung etwas unpräzise sein dürfte.

²⁵⁴ WELLER, S. 286–287.

²⁵⁵ WELLER, S. 287–288.

²⁵⁶ Siehe für eine Übersicht KRAMER, S. 282–283.

²⁵⁷ Schliesslich kann auch argumentiert werden, dass etwa die Nichtanerkennung gewisser Vertragsinhalte durch die Rechtsordnung (Art. 20 OR) oder die Berücksichtigung von Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) in einem weiteren Sinn genauso Ausnahmen vom Grundsatz der Vertragstreue darstellen, weil damit unter gewissen Voraussetzungen der Inhalt einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung nicht zu erfüllen ist.

²⁵⁸ WELLER, S. 290.

tiven für die Korrektur der absoluten Vertragsfreiheit im Zivilvertragsrecht.²⁵⁹ Das erwähnte *Ungleichgewicht der Parteien*, spezifisch das wirtschaftliche Gefälle zwischen ihnen, dient bei den *konsumentenrechtlichen Widerrufsrechten* als Rechtfertigung. Aufgrund des Ziels der Widerrufsrechte, ein temporäres Gleichgewicht und damit letztlich die Vertragsgerechtigkeit zwischen den Parteien wiederherzustellen, erachtet sie WELLER ebenfalls als unproblematische Ausnahme vom Prinzip der Vertragstreue.²⁶⁰ Etwas anders gelagert ist zum Schluss der besondere Tatbestand der *Störung der Geschäftsgrundlage*: Auch er wird als Ausnahme von *pacta sunt servanda* eingestuft; diese Ausnahme kann aber deswegen gerechtfertigt werden, weil sie nur dann zum Tragen kommt, wenn der betroffenen Vertragspartnerin nicht zugemutet werden kann, den Vertrag zu erfüllen.²⁶¹ Ferner soll diese hohe Schranke aufzeigen, welche grosse Bedeutung die Rechtsordnung der Vertragstreue zumisst.²⁶² Im Gegensatz zu den beiden anderen diskutierten Beispielen erfolgt aber bei der Lehre der Störung der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrags, die beide Parteien betrifft.²⁶³

III. Geltung in der schweizerischen Rechtsordnung

Die schweizerische (Privat-)Rechtsordnung statuiert das Prinzip *pacta sunt servanda* nirgends explizit. Dennoch wird dessen Geltung nicht bestritten; sie kann aus der konkreten Ausgestaltung des OR-Vertragsrechts und namentlich *e contrario* aus den Abweichungen von der «reinen» Vertragsbindung hergeleitet werden.²⁶⁴ Obwohl es als Teil des negativen *ordre public* im internationalen Schiedsrecht des IPRG eine Art Bollwerksfunktion wahrnimmt, indem es mit dem Grundsatz der Vertragstreue unvereinbaren Schiedsgerichtsurteilen die Anerkennung versagt, werden damit nur die allergrössten Willkürfälle abgefangen;²⁶⁵ eine genauere Konturierung des Prinzips erfolgt in diesem Kontext nicht.

²⁵⁹ Diese beiden Aspekte werden von BELSER, S. 72–100, als Situationen identifiziert, in denen die der im Vertragsrecht zentralen Prämisse der Vertragsfreiheit zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und somit einer Korrektur durch die Rechtsordnung bedürfen.

²⁶⁰ WELLER, S. 294–296, insb. Fn. 164.

²⁶¹ WELLER, S. 297–301.

²⁶² WELLER, S. 298–300.

²⁶³ WELLER, S. 300.

²⁶⁴ Bei WELLER, S. 276, wird die Vertragstreue für Deutschland ebenfalls auf indirektem Wege hergeleitet; der Autor sieht sie in Art. 241 BGB («Pflichten aus dem Schuldverhältnis») i. V.m. dem Vertragsprinzip von Art. 311 Abs. 1 BGB sowie im «Umkehrschluss aus den als Ausnahmetatbeständen konzipierten Vertragsstörungsründen» verwirklicht.

²⁶⁵ Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG. Dazu gibt es eine Fülle von Urteilen, u.a. BGE 138 III 322 E. 4.1 S. 327; BGE 116 II 634 E. 4 S. 636, wobei das Bundesgericht regelmässig folgendermassen präzisiert: «*Le principe pacta sunt servanda, au sens restrictif que lui donne la*

Ferner kennt die schweizerische Rechtsordnung auch die von WELLER untersuchten Ausnahmen von *pacta sunt servanda*: Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a–40f OR), die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (vom Bundesgericht entwickelter Grundsatz)²⁶⁶ oder die *clausula rebus sic stantibus*.²⁶⁷ Daneben können auch die Ungewöhnlichkeitsregel des AGB-Rechts und die damit verbundene Sanktion von Art. 8 UWG, ausserordentliche Kündigungsrechte, kurzum alle in der Rechtsordnung vorgesehenen Abweichungen von der absoluten Bindung an den geschlossenen Vertrag, unter die Ausnahmen subsumiert werden.

Wiederkehrende explizite Erwähnung als Ausnahme von *pacta sunt servanda* findet etwa auch die mietrechtliche Regelung in Art. 269d OR, welche dem Vermieter einseitige Änderungen des Vertrags während der Mietdauer erlaubt.²⁶⁸ Zwar wird dem Vermieter aufgrund der Natur des Vertrags als Dauerschuldverhältnis²⁶⁹ das Recht einseitiger Anpassung eingeräumt. Damit soll jedoch – aus sozialen Motiven – eine Kündigung verhindert werden, die den Mieter nötigen könnte, in späteren Verhandlungen mit dem Vermieter einen überhöhten Mietzins zu akzeptieren.²⁷⁰ Dieses einseitige Recht zugunsten des Vermieters wird dann durch verschiedenste formelle und prozedurale Schutzmechanismen zugunsten des Mieters aufgefangen: Die einseitige Anpassung zulasten des Mieters ist zwingend zu begründen und auf amtlichem Formular mitzuteilen; sie kann vom Mieter innert Frist angefochten werden.²⁷¹ Eine fehlende Einigung vor der Schlichtungsbehörde geht zulasten des Vermieters: Der Miet-

*jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, n'est violé que si le tribunal arbitral refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas»; Bundesgericht 4A_440/2010 vom 4. Januar 2011 E. 5.1.2 (unpublizierte Erwägung von BGE 137 III 85). An derselben Stelle des zitierten Urteils hält das Bundesgericht ferner fest, dass die Vertragsauslegung und deren Endresultat nicht vom Prinzip *pacta sunt servanda* erfasst wird und dass damit «la quasi-totalité du contentieux dérivé de la violation du contrat» vom Schutzbereich der Vertragstreue im Sinne des *ordre public* ausgenommen sei.*

²⁶⁶ U.a. BGE 133 III 360; BGE 128 III 428 E. 3 S. 429–430; BGE 122 III 262 E. 2a) S. 265–266. Siehe dazu das separate Kapitel *infra* S. 182 ff.

²⁶⁷ Dazu im Detail *infra* S. 199 ff.

²⁶⁸ BGE 142 III 442 E. 3.1.4 S. 452–453; Bundesgericht 4C.169/2002 vom 16. Oktober 2002 E. 2; BGE 114 II 74 E. 3a) S. 75–76; BGE 121 III 460 E. 2 bb) S. 462. Art. 269d OR ist grundsätzlich anwendbar auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten, nicht jedoch auf gewisse Objekte ohne Schutzbedarf wie Luxuswohnungen; siehe dazu Art. 253a und 253b OR.

²⁶⁹ ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 269d OR n. 1.

²⁷⁰ ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 269d OR n. 1; WEBER, BSK OR I, Art. 269d n. 1.

²⁷¹ Art. 269d (Form- und Begründungszwang unter Nichtigkeitsandrohung) sowie 270b OR.

vertrag gilt unverändert weiter und eine allfällige Klage muss vom Vermieter, nicht vom Mieter, angestrengt werden.²⁷²

Fest steht damit, dass auch das in der Schweiz geltende Recht Ausnahmen vom Grundsatz der Vertragsbindung und damit der Vertragstreue vorsieht. Diese äussern sich als einseitige Rechte zugunsten einer Partei – so bei der Kündigung von Dauerschuldverträgen oder bei den Widerrufsrechten – oder aber wie bei der Störung der Geschäftsgrundlage resp. der *clausula rebus sic stantibus* als richterliche Anpassung des Vertrags als Ganzes aufgrund unvorgesehener und durch keine Partei zu verantwortender Entwicklung. Begründet werden diese Ausnahmen in den erwähnten Fällen etwa durch den Persönlichkeitsschutz, das besonders grosse wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Parteien oder das Verbot des Rechtsmissbrauchs.²⁷³

Schliesslich aber entpuppen sich gewisse einseitige Rechte, von denen man versucht sein könnte, sie als Sonderfälle oder Abweichungen vom Prinzip der Vertragstreue zu taxieren, in Tat und Wahrheit als *Konsequenz des jeweiligen Vertragsgegenstands* und damit *im Vertragstyp inhärent*: so z.B. die Weisungsrechte des Arbeitgebers im Arbeitsvertrag oder die Rechenschaftsablagepflicht im Arbeitsvertrag oder im Auftrag. Dies deckt sich mit den Feststellungen WEL- LERS, wonach bei Geschäftsbesorgungsverträgen aus der Struktur des Vertrags bereits einseitige Rechte zugunsten einer Partei folgen.²⁷⁴

IV. Geltung im Verwaltungsrecht?

Es wurde eingangs bereits angekündigt: Nebst der Frage, ob *pacta sunt servanda* auch im Verwaltungsrecht gilt, interessiert auch seine Herleitung. Gilt die Vertragstreue, weil der verwaltungsrechtliche Vertrag an den «naturrechtlichen» Eigenschaften eines Vertrags teilnimmt?²⁷⁵ Oder muss es stattdessen darum gehen, aus dem Vertrag im öffentlichen Recht eine eigenständige Gestalt zu machen, die mit Ausnahme des Namens keine vordefinierten Übereinstimmungen mit ihrem privatrechtlichen Gegenstück aufweisen muss?²⁷⁶ Kann dar-

²⁷² Art. 270e OR, Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO.

²⁷³ In der schweizerischen Lehre wird die *clausula rebus sic stantibus* entweder als Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots verstanden oder als Anwendungsfall der Lückenfüllung, wobei das Bundesgericht sich in der Begründung nicht festlegt; siehe dazu *infra* S. 201 f.

²⁷⁴ WELLER, S. 201. Siehe dazu *supra* S. 58 f.

²⁷⁵ So etwa bei ZWAHLEN, n. 250: «*De l'avis unanime, le contrat de droit public doit en principe obéir comme tout autre contrat à la règle pacta sunt servanda, sans quoi il ne mériterait pas son nom et remplirait mal sa fonction. Il s'agit là d'une règle supérieure de droit naturel qui s'impose dans toutes les branches du droit et vaut pour toutes les conventions, quand bien même aucun texte légal ne la consacrerait.*»

²⁷⁶ So bei MOOR/POLTIER, S. 460, die die Berufung gewisser Autoren auf die «Natur» des Vertrags explizit kritisieren.

aus etwas über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einseitiger staatlicher Einwirkung abgeleitet werden?

1. Rechtsprechung

a) Aussagen zu *pacta sunt servanda*

In der öffentlich-rechtlichen Rechtsprechung sind abstrakte Äusserungen zu Geltung und Gehalt des Prinzips *pacta sunt servanda* eine seltene Angelegenheit. Die allerdeutlichste Erwähnung findet das Prinzip in einem Entscheid von 1940, wo das Bundesgericht in einem Streitfall um einen Vertrag zwischen der Eidgenossenschaft und dem Kanton Bern direkt zu Charakter und Gehalt Stellung nimmt: Es bezeichnet *pacta sunt servanda* als «ungeschriebenen, auch für die verwaltungsrechtlichen Verträge des Bundes geltenden» Satz, der Folgendes umfasst: «Die vertragsschliessenden Parteien bleiben nach Massgabe der von ihnen abgegebenen Willenserklärungen an den Vertragszweck gebunden und unterliegen der Verpflichtung, alles zur Verwirklichung des Vertragsinhaltes zu tun, was für sie im Bereiche des Möglichen und Erlaubten liegt.»²⁷⁷ Die von WELLER postulierten Elemente der Vertragsbindung und der Leistungstreue²⁷⁸ lassen sich in der bundesgerichtlichen Definition wiederfinden. Zwar handelt es sich um einen koordinationsrechtlichen Vertrag zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, womit das Hauptproblem, wonach (nur) eine Partei die Durchsetzung des öffentlichen Interesses sicherzustellen hat, entfällt. Gleichwohl mutet die Aussage erstaunlich absolut an.

In der späteren Rechtsprechung des Bundesgerichts scheint diese Klarheit keinen Nachhall gefunden zu haben. In einem späteren Entscheid wird zwar noch ausgeführt, der verwaltungsrechtliche Vertrag sei im selben Mass bindend wie der privatrechtliche Vertrag; im darauffolgenden Satz wird jedoch angefügt, ein Rücktritt sei nur möglich a) unter den Bedingungen des öffentlichen Rechts oder b) aufgrund privatrechtlicher Bestimmungen, die als Ausdruck allgemeiner Prinzipien auf beide Rechtsgebiete Anwendung fänden.²⁷⁹ Mit diesem sehr breiten Feld möglicher Rücktrittsgründe wird ein grosser Teil des Prinzips wieder zur Diskussion freigegeben.

²⁷⁷ BGE 166 I 299 E. 2b) S. 306.

²⁷⁸ Siehe dazu *supra* S. 58 f.

²⁷⁹ BGE 99 Ib 115 E. 3 S. 120: «*Alla stessa stregua del contratto di diritto privato, anche il contratto di diritto amministrativo è obbligatorio. Le parti contraenti non possono recedere se non alle condizioni previste dal diritto pubblico o in virtù di disposizioni del diritto privato che, quali espressione di principi generali, si applichino ai distinti campi del diritto.*»

Darüber hinaus orientiert sich die Rechtsprechung – ohne an dieser Stelle das Feld auf eine abschliessende Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags auszudehnen – bei der Bestimmung der Intensität der Vertragsbindung an folgenden Gedanken, die weder in einem klar definierten Verhältnis zueinander noch in einer eindeutigen chronologischen Abfolge stehen:

b) *Alternative Ansätze*

aa) *Schema Verfügung*

Das Los des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags bestimmt sich ähnlich wie bei der Verfügung anhand einer Interessenabwägung zwischen den massgeblichen öffentlichen Interessen und dem Interesse des privaten Vertragspartners am Bestand des Vertrags.²⁸⁰

Dabei erscheint *pacta sunt servanda* vereinzelt als in der Interessenabwägung einzubeziehendes Argument für die Erfüllung des fehlerhaften Vertrags. Der Grundsatz wird in diesen Urteilen weder eingeordnet noch gewichtet, klargestellt wird aber, dass er sich gegen einen gravierenden Mangel nicht durchzusetzen vermag. Die Vertragstreue ist ein Element unter mehreren, die über das Schicksal des Vertrags entscheiden.²⁸¹ Als Alternative zum Prinzip der Vertragstreue wird im Rahmen der Interessenabwägung teilweise auch der Bezug der Regeln des OR als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze resp. analog als Normen des Verwaltungsrechts befürwortet.²⁸²

bb) *Schema Vertrauensschutz und/oder wohlervorbene Rechte*

Einige Urteile bezeichnen den verwaltungsrechtlichen Vertrag als Vertrauensgrundlage; geprüft werden die allgemeinen Voraussetzungen des Anspruchs auf Vertrauensschutz, u.a. die nachteilige Disposition.²⁸³ Der Vertrauensschutz steckt diesfalls den Rahmen für die Lösung des Vertragsproblems.

²⁸⁰ Bundesgericht 2A.414/2006 vom 19. März 2008 E. 11.2; 1P.296/2003 vom 22. August 2003 E. 4.2; BGE 105 Ia 207 E. 2b) S. 210–211; BGE 103 Ia 505 E. 4a) S. 514; Bundesverwaltungsgericht A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 E. 4; A-2583/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 5.6.

²⁸¹ Bundesverwaltungsgericht A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 E. 4.3.3; A-2583/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 5.6.

²⁸² Regeln über die Willensmängel als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze: BGE 105 Ia 207 E. 2b) S. 210–211; analoge Anwendung: Bundesverwaltungsgericht A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 E. 4.2.

²⁸³ Bundesgericht 2C_658/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.3 (unter Berufung u.a. auf BGE 122 I 328 sowie BGE 103 Ia 505); 1P. 358/1994 und 1P. 172/1995 vom 20. September 1995 E. 5b), in: ZBl 98/1997 S. 272–279.

Andere Urteile gehen in der Formulierung weiter und halten fest, der verwaltungsrechtliche Vertrag biete einen höheren Schutz als der Vertrauensschutz. Der Vertrauensschutz werde primär durch die Bindung an den Vertrag, mithin das Prinzip *pacta sunt servanda*, gewährt.²⁸⁴ Der vielzitierte Leitentscheid BGE 122 I 328 (*Vinzenz von Tschanner*) führt diesbezüglich aus, für den Vertrauensschutz in Anwendung von Art. 9 BV (resp. Art. 8 aBV) bleibe beim verwaltungsrechtlichen Vertrag kein Raum; der Schutz des Vertrauens werde vielmehr gewährt durch das Vertragsrecht des OR als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze, sofern das kantonale öffentliche Recht keine Bestimmungen zum Vertrag enthalte.²⁸⁵ Allerdings weist das Bundesgericht im selben Entscheid darauf hin, dass die anwendbaren Regeln – ob Bestimmungen des kantonalen Rechts über den öffentlich-rechtlichen Vertrag oder als allgemeine Rechtsgrundsätze anwendbares Vertragsrecht des OR – zweierlei Aspekte Rechnung zu tragen haben: dem Vertrauensschutz einerseits und der Beteiligung einer dem Gemeinwohl verpflichteten, hoheitlich handelnden Behörde am Vertrag andererseits.²⁸⁶ Damit wird das Feld wieder weit geöffnet für eine Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags, die über eine im Vergleich zum Privatrecht ganz eigene Ausprägung verfügen kann. Die Andeutung des Bundesgerichts kann aber auch so interpretiert werden, dass das Kriterium des öffentlichen Interesses mit dem Vertrauensschutz zugunsten des Bürgers über ein ausgleichendes Pendant verfügt.

In vielen Urteilen, die den Vertrag im Rahmen des Vertrauensschutzes behandeln, werden die wohlerworbenen Rechte mitzitiert; ihre Rolle sowie ihre Bedeutung im Verhältnis zu *pacta sunt servanda* bleiben ungeklärt und ihre Erwähnung scheint primär dem Anliegen der Vollständigkeit hinsichtlich historisch gewachsener Konstrukte zu entspringen. Vereinzelt Urteile stützen sich nur auf die wohlerworbenen Rechte.²⁸⁷

cc) Schema Obligationenrecht

Die Bezugnahme auf Regeln des Obligationenrechts ist in den oben genannten Urteilen ein wiederkehrendes Phänomen, das dem privatrechtlichen und dem verwaltungsrechtlichen Vertrag ein gemeinsames Wesen und einen gemein-

²⁸⁴ Bundesgericht 2C_164/2009 und 2C_165/2009 vom 13. August 2009 E. 8.1; 2P.94/2006 vom 16. März 2007 E. 3.3; BGE 122 I 328 E. 7a) S. 340.

²⁸⁵ BGE 122 I 328 E. 7b) S. 340–341.

²⁸⁶ BGE 122 I 328 E. 7d) S. 341.

²⁸⁷ BGE 103 Ia 31 E. 2c) S. 35; Bundesgericht vom 18. Oktober 1984 E. 4b), in: ZBl 87/1986 S. 265–272 (wobei die genaue Abgrenzung zwischen Vertrag und einseitigen gesetzlichen Vorgaben in letzterem Entscheid unklar bleibt). Siehe zu den wohlerworbenen Rechten ferner *infra* S. 103 f.

samen Kern zu attestieren scheint.²⁸⁸ Dabei steht die Bezugnahme auf die Zivilvertragsregeln der Prüfung nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzipien (und umgekehrt) nicht entgegen. Eine Einbettung der privatrechtlichen Regeln im Recht des verwaltungsrechtlichen Vertrags bleibt jedoch aus: Teilweise wird die analoge Anwendung postuliert, teilweise sollen die Regeln des OR als allgemeine Rechtsgrundsätze gelten. Konkrete Hinweise zum Verhältnis zwischen den allgemeinen OR-Regeln und dem Verwaltungsrecht bleiben punktuell; mit Ausnahme von in verschiedener Form auftretenden Vorbehalten zugunsten des öffentlichen Interesses lässt sich kaum ein roter Faden erkennen.²⁸⁹

dd) Bedeutung des Parteiwillens und der Vertragsbestimmungen

Wenig explizite Beachtung finden in der Rechtsprechung im Allgemeinen die konkreten Bestimmungen des strittigen Vertrags. So finden sich kaum Aussagen dazu, welche Rolle eine von den Parteien vereinbarte Klausel im Verhältnis zu den allgemeinen Prinzipien des öffentlichen Rechts spielt – dies im offensichtlichen Gegensatz zum Privatrecht, wo der (hypothetische) Parteiwille Ausgangspunkt und Basis der Beurteilung bildet.²⁹⁰ Eine Ausnahme davon findet sich im Urteil des Bundesgerichts 1C_168/2008 (*baselländisches Spitalgesetz*), in dem es um die Aufhebung von Vereinbarungen über die private Tätigkeit von öffentlich angestellten Ärzten durch ein revidiertes Spitalgesetz ging. Dort hatte das Bundesgericht Gelegenheit zur Aussage, dass grundsätzlich beide Vertragspartner darauf vertrauen dürfen, dass der Vertrag in der vereinbarten Form eingehal-

²⁸⁸ Willensmängel als Ausdruck allg. Rechtsgrundsätze: siehe dazu die bereits *supra* Fn. 282 zitierten Urteile: BGE 105 Ia 207 E. 2b S. 210–211; analoge Anwendung der Regeln des OR: Bundesverwaltungsgericht A-4581/2010 vom 11. Oktober 2011 E. 4.2.; A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 E. 4.2. Aber ob ein wesentlicher Irrtum nach Art. 23 OR anzunehmen ist, bestimmt sich nach dem Verwaltungsrecht eigenen Kriterien; auch hier wird der Ausgang anhand einer Interessenabwägung bestimmt: BGE 99 Ib 115 E. 3b) S. 121. Anwendung der Regeln des Privatrechts über Vertragsauslegung und veränderte Umstände *per analogiam* auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag; Regeln werden diesfalls zu öffentlich-rechtlichen Bestimmungen: BGE 103 II 314 E. 3c) S. 319. Anwendung der Regeln des OR bei Vertragsverletzungen als Ausdruck allg. Rechtsgrundsätze, sofern keine kt. Regeln existieren, was je nachdem auch positiven Schadenersatz mit sich bringen kann: BGE 122 I 328 E. 7 S. 340–341. Siehe ferner die *infra* Fn. 1006 zitierten Entscheide.

²⁸⁹ Eine umfassende Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf die Übernahme allgemeiner Rechtsgrundsätze wie Willensmängel, Verrechnung oder Verjährung in das Verwaltungsrecht und der in diesem Zusammenhang auftretenden methodischen Schwierigkeiten findet sich bei RYTER SAUVANT, *passim*.

²⁹⁰ TH. MÜLLER, *Verwaltungsverträge*, S. 252–253, weist dies als grössten Unterschied in der Behandlung ursprünglich rechtswidriger privat- und öffentlich-rechtlicher Verträge aus.

ten und abgewickelt wird. Zwar wurde auch hier wiederum der Vorbehalt «besonderer Vorkommnisse», namentlich veränderter Rechtsgrundlagen, angebracht. Das Bundesgericht hielt dennoch im konkreten Fall fest, das Vertrauen in die Abwicklung des Vertrags in der vereinbarten Form äussere sich darin, dass zumindest die vertraglichen Kündigungs- und Anzeigefristen beachtet werden müssten («in diesem Sinne gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*»²⁹¹), was einer sofortigen Ablösung der Verträge durch die neue gesetzliche Grundlage entgegenstand.²⁹²

2. Lehre

Auch in der verwaltungsrechtlichen Lehre können die bereits erwähnten Zugänge zur Vertragsbindung im verwaltungsrechtlichen Vertrag erkannt werden. ZWAHLEN hält sehr absolut fest, der verwaltungsrechtliche Vertrag habe wie jeder andere Vertrag auch dem Prinzip *pacta sunt servanda* zu gehorchen, «*sans quoi il ne mériterait pas son nom et remplirait mal sa fonction*».²⁹³ In dieser Auffassung ist *pacta sunt servanda* eine übergeordnete Regel des Naturrechts mit quasi-absoluter Geltung, die auch ohne gesetzliche Verankerung in allen Rechtsgebieten gilt. Dies hält den Autor jedoch nicht davon ab, mit den aus dem französischen Recht entlehnten «*théorie de la mutabilité*» sowie der «*théorie de l'équilibre financier*» zwei spezifisch öffentlich-rechtliche Lösungen im Prinzip der Vertragstreue unterzubringen.²⁹⁴ Ähnlich äussert sich GRÄTZER, der *pacta sunt servanda* als Axiom des Gewohnheitsrechts und «integrierende[n] Bestandteil der abendländischen Rechtsidee und damit unseres gesamten Kultursystems»²⁹⁵ akzeptiert. Auch er ist jedoch der Ansicht, dass – analog der privatrechtlichen Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund – diese Auffassung einer im öffentlichen Interesse grosszügigeren Aufhebungslösung nicht entgegensteht.²⁹⁶

²⁹¹ Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2, in: ZBl 111/2010 S. 56–63.

²⁹² Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2, in: ZBl 111/2010 S. 56–63.

²⁹³ ZWAHLEN, n. 250 – bereits *supra* Fn. 275 zitiert.

²⁹⁴ ZWAHLEN, n. 250.

²⁹⁵ GRÄTZER, S. 42, ferner auch S. 59.

²⁹⁶ Bei GRÄTZER bleibt aber die Grenze zwischen den beiden gegensätzlichen Postulaten letztlich gänzlich unklar, so u.a. auf S. 86–87, wo er zwar festhält, der Private erhalte durch den Vertragsschluss mit dem Staat ein subjektives Recht darauf, dass auch der Staat den Vertrag erfülle, gleichzeitig aber einräumt, der Abschluss eines Vertrags verschaffe dem Bürger gerade *kein* qualifiziertes Recht darauf, dass der Staat den Vertrag erfülle: «Davon kann aber keine Rede sein, denn der Staat muss das öffentliche Interesse selbst dann durchsetzen können, wenn er damit seine eigenen Verpflichtungen gegen seine privaten Vertragspartner verletzen muss.»

Eine interessante Beobachtung zur Funktion des Prinzips der Vertragstreue findet sich bei IMBODEN: Er vertritt die Auffassung, dass der Leitsatz *pacta sunt servanda* nicht für sich selbst gelte. Im Gegenteil diene er dazu, «die im Vertrauen auf eine Erklärung des Vertragsgegners getroffenen Dispositionen [zu] schützen»; eine Funktion, die im Verwaltungsrecht von Treu und Glauben wahrgenommen werde.²⁹⁷ Treu und Glauben wird damit bei ihm im Umfang dem Grundsatz *pacta sunt servanda* gleichgesetzt.²⁹⁸ Auch bei RHINOW wird der Zugang über das Verfassungsprinzip von Treu und Glauben gesucht; bei ihm resultiert für das öffentliche Vertragsrecht das Prinzip der Vertragstreue aus einer Kombination des Schutzes durch Treu und Glauben und durch die Eigentumsgarantie.²⁹⁹ Besonders ist bei ihm die Begründung: Die besondere Bindungswirkung des Vertrags,³⁰⁰ bei der der Staat nicht erst aufgrund einer nachträglichen Interessenabwägung an das Vereinbarte gebunden ist, sondern bereits von Anfang an, entstammt den korrelierenden Einwilligungen von Behörde und privater Vertragspartei.³⁰¹ Der Zusammenhang zwischen diesen übereinstimmenden Willenserklärungen und der besonderen Bindungswirkung wird nicht weiter erläutert. Auch bei KNAPP wird die Bindungswirkung des verwaltungsrechtlichen Vertrags aus Treu und Glauben sowie den wohlerworbenen Rechten abgeleitet.³⁰² Etwas präziser wird in dieser Hinsicht KÖLZ: Für ihn folgt die Vertragsbindung und damit *pacta sunt servanda* aus dem durch den Vertrag generierten und (nunmehr durch Art. 9 BV geschützten) Geltungsvertrauen.³⁰³ Mit Bezugnahme auf RHINOW, aber ohne weitergehende Begründung, postuliert NGUYEN die Geltung der Vertragstreue im Verwaltungsrecht.³⁰⁴ Wie ZWAHLEN spricht auch er sich für eine besondere verwaltungsrechtliche Ausprägung des Grundsatzes aus, in der die französischen Theorien der «*mutabilité*» und des «*équilibre financier*» der Behörde gegen Entschädigung die Anpassung des Vertrags im öffentlichen Interesse erlauben sollen.³⁰⁵

²⁹⁷ IMBODEN, n. 88–89, u.a. Fn. 255.

²⁹⁸ IMBODEN plädiert allgemein für eine starke Anlehnung an das Privatvertragsrecht: so u.a. durch die analoge Anwendung etlicher OR-Regelungen auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag; n. 92–93.

²⁹⁹ RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 18–19.

³⁰⁰ RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 14: «Der Verwaltungsvertrag ist eine Ehe, kein Konkubinat!»

³⁰¹ RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 13–14.

³⁰² KNAPP, n. 1518–1519. Hier findet keine Erwähnung des Grundsatzes der Vertragstreue statt; KNAPP verortet die zweiseitig bindende Wirkung des Vertrags «in der Nähe» des Grundsatzes von Treu und Glauben («*proche du principe de la bonne foi*»).

³⁰³ KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 188–189.

³⁰⁴ NGUYEN, S. 143: «*Le fait qu'un contrat soit soumis au droit administratif ne saurait avoir pour effet de le dénaturer.*»

³⁰⁵ NGUYEN, S. 144–145.

WEBER-DÜRLER diskutiert als mögliche Grundlagen der Vertragsbindung im Verwaltungsrecht sowohl *pacta sunt servanda* wie auch den Vertrauensschutz. *Pacta sunt servanda* wird zwar als Axiom bezeichnet, das «unbestrittenmassen auch im öffentlichen Recht [gilt]»,³⁰⁶ gleichzeitig wird aber auch auf die ungenügende dogmatische Abstützung dieser Aussage hingewiesen.³⁰⁷ WEBER-DÜRLER zeigt auf, dass sich *pacta sunt servanda* aus drei Gründen nicht aus dem Vertrauensschutz ableiten kann: Nebst der einseitigen Wirkung des Vertrauensschutzes (im Gegensatz zum allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben) und der zusätzlichen Voraussetzung der getätigten Disposition³⁰⁸ genügen auch die Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes – insbesondere der Ersatz des (negativen) Vertrauensschadens – unter dem Aspekt von *pacta sunt servanda* nicht, der einen Erfüllungsanspruch verschaffe.³⁰⁹ Damit wird eine Erkenntnis gewonnen: Der Vertrauensschutz kann dem Grundsatz der Vertragstreue im öffentlichen Recht nicht als Stütze dienen. Dieser Auffassung schliesst sich auch RIVA im Ergebnis an: Der Vertrauensschutz sei besser geeignet als *pacta sunt servanda*, die Bindungswirkung des verwaltungsrechtlichen Vertrags zu begründen: Letztere sei Folge einer besonders intensiven Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien;³¹⁰ der Vertrauensschutz erlaube sachgerechte Resultate, die gleichzeitig auch dem Legalitätsprinzip und der Notwendigkeit der staatlichen Handlungsfreiheit Rechnung tragen würden.³¹¹ Verfassungsrang spricht er dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ab; hätte er diesen inne, käme es zu einem Nebeneinander von Vertrauensschutz und Vertragstreue, beide ähnlich, aber gleichzeitig mit unterschiedlichen Rechtswirkungen.³¹² Wichtig ist RIVA im Rahmen der vertraglichen Bindung besonders eines: die Wahrung der Handlungsfreiheit des Staats, der durch die eingegangene vertragliche Verpflichtung seine Hoheitlichkeit nicht verliere und sie insbesondere in seiner Rolle als Gesetzgeber zu wahren habe.³¹³ Auch KLEIN weist auf die ungenügende Abstützung des Grundsatzes im Verwaltungsrecht hin: Er postuliert zwar dessen (einge-

³⁰⁶ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 220.

³⁰⁷ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 221–222.

³⁰⁸ Wobei WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 221, selbst darauf hinweist, dass die Vertrauensbetätigung nicht in allen Konstellationen ein Erfordernis des Vertrauensschutzes darstellt. Dass beim verwaltungsrechtlichen Vertrag die Vertrauensdisposition mit dem Vertragsschluss als gegeben betrachtet werden müsste, wird nicht explizit gesagt – m.E. zu Unrecht. Siehe zur Disposition im Vertragssachverhalt *infra* S. 137 ff.

³⁰⁹ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 221–222.

³¹⁰ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 95.

³¹¹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 88.

³¹² RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 88.

³¹³ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 86–88, 95. Siehe zur Auffassung RIVAs im Detail *infra* S. 94 ff.

schränkte) Geltung, bezweifelt aber gleichzeitig, dass dem Vertrag gestützt darauf eine höhere Bindungswirkung als der Verfügung zuzuerkennen sei – u.a. deshalb, weil das Rechtsstaatsprinzip die Anpassung fehlerhafter Regelungen verlange.³¹⁴

MÄCHLER und TH. MÜLLER untersuchen die Beständigkeit verwaltungsvertraglicher Rechte im Zusammenhang mit der nachträglichen Fehlerhaftigkeit: Beide wählen den Weg über Treu und Glauben und die Eigentumsgarantie und kommen zum Schluss, das Ergebnis sei gleich, ob man das eine oder das andere als Grundlage wähle.³¹⁵ Bei MÄCHLER soll dies auch für *pacta sunt servanda* als mögliche Basis zutreffen, ohne dass darauf jedoch näher eingegangen wird.³¹⁶ So ist bei letzterem Autor in der Interessenabwägung bei nachträglicher Fehlerhaftigkeit zwar eine stärkere Beständigkeit des Vertrags im Vergleich mit der Verfügung gegeben, bei überwiegendem öffentlichem Interesse sollen Enteignung oder Ersatz des Vertrauensschadens aber infrage kommen.³¹⁷ Bei TH. MÜLLER sollte die Entschädigung des Privaten idealerweise über den Verweis auf privatrechtliches Schadenersatzrecht bewerkstelligt werden.³¹⁸

Etliche andere Autoren befürworten die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* oder die Anlehnung an die Regeln des OR, ohne sich damit weitergehend zur Vertragsbindung zu äussern. Einzig aus der regelmässig postulierten *erweiterten* Geltung der *clausula* für Fälle veränderten öffentlichen Interesses muss auf das Anliegen geschlossen werden, dem öffentlichen Interesse im Falle veränderter Umstände zulasten der Vertragsbindung eine Sonderbehandlung zuteil werden zu lassen.³¹⁹

³¹⁴ KLEIN, S. 112–113. Er zitiert dabei u.a. HUGUENIN, S. 515, die eine radikale Auffassung des Legalitätsprinzips vertritt und den Vertrauensschutz ausblendet.

³¹⁵ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 129; TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 231, kommt in einer Übersicht der Lehre zum Schluss, dass sich die Rechtsfolgen nicht unterscheiden. Er selbst begrüsst im Resultat die Gesetzesbeständigkeit nachträglich rechtswidriger verwaltungsrechtlicher Verträge mit dem Vorbehalt der Ablösung von Rechten gegen finanziellen Ausgleich, will diesen Ausgleich aber wie MOOR über den Verweis auf privatrechtliches Schadenersatzrecht bewerkstelligen (S. 254).

³¹⁶ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 129.

³¹⁷ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 129. Der Autor unterscheidet zwischen Verträgen mit und ohne besondere Bindungswirkung, wobei letztere eine Alternative zur zustimmungsbedürftigen Verfügung darstellen (§ 11, n. 47–65). Die zitierten Äusserungen beziehen sich auf Verträge mit besonderer Bindungswirkung.

³¹⁸ TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 254.

³¹⁹ So u.a. bei VOGEL, S. 305.

D. Zusammenfassende Würdigung

I. Keine Einigkeit in der Herleitung der Bindungswirkung des verwaltungsrechtlichen Vertrags

Im schweizerischen Verwaltungsrecht wird die Bindungswirkung des verwaltungsrechtlichen Vertrags zwar nicht mehr bestritten; die Ansätze und auch die Ausnahmen der «öffentlich-rechtlichen Vertragsbindung» sind jedoch sehr verschieden. Eine gefestigte Meinung besteht weder zum Inhalt von *pacta sunt servanda* im öffentlichen Recht noch zu seinem Verhältnis zu den anwendbaren öffentlich-rechtlichen Prinzipien und den Grundrechten. Einzige Konstante ist das Bestreben, in der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags genügend Spielraum zugunsten des «öffentlichen Interesses» freizuhalten. Dies äussert sich in der Anlehnung an die Regeln über den Widerruf fehlerhafter Verfügungen sowie beim Vertrauensschutz im allgemeinen Vorbehalt des überwiegenden öffentlichen Interesses. Bei anderen Urteilen ist dieses Anliegen zu erkennen in der Forderung, die Regeln zum öffentlich-rechtlichen Vertrag hätten der Beteiligung der hoheitlich handelnden Behörde Rechnung zu tragen,³²⁰ oder der Feststellung, der Vertrag müsse durch die Behörde an veränderte gesetzliche Grundlagen angepasst werden können.³²¹ Genauere Regeln zum Vorgehen fehlen.³²²

II. Beantwortung der Eingangsfragen

Mit dem vorliegenden Kapitel sollte eine Antwort auf folgende Fragen möglich werden: Erstens, ob *pacta sunt servanda* für den verwaltungsrechtlichen Vertrag gilt; zweitens, ob er diesfalls aus dem Zivilrecht übernommen werden kann oder mit einer eigenen öffentlich-rechtlichen Begründung gefüllt werden muss; und drittens, ob aus der Untersuchung der Vertragstreue etwas über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einseitiger Einwirkungsrechte der staatlichen Vertragspartei abgeleitet werden kann.

Die erste Frage nach der Geltung von *pacta sunt servanda* im verwaltungsrechtlichen Vertrag ist am schwierigsten zu beantworten: Die Verbindungslinie zwischen diesem Leitsatz des Vertragsrechts und der Verfassung lässt sich nicht direkt herstellen. Dennoch hat sich gezeigt, dass die Bindungswirkung des ver-

³²⁰ BGE 122 I 328 E. 7d) S. 341.

³²¹ Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2, in: ZBl 111/2010 S. 56–63.

³²² Dazu im Zusammenhang mit nachträglichen Gesetzesänderungen auch RIVA, Wohlworbene Rechte, S. 95: «Regeln, die der geschilderten Multipolarität der Leitvorstellungen gerecht zu werden vermöchten und insbesondere das problematische Verhältnis zwischen vertraglich begründeten Positionen und nachträglichen Gesetzesänderungen klären könnten, fehlen.»

waltungsrechtlichen Vertrags von niemandem mehr infrage gestellt wird. Die Vertragsbindung als Teilgehalt der Vertragstreue wird u.a. gerechtfertigt mit der Planungsfunktion des Vertrags («Funktion der Zukunftsregelung»), die den zeitlich verzögerten Austausch von Gütern und Dienstleistungen möglich macht, sowie mit der Rechtssicherheit, die mit dem Vertrauen entspringt, dass der andere Vertragspartner seine Pflichten erfüllen wird (und wenn nicht, dass geeignete Vollstreckungsmöglichkeiten bestehen). Diese beiden Funktionen erfüllt der heterogene verwaltungsrechtliche Vertrag gleichermassen wie sein privatrechtliches Gegenstück. Wählt der Staat die Handlungsform des Vertrags, weil er sich damit dessen Funktionen zunutze machen will, so ist als logische Folge davon die Vertragsbindung zu bejahen. Damit ist aber, wie *supra* bereits erwähnt, nicht mehr gesagt, als dass der verwaltungsrechtliche Vertragsschluss nicht völlig konsequenzlos sein soll. Damit bleibt zu ergründen, welche Ausnahmen von der Vertragsbindung im Verwaltungsrecht zu gelten haben.

Als Antwort auf die zweite Frage nach der Herleitung von *pacta sunt servanda* im Verwaltungsrecht kann gefolgert werden, dass der Grundsatz für das öffentliche Recht mit einer eigenen Grundlegung versehen werden muss und nicht an einer gewissermassen naturrechtlichen Bestimmung teilnimmt. Bereits im historischen Verlauf haben sich sowohl die Begründung als auch der Gehalt des Prinzips *pacta sunt servanda* mehrfach geändert, was bedeutet, dass es bereits im Privatrecht die «naturrechtlich vordefinierte» Vertragstreue nicht gibt. Zwar als Teil unseres heutigen Rechtssystems unumstritten, reduziert sich das Prinzip bei genauerer Betrachtung auf eine allgemeine Richtschnur, die kaum Aussagen über den konkreten Ausgang eines bestimmten Vertragsproblems zulässt. Auch im Privatrecht werden von der Vertragstreue Ausnahmen zugelassen – in der Gestalt vertraglich vereinbarter einseitiger Rechte, durch Aufhebungsvertrag (*contrarius actus*) und durch gesetzlich vorgesehene Ausnahmen. Letztere gehen auf Interessen zurück, die der Gesetzgeber als schützenswerter betrachtet als die Aufrechterhaltung der Vertragstreue – etwa die Verhinderung einer Benachteiligung durch übermässige Bindung (Dauerschuldverträge), ein Gegengewicht zu einer ungleichen Machtverteilung (Mietrecht, Konsumentenschutz) oder im Zusammenhang mit der Störung der Gegenleistung.³²³

Ferner kann die Vertragstreue im Verwaltungsrecht auch deshalb nicht in identischer Form übernommen werden, weil sie insbesondere für den staatlichen Vertragspartner nicht ohne Weiteres als Korrelat der *Vertragsfreiheit* betrachtet werden kann, wie dies für das Privatrecht angenommen wird. Dies ist deshalb der Fall, weil die Vertragsfreiheit nur für den privaten Vertragspartner

³²³ WELLER, S. 288.

im verwaltungsrechtlichen Vertrag in der entsprechenden Form überhaupt gilt.³²⁴

Die dritte Frage lautete, ob aus der allgemeinen Untersuchung von Begründung und Gehalt von *pacta sunt servanda* etwas über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit staatlicher Einwirkung auf den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag abgeleitet werden könne. Diese Frage ist folgendermassen zu beantworten: Aus der Untersuchung der privatrechtlichen Vertragsbindung ergibt sich, dass für die vorliegende Untersuchung die Frage nicht lauten kann, ob ein staatliches Privileg im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag angesichts von *pacta sunt servanda* zulässig sein kann, denn *die Vertragstreue ist es sich gewohnt, verschiedenste Ausnahmen zu beherbergen*. Für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag muss die Frage daher lauten, *wie* ein allfälliges Privileg in *Begründung* und *Gehalt* im öffentlichen Recht ausfallen müsste. Ferner ist zu fragen, mit welchen *Rechtsfolgen* eine derartige einseitige Einwirkung versehen sein soll.³²⁵

III. Unterschiedliche Ausnahmen von *pacta sunt servanda* im Privatrecht und im öffentlichen Recht

Wir haben es gesehen: Für die Beantwortung der Frage nach Begründung und Gehalt von *pacta sunt servanda* im Verwaltungsrecht erweist sich das Privatrecht strukturell als schlechte Inspirationsquelle. Nie wird im Privatrecht eine Abweichung von *pacta sunt servanda* zugunsten des Stärkeren zugelassen; oftmals liegt die Rechtfertigung in einer (drohenden) Benachteiligung einer der

³²⁴ Die Thematik der (fehlenden) Vertragsfreiheit des Staats wird im Rahmen dieser Abhandlung nicht gesondert untersucht. Verwiesen sei stichwortartig statt vieler auf folgende Lehrmeinungen: DUBEY/ZUFFEREY, n. 1071; ABEGG, Vertragsfreiheit, S. 393, 405–406; ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 185–186; WALDMANN, Einführung Vertrag, S. 3, insb. Fn. 5: «Es besteht weder eine *Abschluss-* noch eine *Inhaltsfreiheit*, da sich das Gemeinwesen einerseits an den ihm durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben zu orientieren und andererseits die rechtsstaatlichen Garantien (insbesondere das Legalitätsprinzip) zu beachten hat. Die *Partnerwahlfreiheit* wird insbesondere durch den Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) eingeschränkt. Ferner existiert nach vorherrschender Meinung keine *Formfreiheit*, und die *Aufhebungsfreiheit* steht unter dem Vorbehalt des Vertrauensschutzprinzips und des öffentlichen Interesses.» Ferner MÄCHLER, Vertrag, § 6 n. 4–13.

³²⁵ Die Frage, in welcher Form eine einseitige Einwirkung vonstatten geht, wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur teilweise diskutiert. Angesprochen wird der Unterschied zwischen regulatorischer, indirekter Einwirkung und direkter Einwirkung im Vertrag (*supra* S. 16 ff.). Nicht im Detail diskutiert wird die Frage, in welcher Form die direkte vertragliche Einwirkung geschieht (Verfügung oder vertragliches Gestaltungsrecht), und wenn letzteres, wie ein solches Gestaltungsrecht vor dem Hintergrund des materiellen Verfügungsbegriffs zu betrachten ist – siehe zu dieser Frage *infra* S. 230 ff.

Vertragspartner. Dies hilft im vorliegenden Zusammenhang, wo es um privilegierte staatliche Einwirkung geht, nicht weiter. Dem Privatrecht fehlen denn auch die Mittel, das ihm grundsätzlich fremde «öffentliche Interesse» in das Vertragsrecht einzuordnen. Dafür ist Orientierung im öffentlichen Recht und namentlich in der Verfassung zu suchen.

Für die Frage nach der *Rechtsfolge* einer festgestellten Ausnahme von der Vertragsbindung sieht die Situation unter Umständen anders aus: Geht es darum, die Situation der privaten Vertragspartnerin zu beurteilen, die sich – namentlich in einem wirtschaftlichen Kontext – auf die Erfüllung des Vertrags durch die Behörde eingestellt hat, kann sich ein Vergleich zum Privatrecht und namentlich zum dort entwickelten Schadenersatzrecht durchaus lohnen.³²⁶

³²⁶ Siehe dazu *infra* S. 177 ff.

§ 6 Mögliche Grundlagen des staatlichen Privilegs

Die vorliegende Untersuchung thematisiert die Widerstandskraft der Vertragsbindung gegenüber nachträglicher staatlicher Einwirkung. Aber auf welcher Begründung genau fusst das staatliche Privileg im verwaltungsrechtlichen Vertrag? Nebst dem Legalitätsprinzip (*infra* A.) ist als möglicher Einwirkungsgrund auch das allgemeinere öffentliche Interesse zu betrachten (*infra* B.) sowie der Grundsatz der Veränderlichkeit der Rechtsordnung (*infra* C.). Ein Exkurs soll schliesslich die staatliche Aufgabe als mögliche Fundierung des staatlichen Privilegs kurz beleuchten (*infra* D.).

Im Zentrum steht vorliegend der Fall, in welchem *das anwendbare Recht während eines laufenden, fehlerfrei begründeten Dauervertrags abgeändert wird* oder neue Rechtspflichten eingeführt werden, die auf die private Vertragspartnerin des Staats zur Anwendung kommen sollen. Diese Situation illustriert am deutlichsten die Doppelrolle der staatlichen Behörde im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag, die einerseits als Vertragspartnerin auftritt, andererseits als Umsetzerin, manchmal auch Schöpferin, des Rechts. Weil aber oftmals von Interessenabwägungen die Rede ist, wenn es darum geht, Verwaltungsrechtsakte anzupassen, will diese Untersuchung fragen, *was genau* die Anpassung des Vertrags rechtfertigen soll; ob es (lediglich) die eigentliche Rechtswidrigkeit ist, die ein einseitiges Eingreifen der Behörde rechtfertigt, oder ob auch andere Grundlagen für eine privilegierte staatliche Einwirkung im Vertrag infrage kommen.

Mit der Wahl der untersuchten möglichen Grundlagen für das staatliche Privileg fällt auf, dass damit ein Einwirkungsgrund bereits ausgeschlossen wird: Die *reine Veränderung der Sachlage, die nicht zu einer eigentlichen Fehlerhaftigkeit im Sinne einer Verletzung von Rechtsnormen führt*,³²⁷ kann die Behörde nicht berechtigen, sich einseitig über die Vertragsbindung hinwegzusetzen.³²⁸ Mit anderen Worten ist eine Veränderung der Sachlage nur dann relevant, wenn sie unter einem der nachfolgenden Grundlagen des staatlichen Privilegs als massgeblich erscheint. Verändert sich die Tätigkeit eines Subventionsempfängers, ohne dass damit aber eine Diskrepanz zum Vertrag und zum anwendbaren Recht entsteht, so berechtigt dies die Behörde im Grundsatz

³²⁷ Aber: zur Einwirkung aus polizeilichen Gründen *infra* S. 170 ff.

³²⁸ Wohl a.M. diesbezüglich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 35 n. 12. In der hier vertretenen Ansicht kann damit höchstens in Fällen der *clausula rebus sic stantibus*, wie sie im Zivilrecht angewendet wird, eine Anpassung erfolgen. Dafür ist jedoch nicht die Vertragsbehörde zuständig. Siehe zur *clausula infra* S. 199 ff.

nicht, den Vertrag einseitig abzuändern.³²⁹ Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass es sich damit um ein dogmatisches Postulat handelt, das nicht immer ohne Schwierigkeiten in die Praxis übertragen werden kann. Im Einzelfall stellt es oftmals im Wesentlichen eine Frage der Argumentation dar, ob eine Situation zu einer eigentlichen Rechtswidrigkeit führt oder nicht. Als Illustration kann etwa auf den Streit zwischen einem Bundesamt und einer christlichen Organisation verwiesen werden, ob die Organisation zum Erhalt von Finanzhilfen für ihre Kinder- und Jugendarbeit berechtigt sei oder nicht.³³⁰ Das Bundesamt stellte sich auf die Position, die christliche Organisation verfolge primär missionarische Zwecke, womit sie die Voraussetzungen für den Erhalt der strittigen Finanzhilfen nicht mehr erfülle. Die betroffene Organisation vertrat demgegenüber die Meinung, es handle sich bei ihrer Jungschararbeit primär um Kinder- und Jugendförderung im Sinne des anwendbaren Gesetzes, womit dem beanstandeten Fakt, nämlich den missionarischen Zwecken, etwas vereinfacht keine Relevanz im Sinne der zu erteilenden Finanzhilfen zukäme. Der Streit drehte sich infolgedessen um die Überprüfung der *Gewichtung von Elementen der Sachlage durch die Behörde* und damit deren Auffassung, gewisse Aspekte dieser Sachlage – die Ausrichtung der christlichen Organisation auf die Verkündigung des Glaubens – hätten Relevanz für die Anwendung der massgeblichen gesetzlichen Grundlagen.

A. Das Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip ist im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit in verschiedenster Hinsicht von Interesse. Im vorliegenden Kapitel interessiert es (lediglich) als dogmatische Grundlage eines einseitigen staatlichen Einwirkungsrechts auf den Vertrag. Ist ein heterogener verwaltungsrechtlicher Vertrag anzupassen, wenn er sich mit geltendem Recht nicht (mehr) in Übereinstimmung befindet?

Art. 5 Abs. 1 BV bringt es prägnant zum Ausdruck: «Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns ist das Recht.»³³¹ Daraus lässt sich ohne grössere gedankliche Verrenkung die Folgerung ableiten, dass sich der Staat zu bemühen hat, die ständige Übereinstimmung seines Handelns mit dem geltenden Recht sicherzustellen, was im Grundsatz auch die Anpassung von Dauer-

³²⁹ Vgl. die Schlussfolgerungen zum öffentlichen Interesse sogleich *infra* sowie die Widerrufsründe für Verfügungen, *infra* S. 189 ff.

³³⁰ Siehe dazu Bundesverwaltungsgericht B-5483/2014 und B-7516/2014 vom 10. März 2016.

³³¹ Bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 12 n. 1: «Alles Verwaltungshandeln ist Rechtshandeln.»

sachverhalten an verändertes Recht gebietet.³³² Beginnt man sich in der Hoffnung auf einen solideren theoretischen Unterbau dieser Sätze mit den Aussagen der Lehre zum Legalitätsprinzip auseinanderzusetzen, offenbart sich aber rasch dessen extreme inhaltliche Weite,³³³ was die Orientierung erschwert.

Nebst allen positiven Gehalten des Legalitätsprinzips wird mit dem Grundsatz von Art. 5 Abs. 1 BV auch schlicht die *Abwesenheit von Privatautonomie der Verwaltung* zum Ausdruck gebracht.³³⁴ Damit gebietet verändertes Recht, d.h. eine veränderte Handlungsanweisung an die Verwaltung, auch eine Anpassung geltender Verwaltungsrechtsakte. Damit wird, in seiner allereinfachsten Form, das Postulat hergeleitet, dass aufgrund des Legalitätsprinzips bei Rechtswidrigkeit, d.h. bei Nichtübereinstimmung eines Dauersachverhalts mit geltendem Recht, die Anpassung dieses Dauersachverhalts vorzunehmen ist.³³⁵ Damit kann festgestellt werden: Das Legalitätsprinzip bildet (eine) Grundlage des staatlichen Privilegs. Dies ist freilich noch zu wenig nuanciert; ob und allenfalls wie (d.h. in welcher Form) Dauersachverhalte anzupassen sind, hängt von verschiedensten Faktoren ab. Die Lösung eines Konflikts mit dem geltenden Recht wird je nach Rechtsgebiet und je nach den sich im Einzelfall gegenüberstehenden Interessen, namentlich auch des Gewichts des privaten Vertrauensschutzes, unterschiedlich ausfallen.

B. Das öffentliche Interesse

Im öffentlichen Recht ist das öffentliche Interesse naturgemäss ein omnipräsentes Konzept. Gerade im Zusammenhang mit der Anpassung von Rechtsakten des öffentlichen Rechts wird regelmässig das Vertrauensschutzinteresse dem gegenläufigen *öffentlichen Interesse* gegenübergestellt.³³⁶ Kann aber das öffent-

³³² BGE 112 V 387 E. 3c) S. 393–394: «Insbesondere zeitlich unbefristet fortwirkende Anordnungen sind zu ändern, wenn sie dadurch einer nachträglich verwirklichten Änderung des objektiven Rechts anzupassen sind; die Rechtsänderung erlaubt nicht nur die Anpassung, *sie verlangt diese*» (Hervorhebung hinzugefügt).

³³³ In den Worten von TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 n. 2: «Thematisch ist das Legalitätsprinzip von unangenehmer Uferlosigkeit. [...] Im Kern geht es um die *Verteilung der Regelungslast im demokratischen Rechtsstaat*: Wer hat welche Rechtsprobleme zu lösen, in welchen Formen, mit welcher Bestimmtheit? Diese Fragen gehören zu den komplexesten unseres Staats- und Verwaltungsrechts. Es wundert daher nicht, dass sich aus dem Legalitätsprinzip fast beliebige Einzelforderungen ableiten lassen» (Hervorhebung im Original).

³³⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 12 n. 1.

³³⁵ KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 138, 196. Am deutlichsten tritt dies wohl im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verfügungen zutage; siehe dazu der bereits *supra* S. 86 Fn. 332 zitierte BGE 112 V 387 E. 3c) S. 393–394.

³³⁶ Siehe dazu beim Widerruf *infra* S. 190 f.

liche Interesse *an sich*, *losgelöst von einer eigentlichen Rechtswidrigkeit*, als Rechtfertigung des staatlichen Privilegs im verwaltungsrechtlichen Vertrag gelten und damit der Vertragsbindung entgegnetreten? Ist es der Behörde mit anderen Worten möglich, sich auf das «veränderte öffentliche Interesse» zu berufen, um einen laufenden heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag einseitig abzuändern oder zu beenden? Nach einer kurzen Übersicht (*infra* I.) soll daher darauf eingegangen werden, wie das öffentliche Interesse wirkt (*infra* II.). Geschlossen wird mit einem Fazit (*infra* III.), nämlich dass es für den direkten Eingriff in den Vertrag nicht ausreicht, dass die staatliche Vertragspartnerin sich lediglich auf das öffentliche Interesse beruft. Vielmehr hat sie darzulegen, inwiefern ohne die einseitige Einwirkung eine eigentliche *rechtswidrige Situation* besteht; mithin ist zu begründen, dass ohne den Eingriff nicht nur eine dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufende Situation, sondern ein eigentlicher Rechtsverstoß vorliegt.

I. Grundsätzliches zum öffentlichen Interesse

1. Das «Öffentliche» am öffentlichen Interesse

Was macht ein Interesse zu einem «öffentlichen Interesse»? Eine allgemeingültige Definition dessen, was als öffentliches Interesse zu gelten hat, gibt es nicht. Vielmehr handelt es sich um eine «Vielzahl zeitlich und örtlich wandelbarer Interessen unterschiedlichster Art»,³³⁷ die sich aus den Wertungen des Verfassungs- sowie auch des Gesetzgebers herauslesen lassen.³³⁸ Ein öffentliches Interesse ist ein Anliegen, das als Interesse der Allgemeinheit³³⁹ von der Gesellschaft gestützt wird, selbst wenn nicht alle davon profitieren.³⁴⁰ Dabei handelt es sich in erster Linie um einen qualitativen, nicht um einen quantitativen Begriff³⁴¹ insofern, als dass es sich um einen Wertungsentscheid eines grossen Bevölkerungsteils handelt, nicht um eine eigentliche *Betroffenheit der Mehrheit*. Würde das öffentliche Interesse im Sinne einer «Betroffenheit einer Bevölkerungsmehrheit» aufaddiert, wäre Gesetzgebung zum Schutz von Minderheiten oder die Schaffung eines Nationalparks beschränkten räumlichen Ausmasses von Vorneherein ausgeschlossen. Es kann sich beim öffentlichen Interesse um

³³⁷ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 193. Zur Wandelbarkeit ferner auch WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 1867; HAFNER, Staatsaufgaben, S. 301; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 140.

³³⁸ GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 193–194; EPINEY, BSK BV, Art. 36 n. 49–50.

³³⁹ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 288–289, bringt den Begriff des Öffentlichen in Verbindung mit dem Begriff der Allgemeinheit und letztlich demjenigen des Gemeinwohls.

³⁴⁰ HANGARTNER, Widerruf, S. 28.

³⁴¹ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 294.

handfeste materielle Interessen oder aber auch um ideelle Interessen handeln, so etwa das öffentliche Interesse an der Bewahrung von Brauchtum und Tradition.³⁴² Sicherlich sind alle diejenigen Anliegen, die mit den eigentlichen *staatlichen Aufgaben*³⁴³ verfolgt werden, öffentliche Interessen.³⁴⁴ Betrachtet man die Rechtsprechung und Lehre zu den Grundrechten, so gibt es zwar keine eigentliche Rangordnung öffentlicher Interessen; die schweizerische Bundesverfassung nimmt im Gegensatz zu einigen Bestimmungen der EMRK³⁴⁵ keine Gewichtung vor, welche öffentlichen Interessen grundsätzlich geeignet sein sollen, ein Grundrecht einzuschränken. Damit kommt zumindest in der Theorie für die Einschränkung von Grundrechten jedes öffentliche Interesse infrage.³⁴⁶ Trotzdem lassen sich gewissermassen zwei «Enden» der öffentlichen Interessen identifizieren: Am oberen Ende stehen die polizeilichen Interessen, denen am meisten Schlagkraft zugeschrieben wird. Dieses Gewicht äussert sich nicht nur darin, dass ihnen für viele Grundrechte Verdrängungswirkung zukommt, die andere öffentliche Interessen nicht aufzubringen vermögen;³⁴⁷ es lässt sich auch aus Konstrukten wie der polizeilichen Generalklausel und dem entschädigungslosen Polizeieingriff entnehmen.³⁴⁸ Am unteren Ende der Skala findet sich das fiskalische Eigeninteresse des Staats, dessen Gewicht zumindest als grundrechtsbeschränkendes öffentliches Interesse kritisch-restriktiv gehandhabt wird.³⁴⁹

³⁴² So u.a. Bundesgericht 1C_383/2016, 1C_409/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 5.2, im Zusammenhang mit dem nächtlichen Geläut von Kirchenglocken.

³⁴³ Zum Begriff der staatlichen Aufgabe *infra* S. 88 ff.

³⁴⁴ TSCHANNEN, § 7 n. 106.

³⁴⁵ So Art. 8–11 EMRK.

³⁴⁶ WYSS, Öffentliche Interessen, S. 262 n. 140.

³⁴⁷ Siehe dazu SCHWEIZER, SGK BV, Art. 36 n. 33. Ferner zur Gewichtung JAAG, Preferred freedoms, S. 358–360, insb. S. 360.

³⁴⁸ Zum entschädigungslosen Polizeieingriff *infra* S. 170 ff.

³⁴⁹ BGE 135 I 49 E. 6 S. 58–63, insb. E. 6.3 S. 60: «Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Gemeinde A. ein legitimes Interesse an einem gesunden Finanzhaushalt hat, und demnach ist verständlich, dass sie sich gegen die Übernahme von beträchtlichen Sozialleistungen zur Wehr setzt. Derartige finanzielle Interessen können nicht von vornherein als unerheblich bezeichnet werden.» Dennoch war das finanzielle Interesse der Gemeinde an der Nicht-Einbürgerung einer sozialhilfeabhängigen behinderten Ausländerin nicht genügend gewichtig, um sich gegen das erhebliche Interesse der Beschwerdeführerin an einer Einbürgerung durchzusetzen. Ferner BGE 118 Ia 410 E. 4a) S. 413–414: Unzulässigkeit einer Wohnsitzpflicht aus rein fiskalischen Gründen. Siehe dazu aber Bundesverwaltungsgericht A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 7.4.3–7.4.5: Erhebliches, i.c. überwiegendes öffentliches Interesse an der effizienten Verwendung der begrenzten Mittel des KEV-Fonds zur Förderung der Energieeffizienz. Siehe dazu auch den kritischen Kommentar von WYSS, Nulltarif, S. 233–234. Eine nuancierte Darstellung des Verhältnisses zwischen fiskalischen Interessen des Staats und grundrechtlichen Ansprüchen findet sich bei WYSS, Öffentliche Interessen, S. 358–374 n. 380–412.

Trotz seiner vielfältigen Wirkungsweise wird dem öffentlichen Interesse als Konzept jegliche Lenkungs-kraft abgesprochen.³⁵⁰ Es vermag erst im Einzelfall, spezifiziert, konkretisiert und gegen gegenläufige Interessen abgewogen, einen Beitrag zur konkreten Lösungsfindung zu leisten.³⁵¹

2. Fundamentale Rolle für den Staat und in einer demokratischen Gesellschaft

Überhaupt kann die Verfolgung öffentlicher Interessen etwas verkürzt und schematisch als eigentliche *raison d'être* des demokratischen Staats bezeichnet werden.³⁵² Umgekehrt ausgedrückt ist das öffentliche Interesse sowohl Voraussetzung als auch Grenze allen staatlichen Handelns,³⁵³ was u.a. in Art. 5 Abs. 2 BV zur Geltung gebracht wird, der verlangt, dass alles staatliche Handeln im öffentlichen Interesse zu liegen hat.

Der oben bereits erwähnte Begriff der *Allgemeinheit* deutet den Prozess an, mit welchem dieses Interesse erhoben werden soll: In einer demokratisch organisierten Gesellschaft sorgt der politische Prozess der Willensbildung und -bekundung durch Wahlen und Abstimmungen dafür, dass die von einer Mehrheit der Gesellschaft als relevant erachteten Interessen als eigentliche *öffentliche Interessen* verfolgt werden.³⁵⁴ Das Gesetzgebungsverfahren stellt denn auch eine «staatlich kanalisierte Form des Gemeinwohlfindungsprozesses» dar.³⁵⁵

II. Mechanismen: Wie das öffentliche Interesse wirkt

Das öffentliche Interesse wirkt in verschiedener Form: Einerseits umreisst es – wie bereits erwähnt – die Tätigkeit des Staats, indem es selbstverständliche Voraussetzung und Grenze allen staatlichen Handelns bildet.³⁵⁶ In dieser ersten

³⁵⁰ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 300; GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 176, bemerkt, dass die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Konturlosigkeit des Begriffs dazu führen, «dass das Erfordernis des öffentlichen Interesses faktisch weder bei der Rechtsetzung noch bei der Rechtsanwendung eine nennenswerte Lenkungs- und Begrenzungswirkung entfaltet».

³⁵¹ Siehe dazu im Zusammenhang mit Einschränkungen von Grundrechten TSCHANNEN, § 7 n. 108.

³⁵² Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, S. 2 n. 3, mit weiteren Hinweisen; HANGARTNER, Widerruf, S. 27.

³⁵³ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 295. Siehe dazu sogleich im Text.

³⁵⁴ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 289; HAFNER, NGOs, S. 155; WYSS, Öffentliche Interessen, S. 132 n. 295.

³⁵⁵ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 294.

³⁵⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 20 n. 13: «Das Erfordernis des öffentlichen Interesses dient [...] dazu, staatliche Handlungsmotive zu legitimieren und zu limitieren.» RÜTSCHKE, Öffentliche Aufgaben, S. 158: «Das öffentliche Interesse ist [...] bei jedem staat-

Form wird es flankiert vom Gesetzmässigkeitsprinzip von Art. 5 Abs. 1 BV, das ebenfalls alles staatliche Handeln bestimmt,³⁵⁷ sowie vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) und dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Wird das öffentliche Interesse als Teil der Interessenabwägung zwischen «öffentlichen» und «anderen» Interessen in die Waagschale gelegt als Illustration, als Vertretung der Position des Staats für oder wider eine bestimmte Angelegenheit, so dient es damit in den meisten Fällen der Rechtfertigung des staatlichen Handelns im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV.

Andererseits begrenzt es Rechtspositionen des Einzelnen,³⁵⁸ indem es einen Teil beiträgt zur Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen³⁵⁹ oder Schädigungen, wie sie Gegenstand des Staatshaftungsrechts bilden.³⁶⁰ Zumindest im Zusammenhang mit Grundrechtsbeschränkungen nach Art. 36 BV vermag sich das öffentliche Interesse nicht aus dem Schatten der gesetzlichen Grundlage des Eingriffs, wie sie ebenfalls von Art. 36 BV verlangt wird, zu lösen. Wie sieht es aber aus bei der Interessenabwägung, die das Grundrecht auf Vertrauensschutz begrenzt?³⁶¹

Eine mögliche Illustration dafür findet sich im Recht des Verfügungswiderrufs, wo sich zeigt, dass es einer eigentlichen nachträglichen *Fehlerhaftigkeit* bedarf, um eine Verfügung entgegen dem Vertrauensschutzinteresse der betroffenen Person zu widerrufen.³⁶² Das Verhältnis des betreffenden Rechtsakts zum objektiven Recht muss so ausfallen, dass sich eine andere Beurteilung der Situation nahezu aufdrängt.³⁶³ Das Vertrauensschutzinteresse des Verfügungsadressaten wird spezifisch gegen das Gebot der «richtigen Durchführung des objekti-

lichen Handeln [...] selbstverständlich vorauszusetzen.» HAFNER, NGOs, S. 173–174; ferner HAFNER, Staatsaufgaben, S. 295, 298.

³⁵⁷ Siehe dazu bereits soeben *supra* S. 77 f.

³⁵⁸ BGE 94 I 541 E. 5a) S. 548–549: «*L'intérêt public est une notion générale que l'on trouve non seulement en matière de garantie de la propriété, mais également dans tous les domaines du droit constitutionnel et du droit administratif. Il constitue la condition et la mesure de toute intervention de l'Etat dans la sphère des particuliers [...]*». HAFNER, Staatsaufgaben, S. 295.

³⁵⁹ HAFNER, NGOs, S. 173.

³⁶⁰ WIEDERKEHR, S. 76, führt den in der Staatshaftung anerkannten Rechtfertigungsgrund der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt auf dessen Kern zurück, der im Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen bestehe.

³⁶¹ Siehe zum Mechanismus der Grundrechtsanwendung beim Vertrauensschutz *infra* S. 128 ff.

³⁶² Siehe dazu *infra* S. 189 ff.

³⁶³ Siehe dazu den auch *infra* Fn. 838 im Kapitel zum Widerruf erwähnten BGE 136 II 177 E. 2.2.1 S. 181–182; derselbe Entscheid geht noch weiter und statuiert, es sei «im Einzelnen darzulegen, inwiefern das neue Recht zu einer anderen Beurteilung führen muss».

ven Rechts» abgewogen.³⁶⁴ Dabei liegt das öffentliche Interesse in genau dieser richtigen Durchführung des Rechts; Grund der Anpassung bildet gerade die entstandene Diskrepanz zur Rechtskonformität, nicht lediglich ein irgendwie geartetes, nicht an eine Gesetzesnorm angebundenes öffentliches Interesse. Dies zeigt sich auch darin, dass eine Praxisänderung der zuständigen Verwaltungsbehörde nur dann ausnahmsweise als Rückkommensgrund akzeptiert wird, wenn es etwa um polizeiliche Interessen geht oder wenn die Nichtanwendung der neuen Praxis zu einer eigentlichen verpönten Ungleichbehandlung führen würde.³⁶⁵

III. Fazit

Trotz seiner zentralen Rolle ist das öffentliche Interesse alleine in der hier vertretenen Ansicht im Grundsatz ungenügend, um das Handeln der Verwaltung anzuleiten, und dies insbesondere dann, wenn grundrechtlich gesicherte Positionen des Einzelnen entgegenstehen. Das öffentliche Interesse hat sich in Rechtsnormen zu äussern, die es herunterbrechen und konkretisieren. In den Worten von TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER ausgedrückt: «Die Figur des öffentlichen Interesses ist in der Hand des Staats eine scharfe Waffe. Ihren vorschnellen Einsatz wird man nur verhindern können, wenn der Begriff des öffentlichen Interesses als *Platzhalter* für jene Anliegen reserviert bleibt, die den demokratischen Prozess der Verfassungs- und Gesetzgebung erfolgreich durchlaufen haben und deren Status als öffentliches Interesse daher *durch die Rechtsordnung selbst* ausgewiesen ist.»³⁶⁶ Als Ausnahme davon dienen etwa «polizeiliche» Eingriffe im engeren Sinn, die die unmittelbare Gefahrenabwehr zum Gegenstand haben. Im Zusammenhang mit Grundrechtseingriffen wird dies durch Art. 36 Abs. 1 BV illustriert, der in «Fälle[n] ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr» eine Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage macht.

Es wird zu zeigen sein, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag ein Vertrauensschutzinteresse des Privaten begründet, das unter Art. 9 BV grundrechtlich

³⁶⁴ BGE 94 I 336 E. 4 S. 343–344: «Ob ein Verwaltungsakt von der Behörde zurückgenommen oder abgeändert werden kann, hängt daher, soweit darüber nicht positive gesetzliche Bestimmungen bestehen, von einer Abwägung der beiden sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte ab: des Gebots der richtigen Durchführung des objektiven Rechts auf der einen und der Anforderungen der Rechtssicherheit auf der andern Seite.»

³⁶⁵ Dazu *infra* S. 189.

³⁶⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 20 n. 3 (Hervorhebungen im Original). Im Zusammenhang mit Grundrechtsbeschränkungen kodifiziert Art. 36 Abs. 1 i.f. BV die Ausnahme der polizeilichen Generalklausel, die im Falle «ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr» ein Handeln ohne spezifische gesetzliche Grundlage erlaubt.

geschützt wird.³⁶⁷ Es ist die hier vertretene Ansicht, dass das gewichtige gegenläufige öffentliche Interesse, das das private Vertrauensschutzinteresse begrenzt, sich in der Form einer eigentlichen Rechtsnorm zu manifestieren hat (d.h. als öffentliches Interesse *an der Anwendung des neuen Rechts*), um ein aus Vertrag entstandenes Vertrauensschutzinteresse durch direkte einseitige staatliche Einwirkung einzuschränken.

Daraus kann gefolgert werden, dass das öffentliche Interesse *in Alleinstellung* als Grundlage des vertragsdogmatischen Privilegs im Normalfall nicht ausreicht. Es ist der Behörde mit anderen Worten verwehrt, den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag lediglich deshalb einseitig abzuändern oder ausserordentlich zu beenden, weil er sich in der Wahrnehmung der Behörde in einem *Widerspruch zum öffentlichen Interesse* befindet.³⁶⁸ Die Behörde hat zu substantzieren, inwiefern es sich bei der zu korrigierenden Situation nicht bloss um einen Widerspruch zum öffentlichen Interesse, sondern um *eine eigentliche Rechtswidrigkeit* handelt. In dieser Argumentation kann das öffentliche Interesse *kontextgebend* wirken; es kann nur, aber immerhin, zur *Gewichtung* oder *Illustration* der Durchsetzungskraft der entsprechenden Rechtsnorm beigezogen werden. Im Normalfall hat es sich aber im metaphysischen Hintergrund zu halten; es darf gerade im Zusammenhang mit einer Grundrechtsbeschränkung, wie sie mit der Einwirkung auf einen Vertrag vorliegend zur Diskussion steht, nur selten aus dieser wichtigen, aber akzessorischen Rolle ausbrechen.³⁶⁹ Einer dieser seltenen Fälle bildet das unter dem Schlagwort des «Polizeieingriffs» zusammengefasste Handeln zur unmittelbaren Gefahrenabwehr.³⁷⁰

C. Der Grundsatz der Veränderlichkeit der Rechtsordnung

I. Ausgangslage

Die Ansprüche und die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber dem Staat stehen einer gewichtigen Feststellung gegenüber: Gesetze können jederzeit ändern.

³⁶⁷ Siehe dazu *infra* S. 117 ff.

³⁶⁸ A.M. aber WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 117, 225–227. Diese Autorin will auch einen Widerspruch zum öffentlichen Interesse im Grundsatz als Grundlage für die Rücknahme oder Anpassung eines verwaltungsrechtlichen Vertrags gelten lassen, auch wenn sie einräumt, dass in einer solchen Situation dem privaten Vertrauensschutzinteresse des betroffenen Privaten in den meisten Fällen ein grosses Gewicht einzuräumen sein wird.

³⁶⁹ Mit der Bezeichnung des öffentlichen Interesses als «akzessorisch» zur gesetzlichen Grundlage soll zum Ausdruck gebracht werden, dass sich eine bestehende gesetzliche Grundlage zwar immer auch über ein öffentliches Interesse auszuweisen hat, beim Fehlen einer gesetzlichen Grundlage dem öffentlichen Interesse alleine aber der Boden entzogen ist.

³⁷⁰ Siehe dazu *infra* S. 170 ff.

Es gehört zum Wesen des Staats als Selbstorganisationsform, dass die wahrzunehmenden öffentlichen Interessen sich verändern und daher die Anpassung des Rechts an diese Anliegen folgen muss. In den Worten des Bundesgerichts: «Innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken steht dem Gesetzgeber grundsätzlich Handlungsfreiheit zu. Er kann neue Regelungen treffen oder bestehende abändern und auf diese Weise geänderten tatsächlichen Gegebenheiten oder veränderten Anschauungen und Wertvorstellungen Rechnung tragen [...]. Insoweit ist es ihm nicht grundsätzlich verwehrt, in bestehende Verhältnisse einzugreifen oder solche abzuändern.»³⁷¹ Die Rechtsordnung ist als «zeitliches Kontinuum»³⁷² zu verstehen. Der Grundsatz der Veränderlichkeit der Rechtsordnung findet aber wohl in jedem Rechtsgebiet eine eigene Ausprägung, etwa im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie, wo regelmässig betont wird, kein Eigentümer könne damit rechnen, dass ihm einmal gewährte Befugnisse auf alle Zeiten erhalten blieben.³⁷³ Weiter ist aus der Rechtsprechung zum öffentlichen Arbeitsrecht der Passus geläufig, dass «das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis [...] durch die jeweilige Gesetzgebung bestimmt [wird], [und es] daher, auch was seine vermögensrechtliche Seite betrifft, die Entwicklung mit[macht], welche die Gesetzgebung erfährt [...]».³⁷⁴

II. Herleitung des Grundsatzes

Geformt und umrissen wird die Veränderlichkeit der Rechtsordnung durch die Verfassung. Die Bundesverfassung hält eindeutig fest, dass sowohl die Kantonsverfassungen als auch die Bundesverfassung selbst jederzeit abgeändert werden können (Art. 51 Abs. 1 und Art. 192 Abs. 1 BV).³⁷⁵ Dass dem so ist (und damit Unveränderlichkeitsklauseln nicht mehr zulässig sind³⁷⁶), leitet die Lehre aus

³⁷¹ Bundesgericht 1C_168/2008 E. 4.2. Ferner BGE 145 II 140 E. 4 S. 145; Bundesgericht vom 19. November 1975, in: ZBl 1976/77 S. 202–206 E. 2b) S. 203 (unpublizierte Erwägung von BGE 101 Ia 450); für ein Beispiel aus den Anfängen des Bundesgerichts BGE 5 388 E. 4 S. 397.

³⁷² KLETT, S. 236.

³⁷³ BGE 105 Ia 330 E. 3d) S. 337–338: «Auch kann kein Eigentümer damit rechnen, dass die gegebenen Nutzungsmöglichkeiten auf alle Zeiten bestehen bleiben». Zum Spannungsverhältnis zwischen Konkretisierung von Grundrechten und Einschränkungen siehe *infra* S. 150 ff.

³⁷⁴ Bundesgericht 2P.298/1998 vom 2. Juli 1999 E. 3a), in: Pra 89/2000 Nr. 22 S. 115–122; weiter auch BGE 106 Ia 163 E. 1a) S. 166; BGE 100 Ia 312 E. 5 S. 318; Bundesgericht vom 18. Oktober 1985 E. 5b), in: ZBl 87/1986 S. 265–272.

³⁷⁵ Art. 51 Abs. 1 BV: «Jeder Kanton gibt sich eine demokratische Verfassung. Diese bedarf der Zustimmung des Volkes und muss revidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt.» Art. 192 Abs. 1 BV: «Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden.»

³⁷⁶ KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 122 Fn. 34.

dem Demokratieprinzip,³⁷⁷ teilweise aus dem Legalitätsprinzip,³⁷⁸ ab. Diese Regel auf Verfassungsstufe gilt auch für die übrige Rechtsordnung, «denn jeder Norm unterverfassungsrechtlicher Stufe kann mittels Verfassungsänderung die Geltungsgrundlage entzogen werden».³⁷⁹ Dass sich Gesetze ändern, liegt also nicht am Grundsatz der Veränderlichkeit der Rechtsordnung selbst, sondern an zwei darunterliegenden Prinzipien: dem Demokratieprinzip und dem Legalitätsprinzip.

III. Beschränkung und Gewichtung

Gibt die Verfassung das Prinzip vor, so ist es auch die Verfassung, die es an anderen Grundsätzen beschränkt. So stellt sich immer wieder die Frage, inwiefern die Freiheit des Gesetzgebers durch grundrechtliche Ansprüche des Einzelnen begrenzt werden kann, im vorliegenden Zusammenhang konkret aus dem Vertrauensschutz sowie aus der Eigentumsgarantie.³⁸⁰ Fest steht, dass weder der Vertrauensschutz noch die Eigentumsgarantie dem Einzelnen einen Anspruch auf Gesetzesbeständigkeit gewähren.³⁸¹ Beide Grundrechte vermögen jedoch punktuell durch Entschädigungsansprüche oder Anspruch auf Nichtanwendung gegenüber dem veränderten Recht Widerstand zu leisten.³⁸² Diesen begrenzen-

³⁷⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 n. 12: «selbstverständlicher Ausdruck des Demokratieprinzips»; so auch TSCHENTSCHER, BSK BV, Art. 9 n. 15; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, n. 1456; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 279.

³⁷⁸ KNAPP, n. 465, hält fest, dass es keine Selbstbindung der Behörde bei der Ausübung gesetzgeberischer Tätigkeit geben könne: «*Il n'y a pas de limite à la faculté de changer une loi*»; KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 122 Fn. 34.

³⁷⁹ KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 122 Fn. 34. Zum Fehlen einer Verfassungsnorm, die den Gesetzgeber an seine eigenen Zusicherungen bindet, und dem Verhältnis zum Vertrauensschutz siehe ferner WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 279.

³⁸⁰ Siehe zur Eigentumsgarantie sowie zum Vertrauensschutz *infra* S. 98 ff. sowie 117 ff.

³⁸¹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 91–92, aufgrund einer detaillierten Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Ferner GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 391.

³⁸² Siehe dazu für den Vertrauensschutz *infra* S. 130 ff. BGE 145 II 140 E. 4 S. 145 («angemessene Übergangsfristen» aus Treu und Glauben); GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 184, spricht von «normkorrigierende[r] Wirkung» des Vertrauensschutzes. Prägnant kommt es in den Worten WEBER-DÜRLERS, Vertrauensschutz, S. 283, zur Geltung: «Daraus, dass ein fixer Anspruch auf den Fortbestand des Gesetzes fehlt, folgt nicht zwingend, dass man eine noch so rücksichtslose Änderung hinzunehmen hat. Wenn jedes Gesetz unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Revision stünde, wäre ein sinnvoll planendes Verhalten des Individuums unmöglich – die durch das Gesetz geschaffene Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit wären zunichte. Eine so grenzenlose Unsicherheit ist nicht zu vereinbaren mit der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für Freiheit und Autonomie des Individuums.» Im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie kann die Besitzstandsgarantie diese normkorrigierende Wirkung herbeiführen, vgl. dazu *infra* Fn. 485.

den Funktionen, oder mit anderen Worten der intertemporalrechtlichen Problematik, wird zunehmend mehr Aufmerksamkeit entgegengebracht – ohne dass dies jedoch am Grundsatz der Veränderlichkeit des Rechts selbst etwas ändert.³⁸³

IV. Folgen und Bedeutung für die vorliegende Untersuchung

Was bedeutet diese Feststellung für die vorliegende Arbeit? Es drängt sich die offensichtliche, aber dennoch bedeutsame Erkenntnis auf, dass dem Einzelnen *kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal gegebenen rechtlichen Regelung* zukommt, auch wenn diese für ihn in wirtschaftlicher oder sonstiger Hinsicht von Bedeutung ist: Es ist axiomatischer Teil des demokratischen Rechtsstaats, dass sich der Bürger auf sich wandelndes Recht einstellen muss; die entschädigungslose Veränderung bildet den Normalfall, die Entschädigung die Ausnahme.³⁸⁴ Wie sich zeigen wird, vermag auch das früher als «gesetzesbeständig» gepriesene wohlerworbene Recht diese Folge nicht umzukehren.³⁸⁵ Hat der Gesetzgeber neues Recht geschaffen, so ist dieses als Regel rasch und vollständig in Kraft zu setzen.³⁸⁶ Dabei ist die Erkenntnis wesentlich, dass in der *Gesamtwichtung* die Verfassung dem Einzelnen keine Rechtspositionen zuspricht, die *per se* neues Recht absolut auszuhebeln vermögen. Das Axiom, dass sich der Staat an veränderte Bedürfnisse und Gefährdungen anpassen muss und damit Gesetze jederzeit der Anpassung zugänglich sein müssen, kann aber *nicht in sich als dogmatische Rechtfertigung* für Privilegien des Staats im Recht des verwaltungsrechtlichen Vertrags erhalten. Oder, mit anderen Worten, befreit die Beschreibung, dass *Veränderungen stattfinden*, nicht von der Frage, *welchen inhaltlichen Anforderungen die Veränderungen gehorchen müssen*, um sich gegen gleichrangige grundrechtliche Ansprüche des Einzelnen durchzusetzen.

³⁸³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 193.

³⁸⁴ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 108–109.

³⁸⁵ Siehe dazu *infra* S. 95 f.

³⁸⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 n. 16: Die «unverzügliche und ungeteilte Inkraftsetzung neuer Erlasse [bildet] schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit den nicht weiter zu rechtfertigenden *Normalfall*» (Hervorhebung im Original); GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 296: «[Es besteht ein] öffentliches Interesse an einer baldigen Inkraftsetzung des neuen Rechts.»

D. Exkurs: Die staatliche Aufgabe als Grundlage des staatlichen Privilegs?

I. Mass der staatlichen Einwirkung als Folge des Grads an Einbindung in die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe?

Eine andere Art der Rechtfertigung einseitiger staatlicher Einwirkung auf den Vertrag kann in der Sicherstellung der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe gesehen werden. So hat sich im Kapitel zur Klassifizierung verwaltungsrechtlicher Verträge gezeigt, dass sowohl bei ZWAHLEN als auch bei NGUYEN der Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe eine besondere Stellung einnimmt.³⁸⁷ Bei beiden Autoren soll sich das Mass der staatlichen Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag nach dem Grad der Einbindung in die staatliche Aufgabenerfüllung richten. Bindet der Staat den Privaten in die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe ein, so ist aufgrund dieser Aufgabe und je nach Grad der Einbindung des Privaten zu vermuten, dass aus der Pflicht der Behörde zur Aufgabenerfüllung ein gewisses *Steuerungsbedürfnis* folgt.³⁸⁸ RÜTSCHKE verwendet für den Beizug Privater zur Auslagerung staatlicher Aufgaben den Begriff des «Leistungsauftrags»,³⁸⁹ der jedoch hier nicht übernommen wird. Lediglich als Exkurs wird diese mögliche Fundierung des staatlichen Privilegs deswegen behandelt, weil sie sich im Gegensatz zu den anderen untersuchten Grundlagen aus der Interessenstruktur des jeweiligen Vertrags³⁹⁰ und nicht direkt aus einem Grundsatz des öffentlichen Rechts ergibt: Insofern, als dass der Vertrag dazu dient, die (Teil-)Erfüllung einer staatlichen Aufgabe durch den Privaten sicherzustellen, ist er dem Interesse der staatlichen Vertragspartnerin untergeordnet. Diese hat sicherzustellen, dass die staatliche Aufgabe erfüllt wird; der Vertrag mit dem Privaten wird zum Zweck der Erfüllung ebendieser Aufgabe abgeschlossen.

³⁸⁷ Siehe dazu *supra* S. 44 ff. Es ist jedoch auf eine gewisse terminologische Unschärfe bei beiden Autoren hinzuweisen. NGUYEN, S. 41, spricht vom «*contrat de dévolution*» als Vertrag zur Übertragung einer «*activité d'intérêt public*»; ZWAHLEN, n. 205, n. 255–263, führt als Begründung der Einwirkung beim Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe (bei ihm «*tâche d'administration publique*» genannt) das öffentliche Interesse an.

³⁸⁸ Dasselbe auch bei MOOR/POLTIER, S. 476–477.

³⁸⁹ RÜTSCHKE, Leistungsaufträge, S. 73. Bei diesem Autor dient der Begriff des Leistungsauftrags als Überbegriff für dasjenige Instrument, das «zur Auslagerung von staatlichen Aufgaben an öffentliche oder private Unternehmen» eingesetzt wird. Es kann sich dabei auf der Ebene der Handlungsformen jeweils um eine Verfügung, einen Vertrag oder sogar um eine gesetzliche Übertragung handeln; siehe dazu S. 80 derselben Publikation.

³⁹⁰ Siehe dazu die Feststellungen WELLSERS *supra* S. 58 f.

II. Die staatliche Aufgabe

Für das Konzept der staatlichen Aufgabe³⁹¹ gibt es weder eine klare Definition noch ein einheitliches Verständnis.³⁹² Die Abgrenzung vom öffentlichen Interesse gelingt nicht immer leicht,³⁹³ die Formulierungen der entsprechenden Gesetzesbestimmungen bleiben teils vage.³⁹⁴ RÜTSCHKE hat sich in einem Aufsatz eingehend mit dem Begriff der *öffentlichen* Aufgabe auseinandergesetzt – dieser

³⁹¹ Zur hier verwendeten Terminologie siehe sogleich im Text.

³⁹² Für eine Übersicht dazu RÜTSCHKE, Öffentliche Aufgaben, S. 154–155; ferner HAFNER, Staatsaufgaben, S. 282–283. Zum Fehlen einer eigentlichen Staatsaufgabenlehre RICHLI, Staatsaufgaben, n. 2. Auch im französischen Sprachgebrauch findet sich eine ähnlich schwindelerregende Begriffsvielfalt – so etwa die *activité étatique*, die *tâche étatique* oder die *tâche d'utilité publique*. Interessant ist in dieser Hinsicht BGE 142 I 195, in dem es um die Pflicht eines privaten, öffentlich subventionierten Alters- und Pflegeheims der Heilsarmee ging, in ihren Räumlichkeiten Sterbehilfe zuzulassen. Das Bundesgericht hält fest, der Kanton Neuchâtel handle «*dans le cadre de ses compétences légales en vue d'accomplir une tâche d'utilité publique, à savoir l'accès, pour les personnes en âge de bénéficier des prestations selon la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-veillesse et survivants [...], à des soins de qualité au meilleur coût [...], tâche d'utilité publique qu'il confie à des entités privées qu'il subventionne*» (E. 6.2.2 S. 214). Das Bundesgericht hält fest, durch den Abschluss einer Leistungsvereinbarung und den Erhalt von Subventionen sei die Heilsarmee zu einer *mit einer gemeinnützigen Aufgabe beauftragten Institution* geworden («*institution chargée d'une tâche d'utilité publique*», E. 6.4 S. 215). Damit ist es im Wesentlichen hinsichtlich der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und des Selbstbestimmungsrechts (im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 EMRK) der Bewohner nach Art. 35 Abs. 2 BV grundrechtsgebunden, was im Resultat, jedoch nicht in der expliziten Argumentation des Bundesgerichts so zur Geltung kommt, wo Art. 35 BV nur *en passant* erwähnt wird (E. 3.4 S. 204). Vgl. dazu auch Bundesgericht 2P.96/2000 vom 1. Juni 2001, wo das Bundesgericht die Frage der Grundrechtsgebundenheit eines privatrechtlichen Vereins zu beurteilen hatte, der von der Gemeinde La Chaux-de-Fonds die Bewilligung erhalten hatte, den öffentlichen Grund für die Organisation eines Volksfests zu gebrauchen und dafür Standplätze zu vermieten. Diesbezüglich hält das Bundesgericht fest, die Organisation des Volksfests selbst sei keine *tâche d'intérêt public*, weil auch darauf verzichtet werden könne (E. 4c aa)). Hingegen sei die Bewilligung gesteigerten Gemeindegebrauchs durchaus eine *tâche publique*, womit der Verein gegenüber den Marktfahrern grundrechtsgebunden sei (E. 5b–c)). Es scheint, dass mit den beiden Begriffen dasselbe gemeint ist. Vgl. zu den verschiedenen Arten staatlicher Aufgaben und insbesondere den verschiedenen «Intensitätsstufen staatlicher Verantwortung» u.a. HÄNER, Grundrechtsgeltung, insbesondere S. 1148–1149. Vgl. zur Problematik der Terminologie bereits *supra* Fn. 387, wo die untersuchten Klassifizierungen von ZWAHLEN und NGUYEN verschiedene Umschreibungen der staatlichen Aufgabe resp. der Aufgabe im öffentlichen Interesse verwenden.

³⁹³ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 297–298. Siehe aber zur Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen staatlichen Aufgaben und öffentlichen Interessen HAFNER, NGOs, S. 168–170.

³⁹⁴ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 287, weist in diesem Zusammenhang auf die «Konturenlosigkeit, mangelnde Vollständigkeit und Abstraktheit» der Kataloge von Staatsaufgaben in den Verfassungen hin.

Autor unterscheidet zwischen *Staatsaufgaben*, verstanden als «Aufgaben [...], die durch Verfassung und Gesetz staatlichen Behörden (Parlamenten, Gerichten, Regierung oder Verwaltung) zugewiesen sind»,³⁹⁵ und *öffentlichen Aufgaben*. Seiner Analyse der höchstrichterlichen Praxis entnimmt Rüttsche drei Charakteristika der öffentlichen Aufgabe: Es handelt sich erstens um eine *auf Dauer angelegte aktive Tätigkeit*; Duldungs- und Unterlassungspflichten oder lediglich situative Mitwirkungspflichten können keine öffentliche Aufgabe begründen.³⁹⁶ Sie gründet zweitens in einem *Auftrag des Gesetzgebers* in einem weiten, funktionalen Sinn: Sie muss generell-abstrakt vorgeschrieben sein, auch wenn der Konkretisierungsgrad der generell-abstrakten Vorschrift durchaus je nach Normstufe und Bereich erheblich variieren kann.³⁹⁷ Die öffentliche Aufgabe zeichnet sich drittens durch eine *Erfüllungspflicht* aus.³⁹⁸ Die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen müssen selbst zu dieser Tätigkeit verpflichten; gesetzliche Vorschriften, die Pflichten für freiwillig ausgeübte Tätigkeiten enthalten, begründen keine öffentliche Aufgabe.³⁹⁹ Dies gilt namentlich für Auflagen sowie Leistungspflichten in Konzessionen ohne *gesetzliche* Betriebspflicht.⁴⁰⁰ Wesentlich

³⁹⁵ RÜTSCHÉ, *Öffentliche Aufgaben*, S. 155. Ferner auch HAFNER, *NGOs*, S. 166.

³⁹⁶ RÜTSCHÉ, *Öffentliche Aufgaben*, S. 157.

³⁹⁷ RÜTSCHÉ, *Öffentliche Aufgaben*, S. 158–159. RÜTSCHÉ weist darauf hin, dass in Ausnahmefällen ein staatlicher Auftrag auch aus der Rechtsprechung entstehen kann; so etwa durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Nutzung von Verwaltungsvermögen und von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch.

³⁹⁸ HAFNER, *Staatsaufgaben*, S. 284: «Staatsaufgaben stellen somit nicht nur Kompetenz- und Ermächtigungsnormen dar, sie sind immer mit der verpflichtenden Verantwortung verknüpft, dass der Staat diese Aufgaben auch erfüllt.»

³⁹⁹ RÜTSCHÉ, *Öffentliche Aufgaben*, S. 157; gl.M. HAFNER, *Staatsaufgaben*, S. 305–306.

⁴⁰⁰ RÜTSCHÉ, *Öffentliche Aufgaben*, S. 157, 159–160. MARTENET, S. 127, Fn. 17, setzt sich damit auseinander und weist darauf hin, dass Art. 55 RTVG eine gesetzliche Verbreitungspflicht enthält, die nur gilt, sofern sich ein Anbieter um eine Konzession beworben hat und diese erhält. Obwohl diese Pflicht zwar gesetzlich vorgesehen sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass damit jeder Inhaber einer solchen Konzession eine staatliche Aufgabe erfülle. Sein Vorschlag ist es stattdessen, darauf abzustellen, ob eine gesetzliche Bestimmung die Notwendigkeit der Leistungserbringung an die Bevölkerung oder Versorgung derselben hervorhebt («*met[...] l'accent sur la nécessité d'approvisionner la population ou de fournir à celle-ci une prestation*»). MARTENET hat zwar recht, dass diese Verbreitungspflicht in Art. 55 RTVG gesetzlich vorgesehen ist, damit aber niemand verpflichtet wird, sich um eine Konzession zu bewerben. Die Verbreitungspflicht betrifft jedoch nur zugangsberechtigte Programme, d.h. gemäss Art. 53 RTVG Programme der SRG sowie von Programmveranstaltern, die über eine Konzession mit Leistungsauftrag verfügen. Damit scheinen Konzessionäre für die Verbreitung von Programmen, die im Rahmen einer staatlichen Aufgabe durch die SRG erstellt wurden, u.U. eine wichtige Rolle einzunehmen. Infolgedessen scheint mir der Schluss nicht zwingend, dass der Inhalt von Art. 55 RTVG sogleich eine Abkehr vom Kriterium der Erfüllungspflicht gebietet; er illustriert stattdessen m.E. vielmehr, wie anspruchsvoll es sein kann, die Er-

ist dabei, dass das Gemeinwesen beauftragt ist, wenn auch nicht immer selbst die gesamte Aufgabe zu erfüllen, so zumindest deren Erfüllung durch einen Dritten *sicherzustellen*.⁴⁰¹ Nicht massgeblich für die Identifikation einer öffentlichen Aufgabe sind u.a. die Organisationsform des betreffenden Akteurs, die gewählte verwaltungsrechtliche Handlungsform, das anwendbare Recht oder das Vorliegen staatlicher Steuerung oder Aufsicht.⁴⁰² Vorliegend wird in Anlehnung an die Formulierung von Art. 35 Abs. 2 BV der Begriff der *staatlichen Aufgabe* als Oberbegriff für die öffentliche Aufgabe im Sinne RÜTSCHES verwendet, mithin wird auch dann von einer staatlichen Aufgabe gesprochen, wenn deren Erfüllung an einen Privaten delegiert wurde.⁴⁰³

III. Besonders gelagerte Interessenstruktur bei Verträgen über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe

Wird dem Privaten mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe (teil-)übertragen, so handelt es sich in der hier vertretenen Ansicht um einen Vertrag mit einer besonders gelagerten Interessenstruktur, der im Interesse der einen Partei – hier der staatlichen Partei – abgeschlossen wird. Die Aufgabenerfüllung richtet sich demnach an den Interessen dieser Partei aus. Aus vertragsrechtlicher Optik kann eine Parallele zum Vertragsgegenstand im Privatrecht gezogen werden. In gewissen Fällen folgt etwa bei Geschäftsbesorgungsverträgen aus dem Vertragsgegenstand selbst – der im Gegensatz zu den Austauschverträgen zur Verfolgung der Interessen der einen Vertragspartei abgeschlossen wird –,⁴⁰⁴ dass dieser Partei gewisse einseitige Rechte im Vertrag zukommen.⁴⁰⁵ Exemplarisch kann für den Werkvertrag das Recht des Bestellers

bringung von Teilleistungen im Kontext einer staatlichen Aufgabe (hier der Grundversorgungsauftrag der SRG) dieser entweder zuzuordnen oder vielmehr zu schliessen, die entsprechende Leistung (hier: die Verbreitung von zugangsberechtigten Programmen) sei keine staatliche Aufgabe.

⁴⁰¹ RÜTSCH, Öffentliche Aufgaben, S. 159–160.

⁴⁰² RÜTSCH, Öffentliche Aufgaben, S. 160–162.

⁴⁰³ So auch die Begriffsverwendung bei HAFNER, Staatsaufgaben, *passim*.

⁴⁰⁴ FELLMANN, BK OR, Vorbemerkungen zu Art. 394–406 n. 18: Wahrung der Interessen der anderen Vertragspartei als eigentlicher Kern der Geschäftsbesorgungsverträge. Zur bereits erwähnten Feststellung WELLERS, S. 201, dass die Vertragstreue, wie er sie in seiner Schrift darlegt, für solche Verträge nicht in derselben Weise gilt, siehe *supra* S. 58 f.

⁴⁰⁵ FELLMANN, BK OR, Vorbemerkungen zu Art. 394–406 n. 18: «Die Verpflichtung, die übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen, wird durch besondere *Treuepflichten* des Beauftragten ergänzt bzw. teilweise sogar erst näher ausgestaltet [...]» (Hervorhebung im Original). Interessant ist in dieser Hinsicht Bundesverwaltungsgericht B-4581/2010 vom 11. Oktober 2011 E. 4.3, wo das Gericht im Zusammenhang mit der Frage, ob die zuständige Vertragsbehörde berechtigt sei, die für arbeitsmarktliche Massnahmen geforderte Abgeltung zu kürzen, u.a. darauf verwies, ein Kontroll- und Kür-

genannt werden, vor Vollendung des Werks vom Vertrag zurückzutreten, sofern er den Unternehmer schadlos hält (Art. 377 OR).⁴⁰⁶ Der Auftraggeber ist etwa berechtigt, vom Auftragnehmer Rechenschaftsablage zu verlangen (Art. 400 OR) oder ihm Weisungen zu erteilen (Art. 397 OR).⁴⁰⁷

IV. Folgerungen für die vorliegende Untersuchung

Die soeben gemachte Feststellung, dass derartige Rechte auch aus dem Vertragsgegenstand der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe resultieren können, leistet keinen direkten Beitrag zur Lösung des in diesem Kapitel thematisierten Spannungsfelds zwischen verändertem Recht und vertraglicher Bindung. Dies einerseits deshalb, weil sich die Notwendigkeit der Anwendung des neuen Rechts nicht primär nach dem Gegenstand bemisst, *auf die sich dieses bezieht* (hier: eine staatliche Aufgabe), sondern *am Gewicht des öffentlichen Interesses an der infrage stehenden Rechtsänderung*. Andererseits zeigt sich, dass die Zuweisung einer Aufgabe zum Staat sich nicht alleine nach der Intensität des öffentlichen Interesses an der Erfüllung der entsprechenden Aufgabe richtet.⁴⁰⁸ Zwar hat dieser Vorgang einem öffentlichen Interesse zu entsprechen, er gehorcht aber noch weiteren Kriterien, wie etwa der Subsidiarität.⁴⁰⁹ So kann aus dem Vorliegen einer staatlichen Aufgabe nicht in jedem Fall der Rückschluss gezogen werden, es liege ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse vor.⁴¹⁰ Da-

zungsrecht ergebe sich auch aus der analogen Anwendung von Art. 400 OR auf den strittigen verwaltungsrechtlichen Vertrag.

⁴⁰⁶ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, BSK ORI, Art. 377 n. 1: «Art. 377 bezweckt, dieser Möglichkeit der *Veränderung der Verhältnisse und der Interessen des Bestellers* Rechnung zu tragen» (Hervorhebung im Original). CHAIX, CR OR I, Art. 377 n. 1: «*En ce sens, la disposition déroge, en faveur du seul maître, au principe de la fidélité contractuelle.*»

⁴⁰⁷ FELLMANN, BK OR, Vorbemerkungen zu Art. 394–406 n. 18: «Diese Treuepflichten konkretisieren sich in der Pflicht des Beauftragten, die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen (Art. 397 OR), in der Verpflichtung, die übertragenen Geschäfte grundsätzlich persönlich zu besorgen (Art. 398 Abs. 3 OR), über die Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles Erhaltene zurückzugeben bzw. abzuliefern (Art. 400 OR). Eine Konsequenz der Treuepflicht ist schliesslich auch die Haftung für sorgfältige Ausführung des erhaltenen Auftrages (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR).»

⁴⁰⁸ RICHLI, Staatsaufgaben, n. 19, meint, die «Einführung und Aufhebung [von Staatsaufgaben sei] das Ergebnis eines politischen Prozesses, der überdies zirkulärer Natur ist. Die Faktoren, welche ihn beeinflussen und in Gang halten, sind vielfältig und stehen in einem direkten Zusammenhang mit der zunehmenden Komplexität moderner Gesellschaftsstrukturen.»

⁴⁰⁹ RICHLI, Staatsaufgaben, n. 14, mit weiteren Verweisen zum Subsidiaritätsprinzip.

⁴¹⁰ HAFNER, NGOs, S. 165: «Letztlich ist es aber wohl ein scheinbar formales Kriterium, das darüber entscheidet, was eine Staatsaufgabe ist, nämlich der Umstand, dass im Rahmen des demokratischen Verfassungs- und Gesetzgebungsverfahrens darüber befunden wird, was als Staatsaufgabe zu gelten hat.»

für fällt einerseits die Liste der Staatsaufgaben zu umfangreich aus; andererseits sind die verschiedenen darin enthaltenen Elemente zu heterogen.⁴¹¹ Indirekt kann die Feststellung, dass einseitige Rechte aus dem Vertragsgegenstand der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe folgen können, aus vertraglicher Sicht aber dazu führen, dass die Erwartung und damit womöglich auch das schützenswerte Vertrauen des Privaten geformt und beeinflusst werden.⁴¹²

Für die vorliegend untersuchte einseitige Einwirkung kann vermutet werden, dass sich das staatliche Steuerungsbedürfnis – und damit die Notwendigkeit einseitiger Einwirkungsrechte – in dem Masse verstärkt, wie der Private direkt in die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, verstanden als gesetzlich zugewiesene Erfüllungsverantwortung, eingebunden ist.⁴¹³ Im Einzelfall dürfte das Resultat von der Auslegung der relevanten gesetzlichen Grundlage sowie des verwaltungsrechtlichen Vertrags abhängen. Die einseitige Einwirkung auf der Basis der Erfordernisse der staatlichen Aufgabe stellt eine Art Sondersituation dar, in der *aus dem Vertragsgegenstand heraus, resp. aus der gesetzlichen Erfüllungspflicht des Staats*, die Notwendigkeit und Zulässigkeit einseitiger staatlicher Einwirkung leichter angenommen werden kann.

Betrachtet man die Vielfalt an Tätigkeiten, in die der Staat in irgendeiner Form involviert ist, so ist klar, dass nicht bei allen dasselbe staatliche Steuerungsbedürfnis vorliegt. Bei gewissen Aufgaben, so etwa bei der (hypothetischen) Pflicht zur «Sicherstellung einer genügenden Abdeckung des Kantonsgebiets mit öffentlichen Transportmitteln», liegt es im Wesen der Aufgabe, dass der Staat relativ rasch auf veränderte Gegebenheiten reagieren können muss. Wird eine grössere Überbauung erstellt, kann dies dazu führen, dass eine neue Buslinie eingeführt werden muss oder dass eine bestehende Linie zu erweitern ist. Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass es im Wesen des Vertrags mit dem Transportunternehmen liegt, dass der Staat im laufenden Vertrag gewisse Vorgaben machen und Änderungen vornehmen kann.⁴¹⁴ Als Schlussfolgerung bietet sich an, dass sich im Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe gewisse einseitige Rechte zugunsten der staatlichen Vertragspartei auch ausserhalb des veränderten Rechts, als Konsequenz des *Vertragsgegenstandes*, ergeben können.

⁴¹¹ Zu möglichen Gewichtungsmethoden für verschiedene Staatsaufgaben siehe RICHLI, Staatsaufgaben, n. 18.

⁴¹² Siehe zu dieser Frage *infra* S. 160 f.

⁴¹³ Die vertragliche Steuerbefugnis folgt genau besehen *aus der entsprechenden Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage*. Es handelt sich m.E. daher um einen Anwendungsfall der Postulate des Legalitätsprinzips, mithin um einseitige staatliche Befugnisse, die aus einer gesetzlichen Grundlage folgen.

⁴¹⁴ Daraus kann jedoch nicht *eo ipso* gefolgert werden, dass eine solche Mehrleistung durch das betroffene Transportunternehmen auch entschädigungslos zu leisten wäre.

§ 7 Verfassungsrechtliche Schutzpositionen des Privaten

Nachdem im vorangehenden Kapitel nach den Gründen gesucht wurde, weshalb Rechtspositionen von Privaten im öffentlichen Recht zurückgedrängt werden können, möchte ich im Folgenden der Frage nachgehen, wie die vertraglichen Ansprüche des Privaten unter der Bundesverfassung⁴¹⁵ geschützt sind. Zuerst soll ein Überblick über den Rahmen der Untersuchung gegeben werden (*infra* A.). Darin möchte ich insbesondere auch Bezug nehmen auf die Erkenntnisse Enrico RIVAS, der in einem Gutachten zur Bestandeskraft von «wohlerworbenen Wassernutzungsrechten» bereits vieles unternommen hat, um die Rechtspositionen des Privaten im Konzessionsverhältnis gegenüber nachträglichen Rechtsänderungen zu schärfen. Einige seiner Erkenntnisse können auch hier Geltung beanspruchen.

Die Aussage, wonach der verwaltungsrechtliche Vertrag wohlerworbene Rechte begründet, findet sich auch heute noch häufig.⁴¹⁶ Entsprechend wird zuerst das Grundrecht der Eigentumsgarantie, dem die wohlerworbenen Rechte traditionell zugeordnet werden, daraufhin untersucht, welchen Schutz es vertraglichen Ansprüchen des Privaten bieten kann (*infra* B.). Es folgt danach eine Auseinandersetzung mit dem Vertrauensschutz (*infra* C.).

A. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Untersuchung

I. Das Gutachten Enrico RIVAS

Enrico RIVA hat in einem Gutachten zur Bestandeskraft von wohlerworbenen Wassernutzungsrechten die verfassungsrechtlichen Schutzpositionen des Konzessionärs anschaulich erörtert. Der Autor geht im Detail auf das Verhältnis zwischen Rechtspositionen des Einzelnen und nachträglichen Gesetzesänderungen ein. Seine Ausführungen sind den möglichen Grundlagen gewidmet, *aufgrund derer gewissen öffentlich-rechtlichen Ansprüchen qualifizierter Schutz vor staatlichen Eingriffen zukommen soll*. Er untersucht zwar die wohlerworbenen Rechte aus Wasserrechtskonzessionen. Das sowohl im Vertrag als auch in der Konzession massgebliche vereinbarte Element lässt die Überlegungen des Au-

⁴¹⁵ Auf internationale Konventionen, insbesondere die EMRK und die UNO-Pakte I und II, wird im vorliegenden Zusammenhang deswegen nicht gesondert Bezug genommen, weil das Recht auf *Vertrauensschutz* dort nicht eigenständig verbrieft ist. Elemente des Vertrauensschutzes kommen zwar in Art. 6 EMRK und im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie in Art. 1 ZP Nr. 1 EMRK vor. Das im Zusammenhang mit der *Eigentumsgarantie* interessierende Zusatzprotokoll Nr. 1 ist jedoch bislang von der Schweiz noch nicht ratifiziert worden; siehe zur Situation DUBEY, *Droits fondamentaux*, Bd. II, n. 3475.

⁴¹⁶ Siehe dazu *infra* S. 101 ff.

tors aber für verschiedene Aspekte der hier untersuchten Problemstellung als sehr relevant erscheinen. Entsprechend werden Aspekte des Gutachtens punktuell im Rahmen der Untersuchung der beiden relevanten Grundrechte einfließen.

1. Keine Gesetzesfestigkeit privater Rechtspositionen

Ein erster Teil des Gutachtens fragt danach, was sich aus der Eigentumsgarantie und dem Vertrauensschutz als Hauptgrundlagen der wohlerworbenen Rechte an *Ansprüchen auf Schutz vor staatlicher Beeinträchtigung* ableiten lässt.⁴¹⁷ Folgende Parameter erweisen sich auch für die Suche nach einer verfassungsgeleiteten Dogmatik des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags als massgeblich:

- Weder die Eigentumsgarantie noch der Vertrauensschutz gewähren einen prinzipiellen Anspruch auf Schutz vor nachträglichen gesetzlichen Einschränkungen.⁴¹⁸
- Private Rechtspositionen, und dies gilt insbesondere für die ominösen und oftmals als gesetzesbeständig bezeichneten wohlerworbenen Rechte, sind nicht aus sich selbst heraus gesetzesbeständig, sondern müssten diese Eigenschaft von der Verfassung, also einer Ebene über dem Gesetz, zugesichert erhalten. Die Verfassung, die das Konzept des wohlerworbenen Rechts selbst nicht vorgibt, enthält jedoch keine solche explizite Zusicherung.⁴¹⁹
- Aufgrund des Grundsatzes *lex posterior derogat legi priori* geht neueres Recht dem älteren Recht desselben Niveaus vor.⁴²⁰

Diese Eckwerte haben eindeutige Konsequenzen für die Ausrichtung auch der vorliegenden Untersuchung: Auch sie zeigen, dass die Frage nicht lauten kann, *ob* es dem staatlichen Vertragspartner überhaupt möglich sein soll, einseitig in einen laufenden verwaltungsrechtlichen Vertrag einzugreifen – obwohl es aus rein vertragsrechtlicher Sicht wünschbar wäre, die Debatte in dieser Art situieren zu können. Zu untersuchen ist vielmehr, *mit welcher Begründung* eine solche Einwirkung stattfinden kann. Aus den obigen Grundsätzen nicht ableiten lässt sich, mit welchen Rechtsfolgen zugunsten des Privaten eine einseitige Einwirkung stattfinden kann. Entsprechend wird auch zu diskutieren sein, *mit wel-*

⁴¹⁷ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 69–90.

⁴¹⁸ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 70–71, 91, sowie im Detail S. 71–76 für die Eigentums-
garantie und S. 77–90 für den Vertrauensschutz.

⁴¹⁹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 70. In ähnlicher Weise stellen SUTTER/MÜLLER, S. 473–474, im Zusammenhang mit historischen Rechtspositionen allgemein fest, deren Schutzzumfang richte sich nach der (geltenden) Verfassung, die insofern als «Vermittlerin» auftritt.

⁴²⁰ BGE 138 V 2 E. 4.3.1 S. 7; BGE 136 I 149 E. 7.4 S. 157; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 70; KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 138, 196.

chen Rechtsfolgen sie zugunsten des Privaten versehen sein muss, um dessen grundrechtlich geschütztem Vertrauen gerecht zu werden.

2. Leitvorstellungen für ein Schutzmodell wohlerworbener Wassernutzungsrechte

In einem zweiten Teil formuliert der Autor ein *Schutzmodell* basierend auf vier Leitvorstellungen, die aus seinen Erkenntnissen zum Schutzzumfang des Vertrauensschutzes und der Eigentumsgarantie folgen.⁴²¹ Folgende zwei Leitvorstellungen erweisen sich für die vorliegende Fragestellung als besonders wesentlich:

- *Handlungsfreiheit des Gesetzgebers*: Der Staat ist im Rahmen des politischen Prozesses frei, Gesetze anzupassen. Es besteht kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal gegebenen Rechtsordnung.⁴²² Das grosse Gewicht, das die Rechtsordnung der Handlungsfreiheit des Staats zuschreibt, zeigt sich ferner darin, dass sowohl beim Vertrauensschutz als auch bei der Eigentumsgarantie das Resultat der ursprünglichen Interessenabwägung – zum Beispiel die Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung oder die Entschädigungspflicht aus Vertrauensschutz – noch dem Vorbehalt gewichtiger gegenteiliger, namentlich polizeilicher öffentlicher Interessen unterstellt ist und so darauf erkannt werden kann, dass im Einzelfall der Betroffene dennoch leer ausgeht.⁴²³
- *Verlässlichkeit staatlichen Verhaltens*: Sowohl das Verfassungsprinzip von Treu und Glauben von Art. 5 Abs. 3 BV als auch der Vertrauensschutz von Art. 9 BV fordern, dass die staatliche Behörde sich verlässlich verhält, womit «die Handlungsfreiheit des Staates [...] Beschränkungen [erfährt].»⁴²⁴ Solche Beschränkungen ergeben sich in Situationen besonderer Vertrauensbeziehung zwischen dem Privaten und dem Staat, oder wenn ein Privater gestützt auf das staatlich erweckte Vertrauen Handlungen unternimmt, die ohne Nachteil nicht mehr rückgängig gemacht werden können.⁴²⁵

Folgende Leitvorstellungen ergänzen die Grundlage für das Schutzmodell des Autors:

⁴²¹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 90–100.

⁴²² RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 91–92 sowie auch 78–80.

⁴²³ Sinngemäss RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 89; ferner WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 143: «Ein Vertrauensschutz, der die Verwirklichung wichtiger staatlicher Aufgaben verunmöglicht, ist undenkbar; auch die Entschädigungsfolge muss deshalb dem Vorbehalt überwiegender öffentlicher Interessen unterstellt werden» (Hervorhebung im Original). Siehe zu den Polizeieingriffen *infra* S. 170 ff.

⁴²⁴ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 93.

⁴²⁵ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 93.

- *Unterscheidung zwischen direktem und regulatorischem*, oder in den Worten RIVAS, zwischen «eigeninteressiertem» und regulatorischem *Handeln des Staats*:⁴²⁶ Wo der Staat zulässigerweise regulatorisch handeln kann und in dieser Funktion «schiedsrichterlich» gesellschaftliche Beziehungen regelt, verfolgt der Staat – gerade im Rahmen der Eigentumsgarantie – bei direkten Eingriffen oftmals eigene Interessen. Es sind Regeln herauszubilden, wann der Staat zulässigerweise seine regulatorische Funktion ausüben darf und wann sich diese aus dem genannten schiedsrichterlichen Blickwinkel nicht rechtfertigen lässt.⁴²⁷ Diese im Enteignungsrecht präsente Zweiteilung gilt es ebenfalls daraufhin zu prüfen, was sich daraus für die verwaltungsvertragliche Dogmatik ergibt.⁴²⁸
- Zusätzlich dazu leitet der Autor aus dem *Gedanken der Lastengleichheit* und dem daraus folgenden Postulat, dass Sonderopfer auszugleichen sind, weitere Schlussfolgerungen ab.⁴²⁹ Auf mögliche Konsequenzen des Gedankens der Lastengleichheit wird nochmals einzugehen sein.⁴³⁰

II. Was hinsichtlich des Schutzes verwaltungsvertraglicher Rechte zu untersuchen bleibt

Das Gutachten verbindet die Strukturen von Art. 26 und Art. 9 BV hinsichtlich der wohlerworbenen Rechte aus Wassernutzungskonzessionen, um den daraus resultierenden, kumulierten Schutz zu identifizieren. Hinsichtlich des Vertrauensschutzes weist das Gutachten darauf hin, dass dieser für Konstellationen mit besonderer Bindung, namentlich Vertragssituationen, die *Zulässigkeitsschranke für Eingriffe in Rechte gegenüber der Eigentumsgarantie zu erhöhen vermag* und gegebenenfalls die Entschädigungspflicht nicht davon abhängig gemacht werden muss, dass Rechte bereits ausgeübt wurden, resp. in der Terminologie des Vertrauensschutzes ausgedrückt, dass Dispositionen bereits getätigt wurden.⁴³¹ Auf die Frage, ob die Betätigung des Vertrauens in Form von Dispositionen eine absolute Voraussetzung des Schutzes durch Art. 9 BV bieten, wird gesondert einzugehen sein.⁴³²

Was die Entschädigungspflicht angeht, so stellt aufgrund der Fokussierung des Gutachtens auf *wohlerworbene* Wassernutzungsrechte die Eigentumsgaran-

⁴²⁶ RIVA, *Wohlerworbene Rechte*, S. 92. Die vorliegend verwendete Terminologie weicht damit etwas von der Terminologie RIVAS ab; siehe zur hier verwendeten Terminologie *supra* S. 16 ff.

⁴²⁷ RIVA, *Wohlerworbene Rechte*, S. 92.

⁴²⁸ Dazu *infra* S. 154 ff.

⁴²⁹ RIVA, *Wohlerworbene Rechte*, S. 92–93.

⁴³⁰ Siehe dazu *infra* S. 163 ff.

⁴³¹ RIVA, *Wohlerworbene Rechte*, S. 84–85, 118–120.

⁴³² Siehe dazu *infra* S. 137 ff.

tie den natürlichen Ausgangspunkt dar. Für die vorliegende Untersuchung verbleibt damit zu thematisieren, *ob sich die volle Entschädigung*, die die Eigentumsgarantie bei Vorliegen einer materiellen Entschädigung gebietet,⁴³³ *auch ohne den Zwischenschritt über die wohl erworbenen Rechte alleine auf der Basis des Vertrauensschutzes aus der Verfassung herleiten lässt.*⁴³⁴ Das Gutachten deutet diese Möglichkeit der vollen Entschädigung für vertragliche Rechte zumindest an.⁴³⁵ Dies ist deshalb wünschbar und sinnvoll, weil sich die wohl erworbenen Rechte und damit die Eigentumsgarantie als schlechte Hüter des wirtschaftlichen Werts entpuppen, den der verwaltungsrechtliche Vertrag für den Privaten im Normalfall darstellt.⁴³⁶

B. Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)

I. Einleitung und Begründung

Die Eigentumsgarantie, verankert in Art. 26 BV, erscheint aus drei Gründen für die vorliegende Untersuchung relevant: Erstens gewährt sie den einzelnen Bestandteilen des Vermögens, zu denen zweifellos auch vertragliche Ansprüche gehören, Schutz.⁴³⁷ Zweitens sind Beschränkungen einer gewissen Intensität unter den Stichworten der formellen oder materiellen Enteignung zu entschädigen,⁴³⁸ was hinsichtlich der hier untersuchten Rechtsfolgen staatlicher Einwirkung auf den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag interessiert. Drittens zeigt sich die Frage, wie die Rechtsposition des Einzelnen an der Hoheit des Staats begrenzt wird, im Themenkreis der Enteignung, und insbesondere demjenigen der *materiellen* Enteignung, besonders deutlich. Die Praxis zur materiellen Enteignung dient damit als Illustration desselben Spannungsverhältnisses, das dem heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag innewohnt: Stellt ein staatliches Verbot des Verkaufs von Baumaschinen aufgrund der von ihnen konkret ausgehenden Unfallgefahr eine materielle Enteignung des Importeurs dar, der sie rechtmässig erworben hatte?⁴³⁹ Wie sieht es aus – als klassischer

⁴³³ Siehe dazu sogleich *infra*.

⁴³⁴ Siehe zum positiven Interesse *infra* S. 177 ff.

⁴³⁵ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 125.

⁴³⁶ Siehe dazu *infra* S. 114 ff.

⁴³⁷ Zum Schutzobjekt siehe *infra* S. 100 ff.

⁴³⁸ WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 79. Dies etwa im Gegensatz zur Wirtschaftsfreiheit, deren Beschränkung keinen Entschädigungsanspruch nach sich zieht; dazu u.a. BGE 118 Ib 241 E. 5b) S. 249.

⁴³⁹ So der Sachverhalt in Bundesgericht 2C_75–80/2016 vom 10. April 2017, wo die SUVA ein Verkaufsverbot für Schnellwechsler für Bagger aussprach, die den massgeblichen EU-Normen entsprachen. Die im Urteil behandelte Frage war jedoch nicht diejenige der

Fall des Enteignungsrechts – mit Auszonungen, nachdem die Eigentümer bereits viel Aufwand in die Schaffung der Baureife ihres Grundstücks gesteckt haben?⁴⁴⁰ Diese Fragen ähneln stark dem vorliegenden Untersuchungsgegenstand: Welche Ansprüche kommen dem privaten Vertragspartner zu, wenn seine vertragliche Position aufgrund privilegierter staatlicher Einwirkung verkürzt wird?⁴⁴¹

Gerade bei der materiellen Enteignung kann die staatliche Tätigkeit nicht nur individuell-konkret auf den Einzelnen gerichtet dessen Vermögenspositionen beschränken; auch die generell-abstrakte gesetzgeberische Tätigkeit kann auf die Stellung des Bürgers dieselbe Auswirkung haben.⁴⁴² Dieser Unterscheidung kommt umso mehr Gewicht zu, als dass sie «alles-oder-nichts» funktioniert.⁴⁴³ Die Hauptschwierigkeit liegt dabei in der Abgrenzung zwischen entschädigungslos hinzunehmenden Beschränkungen und entschädigungsbegründender materieller Enteignung.⁴⁴⁴ Beim Eigentum trifft diese staatliche, etwa wirtschafts-, sozial- oder landwirtschaftspolitisch motivierte regulatorische Tätigkeit auf ein Recht, das dem Einzelnen absolut, *erga omnes*, zusteht und zumindest in der traditionellen Sichtweise ein Bollwerk bilden will gegen den allzu eindringlichen Staat.⁴⁴⁵ Es ist diese Ausgangslage, die den Unterschied zum verwaltungsrechtlichen Vertrag offenbart: Beim Vertrag trifft sie auf ein relatives, obligatorisches Recht, *das einem Vertragsverhältnis mit dem Staat selbst entspringt* und im Gegensatz zum Eigentum auf eine bestimmte Dauer begrenzt ist. Dem Vertrag selbst, mithin der Anspruchsgrundlage des Privaten, sind der Start- und der Endpunkt des Schutzes sowie dessen konkrete Modalitäten inhärent. Zudem werden

materiellen Enteignung, sondern die Zulässigkeit des Verkaufsverbots angesichts der Konformität mit den massgeblichen harmonisierten technischen Sicherheitsnormen.

⁴⁴⁰ So anstatt vieler Bundesgericht vom 10. November 1982, in: BVR 1983 S. 203–225. Interessante Überlegungen im Zusammenhang mit landwirtschaftlichen oder besiedlungspolitischen Tätigkeiten und einer angeblichen materiellen Enteignung finden sich zudem in BGE 118 Ib 241 betr. Höchstbestandsvorschriften und einer Stallbaubewilligungspflicht in der Landwirtschaft.

⁴⁴¹ RIVA, Materielle Enteignung, S. 262, bringt es folgendermassen zum Ausdruck: «Die materielle Enteignung ist gewissermassen der zum Rechtsinstitut gewordene Ausdruck des Spannungsverhältnisses zwischen Inhaltsbestimmung und Schutz des Eigentums.»

⁴⁴² Dazu sogleich *infra* S. 105 ff.

⁴⁴³ RIVA, Materielle Enteignung, S. 2.

⁴⁴⁴ WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 99; RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, n. 24; WEBER-DÜRLER, Polizeieingriff, S. 298.

⁴⁴⁵ Ähnlich SALADIN, Grundrechte, S. 400. Er erörtert diesbezüglich einen Funktionswandel des Eigentums, weg von einem Objekt in der Allmacht des Inhabers, in das nur ausnahmsweise eingegriffen wird, hin zur Beanspruchung des Eigentums durch legitime, gesamtgesellschaftliche Anliegen.

diese zu einem bedeutenden Grad durch den Staat, der den Vertrag abschliesst, vorbestimmt und geprägt.

Nach einer Übersicht zur Frage, *wie Ansprüche aus verwaltungsrechtlichem Vertrag durch die Eigentumsgarantie geschützt werden (infra II.)*, soll insbesondere untersucht werden, wie es um die Enteignung vertraglicher Rechte des öffentlichen Rechts steht (*infra III.*). In einer Würdigung soll evaluiert werden, was aus der Eigentumsgarantie für die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags entnommen werden kann (*infra IV.*).

II. Schutz vertraglicher Rechte durch die Eigentumsgarantie

1. Schutzobjekt und Funktionen

Schutzobjekt der Eigentumsgarantie bildet, wie der Name bereits erkennen lässt, das Eigentum.⁴⁴⁶ Der verfassungsrechtliche Schutz beschränkt sich jedoch nicht auf ein Abbild des sachenrechtlichen Eigentums nach Art. 641 ZGB, sondern soll sich aus den Funktionen des Grundrechts ableiten.⁴⁴⁷ Nebst der Funktion der Eigentumsgarantie als *wesentlicher Bestandteil der Wirtschaftsordnung*⁴⁴⁸ wird auch ihre *persönlichkeitsbezogene Seite*⁴⁴⁹ hervorgehoben; in dieser letzteren Funktion soll sie eine «eigenverantwortliche, selbstbestimmte und existenzsichernde Lebensgestaltung»⁴⁵⁰ ermöglichen. In Verfolgung dieses Ziels schützt die Eigentumsgarantie denn nebst dem sachenrechtlichen Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten auch den Besitz, Immaterialgüterrechte⁴⁵¹ oder vertragliche Rechte sowie auch «faktische» Interessen.⁴⁵² Damit können vertragliche Rechte grundsätzlich der materiellen Enteignung, teilweise auch der formellen Enteignung, zugänglich sein.⁴⁵³

⁴⁴⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 587.

⁴⁴⁷ WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 17.

⁴⁴⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 793.

⁴⁴⁹ DUBEY, Propriété, n. 66–67. Bei DUBEY wird der persönliche Aspekt vom *sozialen* oder *systemischen Aspekt* unterschieden.

⁴⁵⁰ WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 13.

⁴⁵¹ BGE 140 III 297 E. 5.1 S. 305 (Markenrecht). Zur (formellen) Enteignung von Patenten siehe Art. 32 PatG.

⁴⁵² Erstmalige Anerkennung faktischer Interessen in BGE 126 I 213 E. 1b) S. 214–216. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 597–597a; WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 23; DUBEY, Propriété, n. 66–70; RIVA/MÜLLER-TSCHUMI, n. 14.

⁴⁵³ Zur Frage, ob wohlerworbene resp. vertragliche Rechte formell oder materiell zu enteignen sind, siehe *infra* S. 107 ff. Siehe zu den Schwierigkeiten in Bezug auf die formelle Enteignung EGGS, n. 674–725, insb. 710–718.

2. Teilgarantien der Eigentumsgarantie

Es ist allgemein anerkannt, dass die Eigentumsgarantie drei Teilgarantien in sich vereint.⁴⁵⁴ Während die Institutsgarantie u.a. den Gesetzgeber beauftragt, das Eigentum als Institut zu gewährleisten,⁴⁵⁵ soll die Bestandesgarantie die konkret vorhandenen Rechte des Einzelnen schützen.⁴⁵⁶ Wenn das Eigentumsrecht so eingeschränkt wird, dass eine Enteignung vorliegt, wandelt sich die Bestandesgarantie in eine Wertgarantie,⁴⁵⁷ die für den Entzug volle Entschädigung gebietet.⁴⁵⁸

3. «Wohlerworbenheit» als Schutzvoraussetzung für vertragliche Rechte

Rechtspositionen des öffentlichen Rechts, wozu auch die hier interessierenden verwaltungsvertraglichen Rechte gehören, werden im Gegensatz zu privatrechtlichen vertraglichen Ansprüchen benachteiligt: Sie sollen gemäss Bundesgericht nur unter den Schutz der Eigentumsgarantie gehören, sofern ihnen «Wohlerworbenheit» zukommt.⁴⁵⁹

Diese Position ist wohl in Zusammenhang zu setzen mit dem Bedürfnis des Staats, einmal gewährte Rechtspositionen wieder zu entziehen und die Rechtslage veränderten Gegebenheiten anzupassen. Insofern kann die Vermutung aufgestellt werden, es handle sich um einen Ausdruck des Grundsatzes, wonach der Einzelne keinen Anspruch auf unverändertes Recht besitzt⁴⁶⁰ und es also nur in Ausnahmefällen, die sich eben durch die Existenz wohlerworbener Rechte auszeichnen sollen, möglich sein soll, dass sich Ansprüche des Einzelnen gegen Veränderungen behaupten können.

⁴⁵⁴ WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 33; DUBEY, Propriété, n. 71.

⁴⁵⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 594; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 810.

⁴⁵⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 599; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 807. Der französische Begriff der «*fonction individuelle*» bringt dies m.E. noch etwas besser zum Ausdruck.

⁴⁵⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 606. Bei AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 813–814, wird diese Funktion «*fonction compensatrice*» genannt.

⁴⁵⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 606. Zu den verschiedenen Gehalten im Detail ferner WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 33–48; DUBEY, Propriété, n. 71–83.

⁴⁵⁹ BGE 131 I 321 E. 5.3 S. 327; BGE 118 Ia 245 E. 5a S. 255; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 598; BSK-BV WALDMANN, Art. 26 n. 20. Diese Position stösst in der Lehre nicht erst seit Kurzem auf Kritik: siehe dazu statt vieler WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 21; RIVA, Materielle Enteignung, S. 241–245; SALADIN, Grundrechte, S. 133–134, 401–402.

⁴⁶⁰ Ebenfalls explizit aufgeführt werden diese Gründe bei MOOR/POLTIER, S. 20, sowie RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 5.

Vereinfacht werden wohlerworbene Rechte dann anerkannt, wenn ein bestimmtes Vertrauensschutzinteresse des Privaten vorliegt, dem von der Rechtsordnung in Abwägung mit dem sich verändernden Recht ein gewisses Gewicht beigemessen wird;⁴⁶¹ ihr Schutz wird von der Rechtsprechung je nach Situation auf die Eigentumsgarantie oder den Vertrauensschutz zurückgeführt.⁴⁶² Allgemein unterscheiden Lehre und Gerichtspraxis drei Kategorien wohlerworbener Rechte: Nebst den *Rechten, die durch Gesetz explizit als wohlerworben bezeichnet werden* (so z.B. in Art. 43 Abs. 1 WRG, wonach dem Wassernutzungskonzessionär nach Massgabe des Verleihungsakts ein wohlerworbenes Recht auf Wassernutzung zukommen soll), werden sogenannte «*ehehafte*» *Rechte, d.h. historische Rechte* aus überkommener Rechtsordnung, sowie *vertragliche oder durch Konzession erteilte Rechte* als wohlerworben angeschaut.⁴⁶³ Lange wurde den wohlerworbenen Rechten pauschal nachgesagt, sie seien gesetzesbeständig;⁴⁶⁴ es handelt sich dabei um eine Haltung, die ver-

⁴⁶¹ BGE 127 II 69 E. 5a) S. 76: «Die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts ist vielmehr das (typisierte) Ergebnis einer Interessenabwägung, welches den aufgrund einer früheren Rechtsordnung eingeräumten Rechten den Vorrang vor der Durchsetzung der mit einer Rechtsänderung verfolgten öffentlichen Interessen einräumt, wobei das konkret fassbare Rechtssicherheitsinteresse des Rechtsinhabers nach den aktuellen Verhältnissen zu gewichten ist»; SUTTER/MÜLLER, S. 475; MOOR/POLTIER, S. 20: «[L]e terme de *droit acquis a subsisté pour désigner un collectif disparate de situations qui jouissent d'une stabilité particulière*» (Hervorhebung im Original). POLEDNA, n. 173; KLETT, n. 211, 248: «In der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung dient die Rechtsfigur des «wohlerworbenen Rechtes» zunehmend der Bezeichnung privater Vertrauenspositionen bei Rechtsänderungen»; KLETT, n. 250: «Die Rechte Privater, die bei Rechtsänderungen als «wohlerworbene» geschützt werden, sind als *Ergebnis einer Interessenabwägung* zu begreifen [...]. Auf der Grundlage des Schutzes «wohlerworbener Rechte» werden die beteiligten Interessen einander jedoch nicht ausdrücklich gegenübergestellt» (Hervorhebung im Original). RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 1: «historisch gewachsene[r] und von spezifischen Rechtsschutzfunktionen geprägte[r] Begriff».

⁴⁶² BGE 132 II 485 E. 9.5 S. 513; BGE 118 Ia 245 E. 5a) S. 255; BGE 106 Ia 163 E. 1a) 167–168. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1237, 2336. Gemäss GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 394, gehen die wohlerworbenen Rechte in der Dogmatik des Vertrauensschutzes auf. KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 135, bezeichnet die Bindung des Vertrauensgrundsatzes an die Eigentumsgarantie als «dogmatisch fragwürdig». Zur Kritik an den wohlerworbenen Rechten siehe sogleich im Text sowie auch *infra* S. 114 ff.

⁴⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1237–1241; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 828; RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 1–4.

⁴⁶⁴ So im Grundsatz immer noch Bundesgericht 2C_164/2009 und 2C_165/2009 vom 13. August 2009 E. 8.1; ferner PIREK, n. 837; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 35 n. 13; WALDMANN, Einführung Vertrag, S. 18; IMBODEN, n. 99–100. Der Bestandeschutz ist das Resultat einer Interessenabwägung im Einzelfall, nicht die abstrakt defi-

kürzt daher kommt und in dieser Form nicht absolut aufrechterhalten werden kann.⁴⁶⁵

Zu den Problemen, die das Konstrukt des wohlervorbenen Rechts in der Handhabung bietet, ist bereits viel Tinte geflossen.⁴⁶⁶ Die grundsätzliche Schwierigkeit besteht darin, die jeweiligen Beweggründe für die Anerkennung eines Anspruchs als «wohlervorben» zu verstehen. Die Verwendung des Etiketts der Wohlervorbenheit führt dazu, dass diese oftmals nicht explizit erläutert werden:⁴⁶⁷ Wohlervorben ist, was besonders schützenswert erscheint; schützenswert soll es sein, weil es als wohlervorben bezeichnet wird.

4. Welche vertraglichen Rechte sind wohlervorben?

Soll die Eigentumsgarantie für die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags eine gewinnbringende Rolle spielen können, so muss in einem ersten Schritt in der Definition dessen, was überhaupt geschützt wird, grösstmögliche Sicherheit bestehen. Für den Vertrag stellt sich damit die Frage, welche Elemente als wohlervorben gelten. Betrachtet man Lehre und Rechtsprechung, so wird oftmals nur pauschal ausgeführt, der verwaltungsrechtliche Vertrag begründe wohlervorbene Rechte, ohne dass präzisiert wird, ob damit *alle* vertraglichen Rechte gemeint sind oder nur gewisse (und wenn Letzteres, welche Positionen genau wohlervorben sind). Oftmals lässt die verwendete Formulierung darauf schliessen, alle vertraglichen Rechte seien wohlervorben.⁴⁶⁸ Daneben finden sich aber auch viele abweichende Meinungen – diese können etwa grob in folgende Kategorien aufgeteilt werden:

nierte, zeitlich unbeschränkte und automatische Rechtsfolge einer bestimmten Kategorie von öffentlich-rechtlichen Schutzpositionen. Siehe dazu *infra* Fn. 582.

⁴⁶⁵ RIVA, Wohlervorbene Rechte, S. 127, 129–130; KLETT, n. 224.

⁴⁶⁶ Siehe zu den die wohlervorbenen Rechte ablehnenden Meinungen sogleich *infra* Fn. 472.

⁴⁶⁷ Siehe dazu KLETT, n. 250.

⁴⁶⁸ Bundesgericht 2C_164/2009 und 2C_165/2009 vom 13. August 2009 E. 8.1: «[L]es obligations de l'État qui [...] découlent [du contrat de droit administratif] équivalent, en règle générale, à des droits acquis»; so auch 2P.94/2006 vom 16. März 2007 E. 3.3; BGE 122 I 328 E. 7a) S. 340; BGE 107 Ib 140 E. 4 S. 146 (Konzession); in BGE 103 Ia 31 E. 2c) S. 35 erscheint die Wohlervorbenheit als sehr umfassend und wird mit der synallagmatischen Natur des strittigen Vertrags begründet: «Selbst wenn es sich um einen seinerzeit gültig begründeten Abgabevergünstigungsvertrag handeln würde, genösse er den Schutz der wohlervorbenen Rechte [...]; der Schutz ist umso mehr gerechtfertigt, wenn es sich um eine vertragliche Regelung mit gleichwertigen Leistungen handelt.» WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2948; NGUYEN, S. 180–181; so wohl auch GIACOMINI, n. 314; RHINOW, Wohlervorbene Rechte, S. 15: «Denn es ist unbestritten, dass allen vertraglichen Rechten die Qualifikation der Wohlervorbenheit eignet»; IMBODEN, n. 99–100.

- Beschränkung der wohlerworbenen Rechte auf die aus freier Vereinbarung entstandenen Vertragsteile unter Ausschluss der Bestimmungen, die den reinen Gesetzeswortlaut wiedergeben;⁴⁶⁹
- nicht alle vertraglichen Rechte sind wohlerworben, wobei die Voraussetzungen der Anerkennung sowie das genaue Verhältnis der wohlerworbenen Rechte zum Vertrauensschutz je nach Fundstelle unklar bleiben;⁴⁷⁰
- Lösung der sich stellenden Fragen unter (stillschweigendem) Verzicht auf die Erwähnung wohlerworbener Rechte;⁴⁷¹
- Ablehnung der wohlerworbenen Rechte, meistens zugunsten des Vertrauensschutzes.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Im Konzessionsrecht findet sich diese Aussage sehr oft: Bundesgericht 1C_207/2008 vom 20. Februar 2009 E. 4.2; 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005 E. 3.2–3.3; BGE 127 II 69 E. 5a) S. 76–77; Bundesverwaltungsgericht A-3129/2008 vom 19. März 2009 E. 7.4: Als wohlerworben gelten diejenigen Rechte, die «aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten sind, weil der Bewerber sich ohne sie über die Annahme der Verleihung gar nicht hätte schlüssig werden können». Ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1239: Wohlerworben ist das «eigentliche [...] Verhandlungsergebnis».

⁴⁷⁰ Bundesgericht 2C_717/2015 vom 13. Dezember 2015 E. 6.4.3; diesbezüglich ebenfalls etwas unklar BGE 132 II 485 E. 9.5 S. 513; Bundesgericht vom 18. Oktober 1985, in: ZBI 87/1986 S. 265–272 E. 5b): Anerkennung wohlerworbener Rechte im öffentlichen Dienstverhältnis, «wenn das Gesetz die entsprechenden Beziehungen ein für allemal festlegt und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt oder wenn bestimmte, mit einem einzelnen Anstellungsverhältnis verbundene Zusicherungen abgegeben werden.» Kantonsgericht Luzern LGVE 2016 IV Nr. 15 vom 6. Oktober 2016 E. 3.3.; Verwaltungsgericht Zürich VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000 E. 4c)–e), in: ZBI 102/2001 S. 368–378. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 35 n. 13: «Hat der Verwaltungsvertrag allerdings wohlerworbene Rechte begründet, so haben diese auch bei Rechtsänderungen grundsätzlich Bestand» (Hervorhebung hinzugefügt). Daraus entnehme ich, dass die Entstehung wohlerworbener Rechte in der Meinung dieser Autoren nicht als automatische Konsequenz des Vertragsschlusses angenommen werden sollte.

⁴⁷¹ So geschehen in Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009; 1E. 11/2003 vom 22. April 2004; BGE 103 Ia 505. Siehe dazu ferner das Kapitel zum Vertrauensschutz *infra* S. 117 ff.

⁴⁷² GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 394; dasselbe in GRIFFEL, Dynamik und Stillstand, S. 13. Ferner AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 830: «*Si les droits acquis ont pu revêtir une signification spécifique au moment où le droit public naissant a commencé à garantir – et à limiter – le droit de propriété, l'achèvement du processus de publicisation de ce droit les a rendus désuets*» (Hervorhebung im Original); MOOR/POLTIER, S. 24–25. ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 22–23, begnügt sich mit einem kursorischen Hinweis auf die wohlerworbenen Rechte mit der Aussage, es komme heute «einem unnötigen Anachronismus» gleich, den verwaltungsrechtlichen Vertrag unter den Schutz der Eigentumsgarantie zu stellen. Ferner KLEIN, S. 120; POLEDNA, n. 52; U. MÜLLER, S. 119–124. Auch KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 134–136, 177–191, äussert sich sehr kritisch und unterstellt den wohlerworbenen Rechten reine

III. Enteignung vertraglicher Rechte

Wurde in einem Vertragssachverhalt die erste Hürde der Rechtsanwendung erfolgreich bewältigt – ist mit anderen Worten anzunehmen, dass die relevanten Ansprüche aus verwaltungsrechtlichem Vertrag als wohlervorben gelten –, so stellt sich die nächste Frage: In welchem Verfahren und anhand welcher Kriterien ist zu bestimmen, ob ein staatlicher Eingriff eine Entschädigungspflicht unter Art. 26 BV auslöst?

1. Formelle und materielle Enteignung im Allgemeinen

Die formelle Enteignung zeichnet sich durch die Befolgung des jeweils gesetzlich vorgesehenen Enteignungsverfahrens des eidgenössischen oder kantonalen Rechts aus;⁴⁷³ die Leistung voller Entschädigung für das enteignete Objekt stellt dabei die Voraussetzung für die Vornahme einer Enteignung dar.⁴⁷⁴ Die Frage nach der materiellen Enteignung stellt sich hingegen dann, wenn ausserhalb eines Enteignungsverfahrens eine staatliche Massnahme – sei diese individuell-konkret oder generell-abstrakt –, im Vermögen des Grundrechtsträgers eine Wirkung zeitigt, die dem Entzug des Eigentums gleichzusetzen ist.⁴⁷⁵ Abgrenzungsschwierigkeiten stellen sich gerade bei an sich rechtmässiger regulatorischer staatlicher Tätigkeit, die sich auf die Rechtspositionen Einzelner stark beschränkend auswirkt. Nach der vorherrschenden *Barret*-Formel des Bundesgerichts ist eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung dann anzunehmen, wenn dem Eigentümer eine «wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird».⁴⁷⁶ Liegt eine schwere, aber weniger weit gehende Beschränkung vor, so ist Entschädigung aus materieller Enteignung dann geschuldet, wenn dem einzelnen Eigentümer mit der Beschränkung ein Opfer auferlegt wird, das er unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit nicht zu tragen haben sollte (Sonderopfertatbestand).⁴⁷⁷ Nicht schwerwiegende Eigentumsbeschränkungen sind entschädigungslos hinzunehmen, ungeachtet allfälliger Überlegungen im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit. Damit entstehen drei Kategorien:

Surrogatfunktion für den Vertrauensschutz. Sehr kritisch auch RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 7–9. Gewisse Autoren wollen dennoch auf den Schutz vertraglicher Rechte durch die Eigentumsgarantie nicht verzichten, weil die entschädigungsrechtliche Situation des Inhabers der vertraglichen Rechte ansonsten noch zu prekär sei. Siehe dazu GRIFFEL, Dynamik und Stillstand, S. 13; KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 189–191.

⁴⁷³ FHB-WALDMANN, n. 27.62.

⁴⁷⁴ FHB-KESSLER COENDET, n. 26.11.

⁴⁷⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 609.

⁴⁷⁶ BGE 91 I 329 E. 3 S. 339.

⁴⁷⁷ BGE 91 I 329 E. 3 S. 339.

- Entzug einer wesentlichen Eigentümerbefugnis: Entschädigungspflicht;
- schwere Beschränkung des Eigentums, die nicht die Intensität des Entzugs einer wesentlichen Befugnis erreicht: Entschädigungspflicht, wenn dies unter dem Gesichtspunkt der Lastengleichheit geboten ist;
- nicht schwerwiegende Eigentumsbeschränkungen: entschädigungslose Beschränkung zulässig.⁴⁷⁸

RIVA hebt in seinen Untersuchungen hervor, dass die Rechtsprechung zur materiellen Enteignung weitgehende entschädigungslose Beschränkungen zulässt,⁴⁷⁹ wobei sich die angegebenen Werte teilweise schlecht untereinander vergleichen lassen.⁴⁸⁰

Folgende Leitgedanken dienen demnach in der Rechtsprechung des Bundesgerichts dazu, die Abgrenzung zwischen der entschädigungslos zu ertragenden Beschränkung und der entschädigungspflichtigen materiellen Enteignung vorzunehmen:

- Eingriffsintensität;
- Lastengleichheit;
- Zielrichtung des Eigentumseingriffs (zieht der Staat einen Nutzen aus der Beschränkung oder geht es bei der Massnahme um den Schutz des betroffenen Grundeigentümers resp. um ein Austarieren der Interessen verschiedener Eigentümer?); sowie
- Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes.⁴⁸¹

Auf diese Abgrenzungskriterien wird nochmals zurückzukommen sein.⁴⁸² Wird nicht eine gegenwärtige Nutzung, sondern ein möglicher zukünftiger Gebrauch entzogen, so kann eine Entschädigung aus materieller Enteignung zudem nur infrage kommen, wenn der Gebrauch «in naher Zukunft sehr wahrscheinlich» realisiert worden wäre.⁴⁸³

⁴⁷⁸ FHB-WALDMANN, n. 27.13–27.24.

⁴⁷⁹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 71–76, insb. 71–72, sowie S. 108–110; siehe dazu ferner die detaillierte Untersuchung zum Intensitätskriterium für Eingriffe bei RIVA, Materielle Enteignung, S. 273–294.

⁴⁸⁰ Siehe dazu *infra* S. 162 ff., wo die Abgrenzung zwischen entschädigungsbegründenden und entschädigungslosen Eingriffen etwas genauer betrachtet wird.

⁴⁸¹ Vom Bundesgericht nun seit BGE 118 Ib 241 E. 6c) S. 255 auch explizit so bezeichnet. Massgebliche Herausarbeitung durch RIVA, Materielle Enteignung, S. 262–342; für eine grafische Darstellung und Zusammenfassung FHB-WALDMANN, n. 27.8–27.9.

⁴⁸² Siehe dazu *infra* S. 162 ff.

⁴⁸³ Die hohe Realisierungswahrscheinlichkeit wird vom Bundesgericht ebenfalls im *Barret*-Entscheid BGE 91 I 329 E. 3 S. 339 als Konkretisierung des Entzugs künftiger Befugnisse angefügt. Die eigentliche Unterscheidung zwischen der Einschränkung einer aktuellen Nutzung und dem Entzug einer nur theoretischen Gebrauchsmöglichkeit geht aber auf frühere Urteile des Bundesgerichts zurück; siehe zu dieser Rechtsprechung die umfassende Darstellung bei RIVA, Materielle Enteignung, S. 63–105.

Im Themenkomplex der Abgrenzung zwischen Entschädigung und Entschädigungslosigkeit hat die Rechtsprechung verschiedene Konstrukte entwickelt, die eine bestimmte Rechtsfolge in der Grundrechtsanwendung gebieten: So sollen *Inhaltsbestimmungen* des Eigentums entschädigungslos zu ertragen sein.⁴⁸⁴ Ferner werden mit der *Besitzstandsgarantie* Rechtspositionen des Privaten aufgrund einer typisierten Interessenabwägung vor nachträglichen Eingriffen geschützt.⁴⁸⁵ Zuletzt soll die gegenteilige Rechtsfolge – nicht der Bestandesschutz, sondern die Entschädigungslosigkeit – bei sogenannten Polizeieingriffen die Regel sein.⁴⁸⁶

2. Formelle oder materielle Enteignung vertraglicher Rechte?

Aus den obigen Ausführungen kann nun noch nicht abgeleitet werden, was für verwaltungsvertragliche Rechte zu gelten hat. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung spricht sich tendenziell dafür aus, solche Rechte seien mittels formeller Enteignung zu entziehen, ohne die Frage jedoch ein für alle Male zu beantworten.⁴⁸⁷ In der Praxis dürfte sich die Lösung danach richten, ob das

⁴⁸⁴ Sogenannte *Zizers-Praxis* des Bundesgerichts, begonnen in BGE 105 Ia 330 E. 3c)–d) S. 336–338. Demnach ist besonders auf dem Gebiet der Raumplanung und des Umweltrechts der Tatsache Rechnung zu tragen, dass den entsprechenden Verfassungsnormen die gleiche Bedeutung zukommt wie der Eigentumsgarantie. Führen raumplanerische oder umweltschützende Massnahmen zu Eigentumsbeschränkungen, sind diese grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. In Ausnahmefällen kann aber auch hier eine Entschädigung für einzelne Grundeigentümer geschuldet sein. Zum Ganzen FHB-WALDMANN, n. 27.34–27.42. Vgl. ferner die Diskussion um «Schranken» vs. «Konkretisierung» von Grundrechten; dazu *infra* S. 152.

⁴⁸⁵ Für ein Beispiel Bundesgericht 1P.418/2002 vom 16. Dezember 2002 E. 3.1.1. Siehe zur Besitzstandsgarantie etwa GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 180–187. Die zeitgemässe Deutung leitet die Besitzstandsgarantie sowohl aus der Eigentumsgarantie als auch aus dem Vertrauensschutz ab, siehe dazu WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 45; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 81; GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 181. KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 191, leitet sie alleine aus dem Vertrauensschutz ab.

⁴⁸⁶ Auf den Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Polizeieingriffen wird nochmals zurückzukommen sein; siehe dazu *infra* S. 170 ff.

⁴⁸⁷ In BGE 131 I 321 E. 6.2 S. 330–331 setzt das Bundesgericht die vertragliche Kündigung eines altrechtlichen Wasserlieferungsrechts (dingliches Recht) der formellen Enteignung gleich: «Die Ablösung bzw. Kündigung der altrechtlichen Grundlast ist somit vergleichbar mit der formellen Enteignung, bei welcher ebenfalls in einem geregelten Verfahren ein privates Recht dem Enteigneten entzogen und auf den Enteigner übertragen wird; auch bei dieser findet mit der Übertragung des Eigentums und der Entrichtung der dafür geschuldeten Entschädigung ein (mit dem freihändigen Verkauf vergleichbarer) Leistungsaustausch statt: Die Entschädigung ist in diesem Fall Voraussetzung für die Zulässigkeit des Eingriffs [...] bzw. Rechtmässigkeitsvoraussetzung [...]. Die vorliegend grundsätzlich mögliche Kündigung der Wasserlieferungspflicht kann daher nur rechts-

massgebliche kantonale oder eidgenössische Enteignungsgesetz die Enteignung vertraglicher Rechte vorsieht oder nicht.⁴⁸⁸ Insofern, als dass das Enteignungsgesetz des Bundes sowie viele kantonale Gesetze den Gegenstand der formellen Enteignung sowie die entschädigungsberechtigten Personen präzise umreissen, klafft eine gewisse Lücke zwischen dem verfassungsrechtlich postulierten Schutz und dem Gegenstand der formellen Enteignung.⁴⁸⁹ Mit Ausnahme der persönlichen Rechte von Mietern und Pächtern der von der Enteignung betroffenen Grundstücke resp. von dinglich gesicherten persönlichen Rechten, auf die sich viele Enteignungsgesetze beschränken,⁴⁹⁰ kann der Entzug persönlicher (vertraglicher) Rechte nicht in den entsprechenden formellen Enteignungsverfahren entschädigt werden;⁴⁹¹ es bleibt damit in den meisten Fällen nur die Option, nachträglich anhand der materiellen Enteignung zu argumentieren, ein staatlicher Eingriff in den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag sei zu entschädigen.

wirksam werden, wenn auch der Ablösungsbetrag verbindlich bestimmt ist. Die Parteien können diesen vor oder bei der Ablösung beliebig festsetzen [...]. « Dasselbe auch in Bundesgericht 2P.295/2004 vom 6. Juni 2005 E. 6.2; BGE 113 Ia 353 E. 2 S. 354: «Gegenstand der formellen Enteignung bilden [...] *alle von der Eigentumsgarantie geschützten vermögenswerten Rechte*, wie die aus dem Grundeigentum hervorgehenden Nachbarrechte, sowie die Rechte von Mietern und Pächtern der von der Enteignung betroffenen Grundstücke» (Hervorhebung hinzugefügt). Auch in BGE 103 Ia 31 E. 2c) S. 35 wird eine formelle Enteignung resp. ein Vorgehen analog der formellen Enteignung angetönt. Dasselbe auch bei MOOR/POLTIER, S. 473. Für weitere Hinweise RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 53–54, insb. Fn. 220. In eine andere Richtung gehen folgende Entscheide: Formelle Enteignung eines nicht dinglich gesicherten persönlichen Rechts ausgeschlossen in BGE 97 I 872 E. 4 S. 877 (Entscheid in italienischer Sprache, ins Französische übersetzt in JdT 1973 I S. 217–220). Zur materiellen Enteignung tendierend: BGE 113 Ia 357 E. 6b) S. 362, sowie BGE 112 Ia 275 E. 5d) S. 280 (es handelte sich jedoch in beiden Fällen um die Aufhebung einer Grabkonzession und der damit verbundenen wohlerworbenen Rechte durch die Gemeinde).

⁴⁸⁸ FHB-WALDMANN, n. 27.62.

⁴⁸⁹ EGGS, n. 717: «[I]l n'est donc pas exact d'affirmer que tous les droits patrimoniaux protégés par la garantie de la propriété peuvent être des objets d'expropriation [...].»

⁴⁹⁰ Beispielhaft Art. 5 und 23 EntG; Art. 4 EntG (BE); Art. 10 und 11 EntG (FR); Art. 2 Abs. 1 LEX (GE). Dazu auch EGGS, n. 715.

⁴⁹¹ Art. 5 EntG sieht als Gegenstand der Enteignung nur, aber immerhin die persönlichen Rechte von Mietern und Pächtern des von der Enteignung betroffenen Grundstücks vor. EGGS, n. 710–718; n. 713: «*Avec la loi fédérale actuelle, il faut retenir que les droits susceptibles d'être des objets d'expropriation sont désormais définis de manière exhaustive. Ils le sont soit dans la LEX elle-même, soit dans des lois spéciales.*» Als Ausnahme können gewisse vertragliche Ansprüche des Enteigneten genannt werden, die unter dem Titel der «weiteren Nachteile» nach Art. 19 lit. c EntG entschädigt werden können; für ein Beispiel siehe BGE 113 Ib 39 (Lohnausfall eines Wirts, dessen Gasthof aufgrund einer Enteignung schliessen musste). Dazu ferner EGGS, n. 824.

3. Materielle Enteignung vertraglicher Rechte zum Ersten: Übertragung der Barret-Kriterien?

Die überwiegende Mehrheit der Gerichtsurteile zum Enteignungsrecht betrifft die Enteignung von Ansprüchen im Zusammenhang mit dem Grundeigentum. Obwohl die *Barret*-Formel auch bei der Enteignung beweglicher Sachen mit den notwendigen Anpassungen zur Geltung kommen soll,⁴⁹² lassen sich die entwickelten Kriterien bereits auf diesen Sachverhalt nicht ohne Weiteres übertragen.⁴⁹³ Vertragliche Rechte schliesslich treten strukturell nochmals ganz anders in Erscheinung als Grundeigentum oder Eigentum an beweglichen Sachen. Es wurde bereits erwähnt: im Gegensatz zu einem Recht *erga omnes* ist der vertragliche Anspruch begrenzt und relativ. Begrenzt resp. *eingegrenzt*, wird er durch die Vertragsmodalitäten selbst. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien den Vertrag nur ins Leben rufen, um genau diejenigen Themen zu regeln, die für sie von Bedeutung sind. Damit kann die Identifikation dessen, was nach den *Barret*-Kriterien eine «wesentliche Befugnis» darstellt, nicht in derselben Weise geschehen, wie dies beim (Grund-)Eigentum der Fall ist.

Relativ ist der vertragliche Anspruch deshalb, weil er nur gegen den Vertragspartner besteht. Dessen (individualisierte) Identität und Situation bestimmen den Wert seiner vertraglichen Verpflichtungen mit. Bereits die Möglichkeit, vom Vertragspartner eine Leistung einzufordern, kann in sich bereits einen grossen (wirtschaftlichen) Wert darstellen, ungeachtet davon, ob davon bereits Gebrauch gemacht wurde oder ein solcher Gebrauch in naher Zukunft vorgesehen ist. So kann beispielsweise bereits die Verpflichtung des staatlichen Vertragspartners, unter gewissen Voraussetzungen Bürgschaften zugunsten des Privaten einzugehen, einem Vorhaben Seriosität verleihen und somit Gespräche des pri-

⁴⁹² BGE 113 Ia 368 E. 5 S. 376–377 (materielle Enteignung einer archäologischen Sammlung durch gesetzliche Unterschützstellung); BGE 93 I 708 E. 3 S. 711 (Anwendbarkeit der mat. Enteignung auf bewegliche Sachen).

⁴⁹³ In BGE 113 Ia 368 E. 5c) S. 378 zeigt sich beispielsweise hinsichtlich der Pflicht zum Unterhalt von beweglichen Sachen ein wesentlicher Unterschied zum Grundeigentum: «*Proprio il richiamo di questa giurisprudenza mostra che i criteri elaborati in materia immobiliare non possono essere trasferiti come tali, per quanto riguarda l'obbligo conservativo, ai monumenti mobili. La demolizione di un edificio è voluta dal proprietario, in genere, per fruire del valore assoluto del terreno, relativizzato dalla presenza della costruzione. L'alternativa mantenimento o demolizione si prospetta, in altri termini, per l'uso più vantaggioso di un'entità – il terreno – che la demolizione trasferirebbe dalla categoria delle aree edificate a quella delle aree fabbricabili. Questi elementi di calcolo economico non si riscontrano nel caso di beni mobili: qui non esiste un supporto fondiario e l'onere di conservazione, salvo ipotesi del tutto particolari (provento di rassegne, mostre e simili oppure ricupero di materiali preziosi costituenti l'oggetto), non trova contropartita nel reddito che il bene permette di conseguire.*» Weiter u.a. auch FHB-WALDMANN, n. 27.8.

vaten Vertragspartners mit möglichen Kunden oder Geldgebern erleichtern,⁴⁹⁴ *a priori* ungeachtet der effektiven Wahrscheinlichkeit, dass eine Bürgschaft auch in Anspruch genommen wird.

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Es verbleibt unklar, *wie sich der entschädigungsbegründende Eingriff* in vertragliche Rechte nach der *Barret*-Rechtsprechung *charakterisiert* und *wie dieser bestimmt wird*. Oftmals bleibt es in den entsprechenden Urteilen auch deswegen bei allgemeinen Überlegungen, weil die Lösung des Problems die detaillierte Prüfung der Enteignung nicht verlangt: entweder weil eine Enteignung verneint (resp. die Zulässigkeit einer Massnahme bejaht) wird oder weil das Gericht entscheidet, dass einer neuen gesetzlichen Bestimmung oder Massnahme die Anwendung auf den betroffenen Vertragspartner (resp. Konzessionär) gänzlich versagt werden soll.⁴⁹⁵

4. *Materielle Enteignung vertraglicher Rechte zum Zweiten: weitere Äusserungen der Rechtsprechung*

a) *Die Substanz als Kriterium*

Die bisher spärliche Gerichtspraxis zur Enteignung wohlerworbener Rechte scheint Wege zu gehen, die auf den ersten Blick wenig Ähnlichkeiten mit den Regeln der materiellen Enteignung nach der *Barret*-Rechtsprechung aufweisen.⁴⁹⁶ Im Zusammenhang mit Wasserrechtskonzessionen bedient sich das Bundesgericht des Kriteriums der *Substanz*, um entschädigungslose Beschränkungen und Enteignungen voneinander abzugrenzen: Eingriffe in wohlerworbene Rechte sind so lange hinzunehmen, wie sie die Substanz nicht verletzen.⁴⁹⁷ Als

⁴⁹⁴ Art. 16 Abs. 1 des öffentlich-rechtlichen Vertrags zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Stiftung «Switzerland Innovation» vom 21. Dezember 2016 sowie der Zusatzvertrag über das Bürgschaftswesen vom 5. April 2017 sehen vor, dass der Bund zur Förderung von Innovationsvorhaben durch günstige Darlehen Bürgschaftsverpflichtungen aufnimmt; BBl 2017 3299–3306 sowie BBl 2017 3307–3312.

⁴⁹⁵ RIVA, Materielle Enteignung, S. 236–241, spricht davon, dass das Bundesgericht bis zu Beginn der Achtzigerjahre den wohlerworbenen Rechten nahezu absoluten Schutz gewährte, womit jede Einschränkung zu Entschädigung Anlass gab. Vgl. der diesbezüglich in obiger Publikation zitierte BGE 96 I 282 E. 5 S. 290–292. Ferner auch RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 52–53. Auch KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 147, weist darauf hin, dass wohlerworbene Rechte kaum je enteignet werden, womit ihre Bestandeskraft vorgeht. Damit wird einer der Zwecke, der mit den wohlerworbenen Rechten verfolgt wird, gerade nicht erfüllt, nämlich das Ermöglichen einer rechtlich gesicherten Entschädigung für enttäushtes Vertrauen durch die Eigentumsgarantie.

⁴⁹⁶ Eine Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Praxis sowie von (kargen) Äusserungen der Lehre zur Entschädigung bei Eingriffen in wohlerworbene Rechte findet sich bei RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 52–55 (Bundesgericht), bzw. S. 42–43 (Lehre).

⁴⁹⁷ BGE 139 II 28 E. 2.7.2 S. 34; BGE 127 II 69 E. 5a) S. 75; Bundesgericht 1A.320/2000 und 1P.786/2000 vom 20. September 2001 E. 3 a) bb); BGE 119 Ib 154 E. 5a)

Substanz gilt etwa das, was Wirtschaftlichkeit und Rentabilität der konzidierten Tätigkeit ausmacht.⁴⁹⁸ Ferner sind in der Beurteilung zwei weitere Elemente einzubeziehen:

- die mit dem Eingriff verfolgten Ziele sowie
- die Eignung der strittigen Massnahme(n) zur Förderung der damit verfolgten öffentlichen Interessen (Interessenabwägung).⁴⁹⁹

b) *Andere Ansätze*

Das Bundesgericht hat aber auch schon angedeutet, dass wohlerworbene Rechte *in Anwendung der Kriterien von Art. 36 BV* einzuschränken seien, ohne dass eine Entschädigung von einem Substanzeingriff abhängig gemacht wird.⁵⁰⁰ Darüber hinaus lassen sich zur Bestimmung der materiellen Enteignung kaum konkrete Anhaltspunkte finden; selbst das Substanzkriterium scheint sich ausserhalb des Rechts der Wassernutzungskonzessionen nicht durchgesetzt zu haben.⁵⁰¹ Dafür können folgende mögliche Gründe aufgeführt werden:

S. 268–269 («Substanz oder Wesensgehalt»); BGE 107 Ib 140 E. 6b) S. 149–150. Siehe dazu auch RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 57–65, 113.

⁴⁹⁸ BGE 139 II 28 E. 2.7.2 S. 34: «Ob ein staatlicher Eingriff die Substanz respektiert, beurteilt sich nach der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Eingriffs für den Träger des Rechts [...]. Das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit ist darauf gerichtet, den Wert rechtmässig getätigter Investitionen zu bewahren. Wer die aus dem wohlerworbenen Recht fließenden Befugnisse umsetzt und zu diesem Zweck Investitionen tätigt, soll bezüglich der wirtschaftlichen Folgen, in deren Erwartung er seinen Investitionsentscheid fällte, vor staatlichen Beeinträchtigungen geschützt sein.» Bundesgericht 2P.295/2004 vom 6. Juni 2005 E. 5.4 (betreffend historisches Recht auf Wasserlieferung): «[G]eschützt ist dabei nur die Substanz des wohlerworbenen Rechts, nicht dessen Ausübung, die durch die jeweilige Rechtsordnung bestimmt wird»; Bundesgericht 1A.320/2000 und 1P.786/2000 vom 20. September 2001 E. 3 a) bb): «*conditions économiquement supportables*».

⁴⁹⁹ Dazu im Detail unter Angabe von Urteilen RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 58–61. Zu den mit dem Eingriff verfolgten Interessen: BGE 126 II 171 E. 4b) S. 180–181 (Unterscheidung zwischen nachträglich aufgetretenen Gründen des öffentlichen Interesses und einer rein finanziellen Veränderung zulasten des Konzessionärs). Zur Interessenabwägung u.a. BGE 107 Ib 140 E. 6b) S. 150. Kritik an diesen beiden letzteren Faktoren wird geübt bei RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 120–121, 177–178.

⁵⁰⁰ BGE 119 Ia 154 E. 5c) S. 161–162. Ferner BGE 145 II 140 E. 4.2 S. 145–146, wo zwar von Eingriffen in die Substanz die Rede ist, diese aber auch unterhalb der Schwelle der materiellen Enteignung stattfinden könnten und entsprechend zu entschädigen seien.

⁵⁰¹ Ein Beispiel findet sich aber in Bundesgericht 2P.295/2004 vom 6. Juni 2005 E. 5.4, wo es um ein historisches Recht auf Wasserlieferung ging (siehe dazu sogleich im Haupttext). MOOR/POLTIER, S. 475–476, schaffen eine Verbindung zwischen der klassischen Enteignungsrechtsprechung und der Substanzverletzung, indem sie die Substanzverletzung als *Entzug einer wesentlichen Befugnis* werten. Siehe dazu ferner RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 74, Fn. 289.

- die geringe Anzahl Gerichtsfälle, die die Enteignung vertraglicher Rechte betrifft;
- die zumindest theoretisch angedeutete Vorliebe des Bundesgerichts für die formelle Enteignung,⁵⁰² womit die Abgrenzung zwischen entschädigungsloser Beschränkung und eigentlicher (materieller) Enteignung keine Rolle mehr spielt;
- die bereits oben erwähnte Möglichkeit, in der Lösung des jeweiligen Problems die Bestimmung der Enteignung gänzlich zu umgehen (dadurch, dass dem Betroffenen Bestandesschutz gewährt oder im Gegenteil, dass eine Enteignung verneint wird);⁵⁰³
- die zuweilen bevorzugte Lösung des sich stellenden Rechtsproblems über den reinen Vertrauensschutz, ohne Umweg über wohl erworbene Rechte.⁵⁰⁴

Einige Beispiele der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden im Folgenden angeführt.⁵⁰⁵ Soweit Aussagen zur Entschädigungsbemessung zu finden sind, werden diese ebenfalls kurz angesprochen:

- Im Bundesgerichtsurteil 2P.295/2004 vom 6. Juni 2005 betreffend die Ablösung eines historischen vertraglichen Rechts auf Wasserlieferung findet sich das Substanzkriterium wieder: «[G]eschützt ist [...] nur die Substanz des wohl erworbenen Rechts, nicht dessen Ausübung, die durch die jeweilige Rechtsordnung bestimmt wird.»⁵⁰⁶ Damit wird nicht ganz klar, ob mit der Substanz das Schutzobjekt oder die entschädigungspflichtige Enteignung bestimmt werden soll. Sollten sich die Parteien in der noch zu bestimmenden Ablösesumme nicht einig werden können, sei, so das Bundesgericht, der zwanzigfache Betrag der Jahresleistung geschuldet.⁵⁰⁷
- Im Bundesgerichtsurteil 1E. 111/2003 vom 22. April 2004 ging es um die materielle Enteignung des *Anspruchs am Betriebsergebnis* aus einer Konzession zum Aushub von Kies und Sand. Gegenstand der formellen Enteignung war die Parzelle, auf der die konzessionierte Tätigkeit stattfand. Der Be-

⁵⁰² Siehe dazu *supra* Fn. 487.

⁵⁰³ Siehe dazu *supra* Fn. 495.

⁵⁰⁴ Vgl. dazu die nachfolgend im Text zitierten Beispiele Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009 sowie BGE 103 Ia 505; sowie auch *infra* das Kapitel zum Vertrauensschutz, S. 117 ff.

⁵⁰⁵ Für einen umfassenden Überblick der Positionen der *Lehre* zur Bestandskraft wohl erworbener Rechte bei Rechtsänderungen und der Frage der Entschädigung siehe RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 39–41.

⁵⁰⁶ Bundesgericht 2P.295/2004 vom 6. Juni 2005 E. 5.4.

⁵⁰⁷ Bundesgericht 2P.295/2004 vom 6. Juni 2005 E. 6.2. Zwar handelte es sich nicht um eine Grundlast nach aktuellem Recht, aufgrund der Ähnlichkeit erachtete das Bundesgericht eine Anwendung der Art. 789 i.V.m. 783 Abs. 2 ZGB über die Ablösung von Grundlasten aber als statthaft.

schwerdeführer und Eigentümer der Parzelle war als Mitkonzessionär am Betriebsergebnis aus der Konzession beteiligt und machte unter diesem Titel Einnahmeausfälle geltend. Das Bundesgericht führte aus, dass die *für die Entschädigung aus Betriebsausfall massgebliche Dauer nicht über die eigentliche Vertragsdauer hinausgehen könne*, und dies selbst dann, wenn eine Verlängerung der Konzession wahrscheinlich erscheine: «In diesem Zusammenhang darf auch daran erinnert werden, dass für enteignungsbedingte Eingriffe in vertragliche Rechte Entschädigung *nur bei vorzeitiger Vertragsauflösung oder bei Beeinträchtigung des vertragsgemässen Gebrauchs der Sache bis zum Vertragsablauf oder zum nächsten Kündigungstermin* geleistet werden muss. Die Aussicht auf Vertragsverlängerung hat – selbst wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit einer solchen gerechnet werden darf – bei der Entschädigungsbemessung ausser Acht zu bleiben.»⁵⁰⁸ Bemerkenswert ist, dass der Begriff des wohlerworbenen Rechts im Urteil nirgends explizit gebraucht wird, obwohl es sich beim Beschwerdeführer um den Inhaber konzederter Rechte handelte. Im konkreten Fall stellte das Bundesgericht fest, dass der Betrieb bis zum Ablauf der Konzession ohne Einschränkungen hatte weitergeführt werden können, weshalb sich eine Enteignungsentschädigung erübrigte.

Es ist zu bemerken, dass die obigen Urteile zur heiklen Abgrenzung zwischen entschädigungsloser Beschränkung und entschädigungsbegründender materieller Enteignung keine Informationen liefern. Hinsichtlich des Umfangs der Entschädigung zeigt sich jedoch ansatzweise eine Abstützung auf die jeweils geltende vertragliche Regelung, was sich in der Beschränkung einer allfälligen Entschädigung auf die geltende Vertragsdauer resp. die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist äussert.⁵⁰⁹

IV. Würdigung: Die Eigentumsgarantie als Hürdenlauf

In diesem Kapitel sollte untersucht werden, wie Ansprüche aus verwaltungsrechtlichem Vertrag durch die Eigentumsgarantie geschützt werden und was aus der Eigentumsgarantie für die Dogmatik des (heterogenen) verwaltungs-

⁵⁰⁸ Bundesgericht 1E. 11/2003 vom 22. April 2004 E. 5.3.

⁵⁰⁹ Geht es um vertragliche Rechte, die in formellen Enteignungsverfahren geltend gemacht werden, finden sich einige richterliche Hinweise auf Art und Umfang der Schadensberechnung. Zur Enteignung von Pachtrechten: BGE 113 Ib 39 (Enteignung eines Gasthofs und Frage des Lohnausfalls des Wirts, der als Pächter mit dem Grundstück seinen Lebensunterhalt verdient hatte; Umgang mit der Schwierigkeit, angesichts des fortgeschrittenen Alters des Wirts, ihm den Neuaufbau eines anderen Gasthofs zuzumuten); BGE 109 Ib 26 (Ausfälle aus Pachtvertrag; Anwendung der Ertragswertmethode auf die restliche Vertragsdauer).

rechtlichen Vertrags abgeleitet werden kann. Diese beiden Elemente sollen im Folgenden zusammenfassend aufgenommen werden.

1. *Ungenügender Schutz vertraglicher Rechte des öffentlichen Rechts durch die Eigentumsgarantie*

Betrachtet man die Bedeutung, die vertragliche Ansprüche für die Existenz einer (natürlichen oder juristischen) Person heutzutage einnehmen können, erscheint es grundsätzlich richtig, diese ebenso der Eigentumsgarantie zu unterstellen wie das eigentliche sachenrechtliche Eigentum. Die selbstbestimmte, selbstverantwortliche Lebensgestaltung wird gerade für natürliche Personen heutzutage je länger je mehr durch persönliche Ansprüche aus Verträgen (Arbeitsverträge, Mietverträge, Leasingverträge, Versicherungen, Ansprüche aus Vorsorgeverhältnissen) und weniger durch Eigentum sichergestellt.⁵¹⁰ Die grosse Bedeutung vertraglicher Ansprüche im Wirtschaftsleben dürfte ferner unstrittig sein. Dabei wird es für den Vertragspartner des Gemeinwesens in den seltensten Fällen eine Rolle spielen, ob sein Vertragsverhältnis mit dem Staat dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht untersteht, was für die Aufnahme aller vertraglichen Rechte in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie spricht.

Wo sich hinsichtlich des Zwecks der Eigentumsgarantie und der Funktion vertraglicher Rechte nichts am Schutz des Vertrags durch Art. 26 BV aussetzen lässt, sieht es bezüglich des konkreten Schutzes, den die Eigentumsgarantie den verwaltungsvertraglichen Rechten im aktuellen Zeitpunkt bietet, sowie der Struktur der Eigentumsgarantie anders aus. Als Vorteil der Eigentumsgarantie erscheint, dass sie im Enteignungsfall volle Entschädigung verspricht. Diese volle Entschädigung wird der Funktion des verwaltungsrechtlichen Vertrags sowie dem Erfüllungsinteresse des privaten Vertragspartners besser gerecht, als dies bei den *ex ante* undefinierten Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes der Fall ist.⁵¹¹ Sie bietet eine Parallele zur Vertragshaftung nach Art. 97 OR, bei der das positive Vertragsinteresse zu entschädigen ist.⁵¹² Dieser vollen Entschädigung, die in Aussicht gestellt wird, stehen aber einige gewichtige Hindernisse im Weg, die an der Sinnhaftigkeit des Schutzes ernsthafte Zweifel aufkommen lassen.

2. *Die wohlerworbenen Rechte als Hauptproblem*

Der Umweg über die wohlerworbenen Rechte schafft die grössten Herausforderungen hinsichtlich des Schutzes verwaltungsvertraglicher Rechte. Hier hat sich

⁵¹⁰ Zu diesem Phänomen bereits SALADIN, Grundrechte, S. 391–403.

⁵¹¹ Zur Bestimmung der Rechtsfolge aus Vertrauensschutz im Einzelfall *infra* S. 129 ff.

⁵¹² So auch MOOR/POLTIER, S. 473.

gezeigt, dass nicht nur weitgehend unklar ist, welche Rechte innerhalb des Vertragsverhältnisses als wohlerworben zu betrachten sind, sondern auch, wie die Modalitäten ihrer Enteignung aussehen.

Das Bestreben, öffentlich-rechtliche Rechtspositionen im Namen eines notwendigen staatlichen Privilegs weitergehenden Einschränkungen zugänglich machen zu können als privatrechtliche Ansprüche, erscheint nachvollziehbar.⁵¹³ Dagegen, dass solche Rechtspositionen aber nur unter der Voraussetzung der Wohlerworfenheit in den Schutzbereich des Grundrechts aufgenommen werden sollen, sind jedoch zwei Dinge einzuwenden: Erstens kann das Anliegen, dem veränderten Recht gegenüber dem Rechtsbestandsinteresse des Einzelnen im Notfall den Vorrang zu verschaffen, gerade beim verwaltungsrechtlichen Vertrag durchaus auf andere Weise sichergestellt werden als durch gänzlichen Ausschluss solcher obligatorischer Rechtspositionen vom Schutz der Eigentums-garantie. Zu denken ist primär an die konkrete Ausgestaltung des einzelnen Vertragsverhältnisses mittels vertraglich vereinbarter Kündigungsmechanismen zugunsten des Gemeinwesens, sekundär an die Integration vertragsdogmatischer Privilegien in das öffentliche Vertragsrecht, ohne damit gleich auf jegliche Rechtsfolgen zugunsten des betroffenen Privaten zu verzichten. Zweitens führt die Beschränkung auf wohlerworbene Rechte zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit.⁵¹⁴ Wollte man an den wohlerworfenen Rechten festhalten, so müsste m.E. für ihre Bestimmung im Vertrag nicht darauf abgestellt werden, ob die einzelne Bestimmung frei vereinbart worden sei, sondern auf deren Bedeutung im gesamten Gefüge der vertraglichen Rechte und Pflichten. Diese Bedeutung wird sowohl für den Umfang des zu schützenden Vertrauens des privaten Vertragspartners wie auch für den wirtschaftlichen Wert des allenfalls betroffenen wohlerworfenen Rechts relevant sein. Sinnvoller scheint es m.E. aber, das Konzept des wohlerworfenen Rechts gänzlich aufzugeben.⁵¹⁵ Es wird sich zeigen, dass

⁵¹³ Wobei der Grund dafür, dass solche öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen stärker der staatlichen Einwirkung ausgesetzt sind als privatrechtliche nicht in der Rechtsnatur selbst liegt, sondern in den Gründen, die zur Unterstellung unter das öffentliche Recht führen (mit allen Schwächen, die diesen mitunter anhaften können): siehe zur Bestimmung der Rechtsnatur *supra* S. 37 ff.

⁵¹⁴ RIVA, Materielle Enteignung, S. 242: «Besonders das für den öffentlichrechtlichen Bereich ausschlaggebende Kriterium der Wohlerworfenheit trifft zwischen den geschützten und den ungeschützten Interessen eine Wahl, die nicht mehr einsichtig wird.»

⁵¹⁵ Eine eloquente Zusammenfassung der Situation nimmt GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 394, vor: «Lehre und Rechtsprechung haben die überkommene Dogmatik der <wohlerworfenen Rechte> (Stichwort <Gesetzesbeständigkeit>) zwar entschlackt und in die heutige Rechtsordnung eingepasst, an der antiquierten Figur als solcher aber festgehalten – neben dem Vertrauensschutz notabene. Dies rechtfertigt sich m.E. jedoch nicht mehr, da die <wohlerworfenen Rechte> inzwischen vollständig in der moderneren Dog-

dem Vertrauensschutz eine valable Alternative zur Bewältigung derselben Sachverhalte entnommen werden kann, die eine volle Entschädigung des privaten Vertragspartners bei einseitiger staatlicher Verkürzung seiner vertraglichen Rechte ebenso zur Folge haben kann.⁵¹⁶ Damit kann das Ziel, eine stimmige öffentlich-rechtliche Vertragsdogmatik zu entwickeln, die sowohl der Doppelrolle des Staats gerecht wird als auch das Vertrauensschutzinteresse des privaten Vertragspartners würdigt, besser erreicht werden.

3. Beantwortung der Eingangsfragen

Um die erste eingangs gestellte Frage zu beantworten, nämlich wie Ansprüche aus verwaltungsrechtlichem Vertrag durch die Eigentumsgarantie geschützt werden: Die theoretische Unterstellung wohlervorbener vertraglicher Rechte unter die Eigentumsgarantie mündet praktisch gesehen in einen für den privaten Vertragspartner ungenügenden, weil mit etlichen Unsicherheiten behafteten Schutz. Dem wirksamen Schutz verwaltungsvertraglicher Rechte durch die Eigentumsgarantie stehen Hürden im Wege, die nur durch tief greifende Anpassungen zu beseitigen wären. Entsprechend wird stattdessen an dieser Stelle für die Weiterentwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags die Abstützung auf den Vertrauensschutz befürwortet.

Die zweite eingangs gestellte Frage wollte wissen, was aus der Eigentumsgarantie für die Dogmatik des (heterogenen) verwaltungsrechtlichen Vertrags abgeleitet werden kann. Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen entschädigungslosen und entschädigungsbegründenden regulatorischen Eingriffen bietet die Eigentumsgarantie dennoch wertvolle Illustrationen. Im Rahmen der Bestimmung der materiellen Enteignung deuten die Abgrenzungskriterien des Bundesgerichts bereits an, dass auch Aspekte des Vertrauensschutzes in die Beurteilung einfließen. Dies schafft bereits einen Bezugspunkt zum Grundrecht nach Art. 9 BV. Die anderen Abgrenzungskriterien, allen voran die Intensität und die Lastengleichheit, sollen denn auch im Rahmen der Ausführungen zum Vertrauensschutz daraufhin geprüft werden, ob sie sich auch in die vertrauensschutzrechtliche Vertragsdogmatik eingliedern lassen.⁵¹⁷ Das letzte verbleibende Abgrenzungskriterium, dasjenige der Zielrichtung des Eingriffs, soll ebenfalls nochmals genauer betrachtet werden, und zwar im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Entschädigungslosigkeit des Polizeieingriffs. Auch dieses aus der Eigentumsgarantie heraus entwickelte Konstrukt soll

matik des Vertrauensschutzes aufgehen [...]» (Hervorhebung im Original). Siehe dazu die bereits *supra* Fn. 472 erwähnten ablehnenden Meinungen.

⁵¹⁶ Siehe dazu *infra* S. 177 ff.

⁵¹⁷ Siehe dazu *infra* S. 163 ff.

nochmals beigezogen werden, um herauszufinden, ob gewisse Eingriffe ohne Entschädigung resp. ohne Rechtsfolge durch den Privaten hinzunehmen sein sollen.⁵¹⁸

C. Der Vertrauensschutz (Art. 9 BV)

Wie funktioniert der grundrechtliche Vertrauensschutz und wie wird der verwaltungsrechtliche Vertrag unter diesem Gesichtspunkt behandelt? In diesem Kapitel soll ein Überblick über die wichtigsten Aspekte des Grundrechts gegeben werden. Es soll Vorarbeit geleistet werden für das nachfolgende Kapitel, dessen Ziel es ist, Vorschläge zur Konkretisierung der Dogmatik des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags anhand der Funktionen des Vertrags zu formulieren (*infra* § 8). Die Rechtsfolge der Entschädigung aus Vertrauensschutz und insbesondere die Frage nach dem positiven Interesse wird vorliegend weitgehend ausgeklammert, um im nächsten Kapitel eingehend behandelt zu werden (*infra* § 8 E. I.).

I. Vertrauensschutz als Grundrecht und Grundsatz staatlichen Handelns

Die Anwendungsfälle des Grundrechts auf Vertrauensschutz sind vielfältig; gemeinsam ist ihnen der Gedanke – ohne vorerst auf die Unzulänglichkeiten dieser Definition einzugehen –, dass der Einzelne aus seinem rechtmässigen Vertrauen in behördliches Verhalten keinen Nachteil erleiden soll.⁵¹⁹ Der rechtsunkundigen Verfahrenspartei wird erlaubt, ihre Eingabe nach Ablauf der Beschwerdefrist einzureichen, weil sie die korrekte Frist aufgrund einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung nicht eingehalten hat. Dem Grundeigentümer werden Planungskosten ersetzt, die aufgrund einer widerrufenen Baubewilligung nun nutzlos geworden sind. Bedeuten kann dies je nach Situation sogar, dass eine «vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden»⁵²⁰ geboten ist.⁵²¹

Es ist heute anerkannt, dass auch der verwaltungsrechtliche Vertrag einen solchen Vertrauenstatbestand darstellt.⁵²² Gemäss einer Formel des Bundes-

⁵¹⁸ Siehe dazu *infra* S. 170 ff.

⁵¹⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 1970: «Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in förmliche behördliche Akte oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden.»

⁵²⁰ BGE 120 V 445 E. 4 b) S. 449.

⁵²¹ Ferner zur normkorrigierenden Wirkung des Vertrauensschutzes bereits *supra* Fn. 382 im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Veränderlichkeit des Rechts.

⁵²² Bundesgericht 2C_658/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.3: «Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag kann eine Vertrauensgrundlage schaffen, auf die sich der Vertragspartner grundsätz-

gerichts liegt es im Wesen des Vertrags, «Vertrauen im Hinblick auf das zukünftige Verhalten des Vertragspartners zu begründen.»⁵²³

Das Vertrauensprinzip ist heute in zwei Formen in der Bundesverfassung festgehalten: zum einen als Grundsatz staatlichen Handelns als Gebot von Treu und Glauben in Art. 5 Abs. 3 BV, zum anderen als eigentliches Grundrecht in Art. 9 BV.⁵²⁴ Der Grundsatz von Treu und Glauben dient auch dem grundrechtlichen Vertrauensschutz als wesentliche Grundlage,⁵²⁵ nebst Treu und Glauben

lich berufen kann»; ferner 1C_450/2009 vom 25. Januar 2010 E. 2.4.2; 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 4.4: «Ein Vertrauen erweckender Umstand kann insbesondere darin liegen, dass ein verwaltungsrechtlicher Vertrag abgeschlossen worden ist und dieser nunmehr geändert werden soll»; 1P.296/2003 vom 22. August 2003 E. 6.2: Vertrauensinteresse des Privaten erscheint dann als «besonders gewichtig, wenn er [d.h. der Private] durch einen Vertrag begünstigt wird». Anerkennung einer durch Vertrag geschaffenen Vertrauensgrundlage im konkreten Fall in 1P.358/1994 und 1P.172/1995 vom 20. September 1995 E. 5 d), in: ZBI 98/1997 S. 272–279. Bundesverwaltungsgericht A-2498/2016 vom 11. April 2017 E. 3.3: Anspruch des Arbeitnehmers auf Vertrauensschutz als «Ausfluss des verwaltungsrechtlichen Vertrages». Verschiedene Gerichtsurteile wollen dem Privaten Vertragspartner aus verwaltungsrechtlichem Vertrag mit Berufung auf das Prinzip «*pacta sunt servanda*» höheren Schutz als den grundrechtlichen Vertrauensschutz zukommen lassen, wobei das genaue Verhältnis zwischen Vertragsbindung und Vertrauensschutz unklar bleibt; so etwa Bundesgericht 2C_164/2009 und 2C_165/2009 vom 21. April 2001 E. 8.1. Ähnlich wohl auch BGE 122 I 328 E. 7a) S. 340: «Handelt es sich bei der vom Bürger angerufenen Vertrauensgrundlage dagegen um einen öffentlichrechtlichen Vertrag, ist der Vertrauensschutz grundsätzlich durch die Bindung der Verwaltung an den Vertrag gewährleistet.» Ferner im Zusammenhang mit einem Vertrag zwischen zwei öffentlich-rechtlich organisierten juristischen Personen BGE 120 V 445 E. 4b) S. 450: «Für die Anrufung des öffentlichrechtlichen Vertrauensschutzes besteht dann kein Raum, wenn die Rechtsbeziehungen zwischen zwei juristischen Personen des öffentlichen Rechts (verwaltungs- oder privat-) vertraglicher Natur sind. Denn diesfalls stehen sich zwei gleichberechtigte Rechtssubjekte gegenüber [...], deren Rechte und Pflichten sich in erster Linie aus dem Vertrag ergeben.» RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 84–85; KLEIN, S. 113; KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 188: Verwaltungsrechtliche Verträge begründen Geltungsvertrauen; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 219–227.

⁵²³ BGE 103 Ia 505 E. 4a) S. 514; auch Bundesverwaltungsgericht A-6788/2008 vom 10. Juni 2009 E. 4.2.

⁵²⁴ Statt vieler AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 1169; MÜLLER/SCHEFER, S. 31; WEBER-DÜRLER, Entwicklungen, S. 282. Die Lehre geht davon aus, dass der programmatische Grundsatz im Gegensatz zum Grundrecht nur da greift, wo widersprüchliches Behördenhandeln vorliegt, welches aber von keiner der präziseren Vertrauensschutzsituationen erfasst wird; so etwa EPINEY, BSK BV, Art. 5 n. 75; WEBER-DÜRLER, Entwicklungen, S. 283.

⁵²⁵ Das Bundesgericht leitet das Vertrauensschutzprinzip heute aus Treu und Glauben ab: Bundesgericht 2C_658/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.3; BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193; BGE 137 I 69 E. 2.5.1 S. 72–73; BGE 132 I 140 E. 3.2.4 S. 150; ferner für eine Übersicht WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 1965, 1970.

lässt sich Letzterer aber auch auf dem Fundament des Rechtssicherheitsgebots abstellen.⁵²⁶ Treu und Glauben wiederum kann als Ausdruck eines noch allgemeineren Vertrauensprinzips gelten, das die gesamte Rechtsordnung durchdringt und in dieser den Loyalitätsgedanken sowie die Bindung an das gegebene Wort zur Geltung bringen will.⁵²⁷ Obwohl der Grundsatz von Treu und Glauben und der grundrechtliche Vertrauensschutz nicht deckungsgleich ausfallen, unterscheiden Rechtsprechung und Lehre die beiden Prinzipien sprachlich nicht immer ganz genau.⁵²⁸ Im Folgenden konzentrieren sich die Ausführungen auf den Vertrauensschutz als grundrechtlichen Anspruch.

II. Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen

1. Übersicht

Dem Bürger kommt dann ein unter Art. 9 BV schützenswertes privates Vertrauensschutzinteresse zu, wenn er sich zu Recht auf eine staatlich geschaffene Vertrauensgrundlage verlässt, d.h. wenn er sich im Vertrauen auf die staatliche Zusicherung einrichtet und dieses Vertrauen nachvollziehbar und damit berechtigt erscheint.⁵²⁹ Der Studierende am Konservatorium legt eine Abschlussprüfung ab, die nicht vor Publikum erfolgt, weil dies so von der zuständigen Prüfungskommission in die Wege geleitet worden war (Vertrauensgrundlage). Er nimmt aufgrund der Bestätigung der bestandenen Abschlussprüfung eine Stelle an, die den betreffenden Abschluss des Konservatoriums zur Voraussetzung hat (Vertrauen). Es war für ihn nicht erkennbar, dass das massgebliche Reglement etwas anderes vorsah, nämlich dass die besagte Abschlussprüfung vor Publikum zu erfolgen hatte (berechtigter Charakter des Vertrauens).⁵³⁰ Diese Grundstruktur aus staatlich geschaffener Vertrauensgrundlage und berechtigtem Vertrauen führt zu

⁵²⁶ GÄCHTER, S. 188; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 12–13; 47–53. Zur Herleitung aus der Rechtssicherheit ferner auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 625. Die ursprüngliche Herleitung als ungeschriebenes Verfassungsrecht erfolgte aus dem Rechtsgleichheitsgebot; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 1169. Eine Übersicht zu den verschiedenen Bezügen zwischen Treu und Glauben und anderen Verfassungsgrundsätzen und -rechten findet sich bei ROHNER, SGK BV, Art. 9 n. 37–38. Zum Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz ferner GÄCHTER, S. 160–161.

⁵²⁷ Art. 2 ZGB bringt dasselbe für das Privatrecht zur Geltung; zum Ganzen AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, n. 1167–1168.

⁵²⁸ Auch von der heute nachgeführten Bundesverfassung wird der Begriff «Vertrauensschutz» in Art. 9 BV gar nicht erwähnt; vielmehr spricht diese Bestimmung nur von «Schutz vor Willkür» und Wahrung von «Treu und Glauben». Für ein Beispiel aus der Rechtsprechung BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60.

⁵²⁹ Siehe zu den verschiedenen Arten, in denen die Anwendungsvoraussetzungen des Vertrauensschutzes gruppiert werden, sogleich *infra* im Text.

⁵³⁰ Vgl. zum Sachverhalt BGE 137 I 69.

einem *prima facie*-Anspruch der betroffenen Person, «so gestellt [zu werden], wie [sie] es aus der ursprünglichen Perspektive erwarten durfte»⁵³¹ («privates Vertrauensschutzinteresse»⁵³²). Droht der vertrauenden Person ein Nachteil oder erleidet sie effektiv einen solchen, weil die staatliche Stelle auf die Vertrauensgrundlage zurückkommt (Kausalität zwischen Vertrauensenttäuschung und Nachteil),⁵³³ kann sie ihr privates Vertrauensschutzinteresse dem gegenläufigen staatlichen Handeln zur Wehr entgegenhalten: Widerruft die Aufsichtskommission des Konservatoriums im oben erwähnten Fall die Verfügung über das Bestehen der Abschlussprüfung und weigert sich, ihm entsprechend das Diplom auszustellen, weil die Abschlussprüfung nicht vor Publikum und darum nicht reglementsconform erfolgt sei, kann ebendieser Absolvent sein schützenswertes privates Vertrauensinteresse entgegenhalten. Kommt es zu dieser Situation, ist abzuwägen zwischen dem öffentlichen Interesse an der richtigen Anwendung des Prüfungsreglements und dem privaten Interesse am Schutz des geschaffenen Vertrauens.⁵³⁴ Wird der betroffenen Person nicht das gewährt, was ihrer Vertrauenserwartung vollständig entspricht – hier die Aufhebung des Widerrufs und die Wiedererteilung des Abschlusses –, weil das öffentliche Interesse gewichtiger ausfällt, so hat die vertrauende Person im Normalfall dennoch Anspruch auf eine andere Rechtsfolge.⁵³⁵ Diesfalls kommt meistens eine Entschädigung infrage, teilweise auch eine andere Rechtsfolge wie etwa eine Übergangsfrist, damit sich die betroffene Person auf die neue Situation einstellen kann.⁵³⁶

2. Besonderheit: Entstehung des grundrechtlichen Anspruchs aus einem konkreten Sachverhalt heraus

Die Besonderheit des grundrechtlichen Vertrauensschutzes liegt darin, dass der Anspruch des Einzelnen aus dem konkreten Sachverhalt entsteht; das Grund-

⁵³¹ TSCHENTSCHER, BSK BV, Art. 9 n. 15.

⁵³² Siehe zur Terminologie sogleich *infra* S. 123 f.

⁵³³ Wie dies sogleich *infra* im Text auch festgehalten wird, wird dieser Nachteil resp. die Nachteilsandrohung typischerweise nicht als eigene Anwendungsvoraussetzung des Vertrauensschutzes aufgeführt. Dies liegt wohl daran, dass diese Voraussetzung mit der vertrauensenttäuschenden staatlichen Handlung in der Regel gegeben ist. Erst wenn Letztere stattfindet oder droht, und nur wenn sie dem Privaten einen Nachteil beschert, wird es überhaupt notwendig, den privaten Vertrauensschutzanspruch zu aktivieren. Stattdessen ist meistens von der «nachteiligen Disposition» die Rede; BGE 137 I 69 E. 2.5.1 S. 73; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 102. Zur Notwendigkeit von Dispositionen sogleich im Text sowie *infra* S. 137 ff.

⁵³⁴ Siehe zur Interessenabwägung CHIARIELLO, S. 129–131; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 112–118.

⁵³⁵ Siehe zum Mechanismus der Grundrechtsanwendung *infra* S. 128 f.

⁵³⁶ Siehe zu den Rechtsfolgen *infra* S. 129 ff.

recht knüpft nicht an eine bestimmte menschliche Eigenschaft an, wie dies für andere Grundrechte der Fall ist (so beispielsweise die Eigenschaft als Eigentümer oder Inhaber eines durch die Eigentumsgarantie geschützten Werts), sondern an die Existenz einer *in concreto* staatlich geschaffenen Vertrauensgrundlage.⁵³⁷ Dies bedeutet, dass der Vertrauensschutz unzählige, teilweise sehr unterschiedliche Situationen erfassen und Ausprägungen zeitigen kann. Diese Eigenschaft des Grundrechts zeigt sich einerseits in den Rechtsfolgen,⁵³⁸ sie ist andererseits aber auch Quelle gewisser Unklarheiten in der Ausformulierung der Anwendungsvoraussetzungen (dazu sogleich) sowie in der Terminologie.⁵³⁹ Dass auch die Beschreibung des Mechanismus der Grundrechtsanwendung nicht einfach ausfällt, wird ebenfalls noch thematisiert.⁵⁴⁰

3. *Verschiedene Gruppierungen der Anwendungsvoraussetzungen*

Zuerst zu den Anwendungsvoraussetzungen: Welche Voraussetzungen wie zu Kriterien gruppiert werden, hängt stark von Autor und Einzelfall ab. Mit Berufung auf WEBER-DÜRLER können die eingangs geschilderten Voraussetzungen wie folgt zusammengefasst werden:

- a. eine Handlung oder Unterlassung einer Behörde,
- b. die geeignet ist, Vertrauen zu generieren, und
- c. ein Sich-Einrichten des Privaten in diesem Vertrauen.⁵⁴¹

Das Bundesgericht stimmt im Entscheid, dem der obige Sachverhalt der Abschlussprüfung am Konservatorium zugrunde lag, dieser Auffassung WEBER-DÜRLERS zu und verlangt Folgendes:

- a. eine Verfügung (Vertrauensgrundlage), auf die die betroffene Person
- b. berechtigterweise vertrauen durfte, und
- c. gestützt auf welche sie «nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann».⁵⁴²

In der längsten Version betreffend unrichtige Behördenauskünfte benötigt der Vertrauensschutz gemäss Bundesgericht jedoch Folgendes:

- a. eine vorbehaltlose Auskunft einer Behörde;
- b. die sich auf eine «konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht»;

⁵³⁷ In leicht anderem Zusammenhang verwendet RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 60–61, den passenden Begriff der «Grundrechtsnorm, die einen typisierten Sachverhalt zum Inhalt hat».

⁵³⁸ Siehe dazu sogleich *infra* S. 129 ff.

⁵³⁹ Siehe dazu *infra* S. 123 f.

⁵⁴⁰ Siehe dazu *infra* S. 128 f.

⁵⁴¹ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 79–104.

⁵⁴² BGE 137 I 69 E. 2.5.1 S. 72–73.

- c. die Zuständigkeit der Behörde resp. eine für den Einzelnen im konkreten Fall zuständig erscheinende Behörde;
- d. keine offensichtliche Erkennbarkeit der Unrichtigkeit der Auskunft;
- e. Dispositionen im Vertrauen auf die Auskunft, welche sich nicht ohne Weiteres wieder rückgängig machen lassen;
- f. keine Veränderung der Rechtslage seit dem Zeitpunkt der Auskunftserteilung sowie
- g. kein gegenüber dem Vertrauensschutz überwiegendes öffentliches Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts.⁵⁴³

Bei genauerer Betrachtung lassen sich diese sieben Kriterien stark eingrenzen; namentlich die extensive Untersuchung WEBER-DÜRLERS zum Vertrauensschutz hat denn auch gezeigt, dass verschiedene der aufgeführten Kriterien nicht zur absoluten Voraussetzung des grundrechtlichen Anspruchs emporstilisiert werden dürfen:

- Die Kriterien a)–d) dienen der Illustration, wann ein Vertrauen gerechtfertigt und daher schützenswert erscheint. So ist etwa das Vertrauen auf eine Auskunft, die für die betroffene Person als offensichtlich unrichtig erkennbar ist, nicht schützenswert.⁵⁴⁴
- Kriterium b) deutet an, nur eine Sonderverbindung zwischen Staat und Bürger sei geeignet, Vertrauensschutzansprüche entstehen zu lassen. Diese Sonderverbindung stellt jedoch keine absolute Voraussetzung des Vertrauensschutzes dar.⁵⁴⁵ Es wird sogleich noch darauf einzugehen sein, dass auch generell-abstrakte Vertrauensgrundlagen denkbar sind.⁵⁴⁶
- Auf die Frage, ob die äusserlich erkennbare Vertrauensbetätigung, bezeichnet als «Disposition» in Kriterium e), eine notwendige Voraussetzung darstellt, wird im nächsten Kapitel einzugehen sein.⁵⁴⁷
- Mit dem Erfordernis von Kriterium f), die Rechtslage dürfe sich seit der Entstehung der Vertrauensgrundlage nicht verändert haben, dringen wir zum Kern des hier untersuchten Problems vor. Obwohl bereits festgehalten wurde, dass dem Einzelnen kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal

⁵⁴³ BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193. Jüngst bestätigt in Bundesgericht 8C_625/2018 vom 22. Januar 2019 E. 3.

⁵⁴⁴ Zur Vorbehaltlosigkeit hält GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 175, zutreffenderweise fest, dass es sich bei einer Auskunft mit Vorbehalten nicht um eine Vertrauensgrundlage im Sinne der Kriterien handeln kann.

⁵⁴⁵ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 84–85. A.M. scheinbar ROHNER, BSK BV, Art. 9 n. 47. Siehe dazu ferner die *infra* S. 124 im Zusammenhang mit dem Gesetz als Vertrauensgrundlage zitierten Referenzen.

⁵⁴⁶ Siehe dazu sogleich *infra* S. 124 f.

⁵⁴⁷ Siehe dazu *infra* S. 137 ff.

gegebenen Rechtsordnung zusteht, so kann nicht pauschal festgehalten werden, mit der Veränderung der Rechtslage gehe das private Vertrauensschutzinteresse ohne Weiteres unter. Auch darauf wird nochmals einzugehen sein.⁵⁴⁸

- Das letzte Kriterium spricht den Mechanismus der Interessenabwägung an, anhand dessen das Grundrecht beschränkt wird. Indem das Bundesgericht den grundrechtlichen Anspruch davon abhängig machen will, dass gerade kein überwiegendes öffentliches Interesse vorhanden sei, setzt es sich zu anderen seiner Urteile in Widerspruch.⁵⁴⁹ Auch auf die Interessenabwägung wird nochmals kurz einzugehen sein.⁵⁵⁰

Schliesslich fällt auf, dass das Vertrauen selbst als Resultat dieses behördlichen Handelns im Voraussetzungskatalog nicht einmal als selbstständiges Kriterium erscheint. Lediglich das Erfordernis, die betroffene Person müsse Dispositionen getätigt haben, nimmt diese Voraussetzung indirekt auf. Auch der aus der Korrektur der unrichtigen Auskunft drohende Nachteil für die betroffene Person wird nicht explizit erwähnt, sondern wohl als selbstverständlich vorausgesetzt.

III. Exkurs: Zur Terminologie des Vertrauensschutzes

Der Begriff «Vertrauensschutz» wird verschieden verwendet: Je nachdem dient er als Oberbegriff für das Grundrecht nach Art. 9 BV oder aber als Umschreibung einer einzelnen Etappe der Grundrechtsanwendung – in letzterem Fall teilweise als Umschreibung des schützenswerten *privaten Vertrauensinteresses* im Einzelfall, teilweise als Bezeichnung für die *Rechtsfolge des Grundrechts*, wenn dem Einzelnen in irgendeiner Form Schutz seines Vertrauens gewährt wird.⁵⁵¹ Im Versuch, begrifflich möglichst präzise anzugeben, von welcher Etappe der Grundrechtsanwendung die Rede sein soll, wird im Folgenden für das Vertrauensinteresse der betroffenen Person, d.h. für das (berechtigte) private Interesse

⁵⁴⁸ Siehe dazu *infra* S. 124 f. Ähnlich auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 22 n. 19.

⁵⁴⁹ Anspruch auf eine Rechtsfolge aus Vertrauensschutz trotz überwiegenden öffentlichen Interesses in den Voraussetzungen, wie sie in folgenden Urteilen aufgelistet werden: Bundesgericht 2C_502/2013 vom 30. September 2013 E. 2.1; 8C_542/2007 vom 14. April 2008 E. 4.2.2; 2A.303/2000 vom 15. Februar 2001 E. 5–6; BGE 125 II 431 E. 6 S. 438–439; BGE 122 I 328 E. 7a) S. 340; BGE 101 Ia 328 E. 6c S. 331.

⁵⁵⁰ Siehe dazu *infra* S. 128 f.

⁵⁵¹ MÜLLER/SCHEFER, S. 36, sprechen von den «erfüllten Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes» und meinen damit im einen Fall wohl das überwiegende Vertrauensschutzinteresse, das zum Bestandsschutz führt, im anderen Fall jedoch das private Vertrauensschutzinteresse, das dann durch ein überwiegendes öffentliches Interesse zurückgedrängt werden kann. Begriffsverwendung «Vertrauensschutz» vermutlich als «Bestandsschutz» bei CHIARIELLO, S. 129–130.

am Schutz des Vertrauens,⁵⁵² der Begriff des «privaten Vertrauensschutzinteresses» verwendet. Dieses ist gegenüber dem öffentlichen Interesse abzuwägen, um die «Rechtsfolge aus Vertrauensschutz» zu bestimmen.⁵⁵³

Teilweise wird im Folgenden bei der Abgrenzung zwischen Situationen, in denen dem Privaten eine Rechtsfolge zugestanden wird, und solchen, wo keinerlei Rechtsfolge zugestanden wird, verkürzt davon gesprochen, es gehe um die «Abgrenzung zwischen entschädigungsbegründenden und entschädigungslosen» staatlichen Eingriffen. Dies liegt daran, dass die Entschädigung oftmals nach dem Bestandesschutz die naheliegendste oder einzige verbleibende Rechtsfolge des Vertrauensschutzes darstellt. Dies ist aber nicht immer der Fall. Mitgemeint sind damit jeweils die anderen möglichen Rechtsfolgen im Einzelfall.⁵⁵⁴

IV. Bindung aller staatlichen Organe

Die Bundesverfassung bringt explizit zum Ausdruck, dass sich der Vertrauensschutz an alle staatlichen Organe richtet, was auch den Gesetzgeber umfasst.⁵⁵⁵ Daraus kann einerseits gefolgert werden, dass *das Gesetz eine Vertrauensgrundlage bilden kann*.⁵⁵⁶ Es kann damit aber andererseits auch gesagt sein, dass sich ein privates Vertrauensschutzinteresse *auch gegenüber einer Gesetzesänderung* durchsetzen kann.⁵⁵⁷ Die Lehre hat in ersterem Zusammenhang u.a. unter dem

⁵⁵² Dieses private Vertrauensschutzinteresse deckt sich damit mit dem bereits erwähnten «*prima facie*-Anspruch», gemäss TSCHENTSCHER, BSK BV, Art. 9 n. 15, so behandelt zu werden, wie es die betroffene Person aus der ursprünglichen Perspektive erwartete. Siehe dazu *supra* S. 119 f.

⁵⁵³ Bei FAJNOR, S. 185, wird von «vertrauensschützenden Rechtsfolgen» gesprochen. Ferner terminologisch präzise zur Grundrechtsanwendung, allerdings unpräzise zur Voraussetzung der Entschädigung: «Nur wenn diese Abwägung zugunsten des privaten Vertrauensschutzinteresses ausgeht, kann der Bürger auf die Wahrung seines Vertrauens durch realen Bestandesschutz oder Entschädigung für den erlittenen Vertrauensschaden hoffen.»

⁵⁵⁴ Bei WIEDERKEHR, S. 78–79, wird die primäre Rechtsfolge zugunsten des privaten Vertrauensschutzinteresses, meistens der Bestandesschutz, als «materiell-positive Rechtsfolge» bezeichnet, die anderen Rechtsfolgen, die beim Überwiegen des öffentlichen Interesses gewährt werden können, als «materiell-negative Rechtsfolgen».

⁵⁵⁵ ROHNER, SGK BV, Art. 9 n. 45; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 77–78; MÜLLER/SCHEFER, S. 31: «unter gewissen Voraussetzungen»; CHIARIELLO, S. 143–151; WEBER-DÜRLER, Entwicklungen, S. 307; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, u.a. zur Frage der allgemeinen (gesetzlichen) Vertrauensgrundlage S. 84–85, 276–280.

⁵⁵⁶ BGE 128 II 112 E. 10 b)aa) S. 125–126; PIREK, n. 825; GÄCHTER, S. 154–158, insb. S. 156: «Nach neuerer Ansicht kann eine [Zusicherung] aber auch in einer Norm enthalten sein. [...] Entscheidend soll [...] der *Bestimmtheitsgrad* sein» (Hervorhebung im Original); WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 265.

⁵⁵⁷ Siehe dazu sogleich *infra*.

Stichwort des intertemporalen Verwaltungsrechts auf der Basis des Vertrauensschutzes Leitlinien entwickelt, wie mit dem sog. Geltungs- und Kontinuitätsvertrauen des Bürgers in den Weiterbestand gegebener Gesetze umzugehen ist.⁵⁵⁸ Vorliegend interessiert jedoch insbesondere der zweite Aspekt, nämlich die Widerstandskraft eines bestehenden Vertrauensschutzinteresses gegenüber nachträglichen Gesetzesänderungen. Wohl wegen des Risikos, dass wichtige staatliche Aktivitäten durch einzelne Vertrauenspositionen gelähmt werden könnten, gibt auch dieser Aspekt in Lehre und Rechtsprechung immer wieder zu einschränkenden Äusserungen Anlass.⁵⁵⁹ Dass das Vertrauensschutzinteresse sich auch gegenüber verändertem Recht durchzusetzen vermag und es somit nicht möglich ist, die Erwartung auf Beibehaltung der massgeblichen gesetzlichen Grundlagen *per se* vom privaten Vertrauensschutzinteresse auszuschliessen, zeigen diejenigen Urteile, in denen angesichts des privaten Interesses auf die Nichtanwendung des neuen Rechts erkannt wurde.⁵⁶⁰ Damit verbleibt die Frage zu untersuchen, ob sich Kriterien finden lassen, anhand derer sich im Einzelfall entscheiden lässt, ob eine Rechtsänderung Rechtsfolgen aus Vertrauensschutz zeitigt oder nicht.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Siehe dazu statt vieler KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, insb. S. 126–127; RHINOW, Rechtsetzung, S. 270–272, 276–277. Ferner TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 22 n. 11, § 24 n. 14.

⁵⁵⁹ Tendenziell eher ablehnende Formulierungen namentlich bei PIREK, n. 831, 836; GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 176; ROULLER, n. 28; KLETT, n. 210; SAMELI, S. 351–352 (noch davon ausgehend, dass für Ansprüche aus Vertrauensschutz resp. Treu und Glauben eine Sonderverbindung notwendig ist). Das Bundesgericht macht regelmässig restriktive Äusserungen, aber die Rechtsprechung dazu schwankt: BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60: «Der entsprechende Schutz entfällt in der Regel bei Änderungen von Erlassen, da gemäss dem demokratischen Prinzip die Rechtsordnung grundsätzlich jederzeit geändert werden kann. Der Vertrauensgrundsatz vermag einer Rechtsänderung nur entgegenzustehen, wenn diese gegen das Rückwirkungsverbot verstösst oder in wohlerworbene Rechte eingreift»; ähnlich Bundesgericht vom 2. Juli 1999 E. 3 a), in: ZBl 102/2001 S. 319–325. Ferner ein Mittelweg in BGE 134 I 23 E. 7.6.1 S. 41. Zur älteren, gänzlich ablehnenden Haltung des Bundesgerichts siehe KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 126–130.

⁵⁶⁰ U.a. Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009; 1P. 358/1994 und 1P. 172/1995 vom 20. September 1995; BGE 103 Ia 505. Ferner BGE 120 V 445 E. 4b) S. 449. Ferner CHIARIELLO, S. 147–148; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 159–163; KÖLZ, Das wohlerworbene Recht, S. 71 Fn. 55a. A.M. diesbezüglich aber PIREK, n. 831, 836. Siehe zur sehr ähnlich gelagerten Frage der Bindung der Exekutive unter Ausnahme der Akte der Legislative *infra* S. 156 f.

⁵⁶¹ Siehe dazu *infra* S. 162 ff.

V. Gewichtung des privaten Vertrauensschutzinteresses aus verwaltungsrechtlichem Vertrag

1. Allgemeine Indizien

Nach welchen Kriterien ist das private Vertrauensschutzinteresse zu gewichten? Folgende Elemente werden für die Bestimmung der Intensität des privaten Interesses als relevant genannt: der Bestimmtheitsgrad der behördlichen Intervention⁵⁶² resp. die «Verbindlichkeit der Vertrauensgrundlage»⁵⁶³ einerseits, andererseits die Vertrauensbetätigung resp. der Umfang der erlittenen oder drohenden Nachteile.⁵⁶⁴ Die Gewichtung hat aufgrund der gesamten Situation, in der die Vertrauensgrundlage entstand, zu erfolgen;⁵⁶⁵ massgeblich ist der Zeitpunkt der Interessenabwägung.⁵⁶⁶ Gemäss WEBER-DÜRLER soll eine staatliche Zusicherung, die ein eigentliches «staatliches Veranlassen» des Betroffenen zugunsten eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels darstellt, ein schützenswerteres Vertrauen schaffen als eine Zusicherung im reinen Interesse des Einzelnen.⁵⁶⁷

2. Vertrauensschutzinteresse beim verwaltungsrechtlichen Vertrag

Dem verwaltungsrechtlichen Vertrag wird von WEBER-DÜRLER ein besonderer Status unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zuerkannt. Gegenüber der Verfügung gesteht die Autorin ihm «ein[en] eher höhere[n] Vertrauenswert»

⁵⁶² WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 1976; sowie MÜLLER/SCHEFER, S. 34: «Bestimmtheitsgrad» ist entscheidend.

⁵⁶³ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 107.

⁵⁶⁴ BGE 137 I 69 E. 2.6.2 S. 75; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 107, sowie S. 111, Fn. 420; dort wird ferner die Legitimität der durch die Vertrauensgrundlage geschaffenen Erwartungen als dritte Komponente des privaten Interesses erwähnt. Ferner WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 120; U. MÜLLER, S. 159. Die beiden genannten Parameter der Verbindlichkeit und des Nachteils stehen in keinem vordefinierten logischen Verhältnis zueinander, sondern tragen je dazu bei, dem Vertrauensinteresse des Einzelnen Gewicht zu verleihen oder dieses zu verringern. Als Beispiele anführen lassen sich etwa: Bundesgericht 2P.298/1998 vom 2. Juli 1999, in: Pra 89/2000 Nr. 22 S. 115–122: Anstellungsverhältnis als konkrete Vertrauensgrundlage, jedoch geringfügiger Nachteil (Streichung einer Treueprämie, von der nicht klar war, ab welchem Zeitpunkt der Anspruch darauf überhaupt entstand – keine Gewährung von Vertrauensschutz). Anders scheint der Sachverhalt in BGE 121 V 71 gelegen zu haben: Als Folge einer nicht näher spezifizierten Auskunft der schweizerischen Gesandtschaft in Rio versäumte es der Beschwerdeführer während zehn Jahren, freiwillige AHV-Versicherungsbeiträge zu leisten, womit sich seine Altersrente bedeutend verringerte (Vertrauensschutz durch vollständige Schliessung der Beitragslücke gewährt).

⁵⁶⁵ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 120.

⁵⁶⁶ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 120.

⁵⁶⁷ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 120–121.

zu, «insbes[ondere] wenn er bereits weitgehend vollzogen ist».⁵⁶⁸ Der Grund dafür liege in der formellen Verpflichtung, die die Behörde mit dem Vertragsschluss eingeht.⁵⁶⁹

Wie bereits weiter oben gesehen wurde, identifiziert auch RIVA den Vertrag als Situation, in welcher die Intensität der Vertrauensgrundlage zu einem besonderen Schutzbedürfnis unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes führt. Gründe dafür sind der «*hohe[] Grad an Individualität und Konkretheit des Verhältnisses*» sowie eine «*besondere Verbindlichkeit der Zusicherung*».⁵⁷⁰ Zumindest im Vergleich zur materiellen Enteignung wohlervorbener Rechte soll der Vertrauensschutz in derartigen besonderen Situationen zu einer *Erhöhung der Zulässigkeitschranke für Eingriffe* führen können, indem eine Schutzwirkung bejaht wird, obschon noch keine Dispositionen getätigt wurden.⁵⁷¹ Die Rechtsprechung deutet vereinzelt und nur sehr vorsichtig an, dem vertraglichen Vertrauensinteresse komme im Vergleich zu anderen Vertrauenssituationen ein *gewisses Gewicht* zu.⁵⁷²

⁵⁶⁸ WEBER-DÜRLER, Entwicklungen, S. 299. Ferner auch WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 220: «Nach überwiegender Ansicht darf der Bürger beim verwaltungsrechtlichen Vertrag genauso auf Stabilität zählen wie beim *Verwaltungsakt*, wenn man ihm nicht sogar einen «Vertrauensmehrwert» zubilligt» (Hervorhebung im Original).

⁵⁶⁹ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 219. Ansonsten beziehen sich die Bemühungen der Autorin vor allem darauf, darzulegen, weshalb dem Vertrag nicht *weniger* Bindungskraft zukommen kann als einem einseitigen Rechtsakt oder einer behördlichen Auskunft (S. 220) – zumindest die Gleichwertigkeit der Bindung im Grundsatz dürfte unterdessen nicht mehr zu bestreiten sein. Eine interessante Bemerkung findet sich diesbezüglich bei CHIARIELLO, S. 35–36, die es als «nicht unproblematisch» erachtet, «dem Privaten dort, wo er wenig oder nichts zum Rechtsverhältnis beitragen kann (Verfügung) einen weniger starken Vertrauensschutz zuzusprechen, als dort, wo der Private das Rechtsverhältnis mitbestimmen kann (öffentlich-rechtlicher Vertrag).»

⁵⁷⁰ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 84.

⁵⁷¹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 85. Zur Frage nach der Notwendigkeit von Dispositionen siehe *infra* S. 137 ff.

⁵⁷² Einige vorsichtige Aussagen dazu finden sich in folgenden Urteilen: Bundesverwaltungsgericht A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 E. 4.3.3, wo angedeutet wird, aufgrund von *pacta sunt servanda* sei ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, auch ein rechtswidriger, nur beim Vorliegen besonders schwerwiegender Mängel nicht zu erfüllen; dasselbe in Bundesverwaltungsgericht A-2583/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 5.6. Verwaltungsgericht Zürich VB.2009.00279 vom 8. Juli 2009 E. 4.2: «Soweit der Private durch den Vertrag begünstigt wird, ist sein Vertrauensschutzinteresse besonders gewichtig.» Ferner – und am eindeutigsten – Schiedsgerichtsurteil vom 26. Juni 2007 in: RDAF 2008 I p. 361–396 E. 8) aa) S. 390–391: «*Il apparaît en effet que le particulier, lié à l'administration par un contrat, doit être protégé dans sa situation mieux encore que ne le serait celui qui n'est bénéficiaire que d'une décision.*»

VI. Zum Mechanismus der Grundrechtsanwendung

Vorliegend ist kurz auf die Besonderheiten der Grundrechtsanwendung beim Vertrauensschutz einzugehen. Der Mechanismus sei anhand der möglichen Konstellationen erläutert, die das private Vertrauensschutzinteresse und das gegenläufige öffentliche Interesse bilden können:

Erste Konstellation: Verfügt der Private über kein berechtigtes Vertrauensschutzinteresse, fehlt die grundrechtlich geschützte Rechtsposition, womit die weitere Prüfung des staatlichen Eingriffs entfällt. Die vom Staat befürwortete Handlungsweise wird vollständig und ohne Verzögerung umgesetzt.

Zweite Konstellation: Überwiegt das private Vertrauensschutzinteresse gegenüber dem öffentlichen Interesse am staatlichen Eingriff, wird dem Betroffenen das gewährt, was seine Position, d.h. sein Vertrauen, vollständig schützt.⁵⁷³ Typischerweise wird dies der Bestandesschutz sein: Dem Inhaber einer rechtswidrig erteilten Baubewilligung wird das Bauen erlaubt, die Bewilligung wird nicht widerrufen; dem Prüfling wird erlaubt, eine nicht reglementsconforme Prüfung abzulegen, gemäss der ursprünglich erteilten Falsch Auskunft. Damit wird es dem Staat verunmöglicht, die von ihm befürwortete Handlungsweise umzusetzen, solange die Wirkung der Rechtsfolge aus Vertrauensschutz andauert.

Dritte Konstellation: Überwiegt das öffentliche Interesse am staatlichen Eingriff gegenüber dem Vertrauensschutzinteresse, kommt der Bestandesschutz resp. der vollständige Schutz des privaten Vertrauensschutzinteresses nicht infrage. Dennoch hat der Private im Regelfall Anspruch auf eine Rechtsfolge, die sein Vertrauensschutzinteresse wahrt, typischerweise eine Entschädigung.⁵⁷⁴

Vierte Konstellation: Überwiegt das öffentliche Interesse, weil es besonders gewichtig und dringlich öffentlich ausfällt, entfällt ausnahmsweise jeglicher

⁵⁷³ Bei DUBEY, *Droits fondamentaux*, Bd. II, n. 3527, «*protection primaire*» genannt; bei WIEDERKEHR, S. 78, «materiell-positive Rechtsfolge».

⁵⁷⁴ Siehe dazu folgende, bereits *supra* Fn. 549 erwähnte Urteile: Bundesgericht 2C_502/2013 vom 30. September 2013 E. 2.1; 8C_542/2007 vom 14. April 2008 E. 4.2.2; 2A.303/2000 vom 15. Februar 2001 E. 5–6; BGE 125 II 431 E. 6 S. 438–439; BGE 122 I 328 E. 7a) S. 340; BGE 101 Ia 328 E. 6c S. 331; DUBEY, *Droits fondamentaux*, Bd. II, n. 3528–3529 («*protection secondaire*» genannt); WIEDERKEHR, S. 79 («materiell-negative Rechtsfolge»); MÜLLER/SCHEFER, S. 36; CHIARIELLO, S. 131; U. MÜLLER, S. 191–194. Anders jedoch u.a. der bereits *supra* im Text zitierte BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193, wo für das Gewähren von *Rechtsfolgen* (nicht *Bestandesschutz*) aus Vertrauensschutz darauf abgestellt wird, das öffentliche Interesse dürfe nicht überwiegen. Ebenfalls unpräzise diesbezüglich FAJNOR, S. 185. Siehe zum Unterschied zwischen dem Recht des Verfügungswiderrufs und diesem Mechanismus *infra* Fn. 869.

Anspruch des Betroffenen auf irgendwie geartete Wahrung seines Vertrauensschutzes.⁵⁷⁵

Die erste Besonderheit des Vertrauensschutzes liegt somit darin, dass dem Privaten im Normalfall eine Rechtsfolge aus Vertrauensschutz gewährt wird, *ob-schon* das öffentliche Interesse überwiegt. Weil das private Vertrauensschutzesinteresse gerade als schützenswert anerkannt wurde, muss ihm in irgendeiner Form mit einer Rechtsfolge entsprochen werden. Mit anderen Worten ist es das *Vorliegen* eines privaten Vertrauensschutzesinteresses, das im Grundsatz eine Rechtsfolge gebietet, nicht erst das *Obsiegen* dieses privaten Interesses in der Interessenabwägung.

Die zweite Besonderheit liegt darin, dass das Grundrecht (lediglich) durch das öffentliche Interesse – das öffentliche Interesse *an der richtigen Anwendung des Rechts*⁵⁷⁶ – beschränkt wird.⁵⁷⁷ Insofern unterscheidet sich der Mechanismus vom Katalog von Art. 36 BV, der zumindest für die Freiheitsrechte der Bundesverfassung die Voraussetzungen der Beschränkung⁵⁷⁸ vorgibt.⁵⁷⁹

VII. Rechtsfolgen

Dem Vertrauensschutz eigen ist sein «*grösseres Spektrum differenzierter Rechtsfolgen*»;⁵⁸⁰ die jeweils am besten passende wird im Einzelfall *ad hoc* bestimmt.⁵⁸¹ Vorliegend interessiert besonders, *nach welchen Kriterien* die jeweils passende Rechtsfolge bestimmt wird. Im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag gilt es zudem herauszufinden, *welche Rechtsfolgen bevorzugt werden*.

⁵⁷⁵ Gemäss WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 143, ist «auch die Entschädigungsfolge [...] dem *Vorbehalt überwiegender öffentlicher Interessen* unterstellt [...]» (Hervorhebung im Original). Siehe dazu *infra* S. 170 ff.

⁵⁷⁶ Zur Tatsache, dass ein irgendwie geartetes öffentliches Interesse, das keine eigentliche Rechtsnorm zur Grundlage hat, in der hier vertretenen Ansicht im Normalfall nicht ausreicht, siehe *supra* S. 78 ff.

⁵⁷⁷ WEBER-DÜRLER, Verhältnismässigkeitsprinzip, S. 598; ferner DUBEY, Droits fondamentaux, Bd. II, n. 3523–3526.

⁵⁷⁸ Die Terminologie variiert je nach Autor, betroffenem Grundrecht und Charakter der Beeinträchtigung (gerechtfertigt oder ungerechtfertigt) beträchtlich. Siehe dazu *infra* S. 152.

⁵⁷⁹ DUBEY, Droits fondamentaux, Bd. II, n. 3573; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 133. Aber je nach Autor werden die Kriterien von Art. 36 BV auch (zumindest teilweise) für andere Grundrechte angewendet; siehe dazu u.a. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 302–303; TSCHANNEN, § 7 n. 92–96; SCHWEIZER, SGK BV, Art. 36 n. 5, 8.

⁵⁸⁰ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 129 (Hervorhebung im Original).

⁵⁸¹ CHIARIELLO, S. 131. Siehe zum «komplexen System der Rechtsfolgen» WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 128–146, hier S. 146.

1. Im Allgemeinen

Als mögliche allgemeine Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes kommen folgende infrage:

- Der *Bestandesschutz*, d.h. die Bindung an die Vertrauensgrundlage. Im Falle der Gesetzesänderung bedeutet dies typischerweise die Nichtanwendung des strittigen neuen Rechts.⁵⁸²
- Der *Ersatz des Vertrauensschadens*,⁵⁸³
- die Gewährung einer *Übergangsfrist* oder
- vereinzelt auch der *Ausgleich von Nachteilen* anderer Art.⁵⁸⁴ Diese letzte Option drängt sich etwa dann auf, wenn im Vertrauen auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung eine Frist verpasst wurde; die Wiederherstellung der entsprechenden Frist kann diesfalls genügen, um den Nachteil aus dem Vertrauen in die falsche Auskunft wieder gutzumachen.

⁵⁸² Auch der Bestandesschutz kann aber kaum je «für immer» gewährt werden, sondern ist das Resultat einer Interessenabwägung im konkreten Fall. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass zu einem späteren Zeitpunkt und angesichts eines anders gelagerten (dringenderen, wichtigeren) öffentlichen Interesses ebendieser Bestandesschutz ausscheidet. Genauer betrachtet ist somit auch der Bestandesschutz nicht fundamental anders als die Übergangsfrist insofern, als dass er nicht ein für alle Male definitiv erteilt werden kann und sich diese Gewichtung nicht einer späteren, erneuten Überprüfung bei veränderten rechtlichen oder tatsächlichen Umständen entziehen kann. Ein anschauliches Beispiel dafür ist das bereits an anderer Stelle zitierte Bundesgerichtsurteil im Zusammenhang mit der *bündnerischen Dienstbarkeit* (Bundesgericht 1P. 358/1994 und 1P. 172/1995 vom 20. September 1995, in: ZBI 98/1997 S. 272–270), wo darauf hingewiesen wird, der Bestandesschutz werde u.a. deshalb gewährt, weil sich die Überlegungen des Ortsbildschutzes *seit dem Abschluss der strittigen Dienstbarkeitsvereinbarung nicht geändert hätten*. Nichts anderes resultiert m.E. aus dem neueren Urteil des Bundesgerichts 1C_321/2017 vom 7. August 2018 E. 3.3–3.5. In diesem Urteil schützte das Bundesgericht in Bezug auf einen öffentlich-rechtlichen Tauschvertrag die Einschätzung der Vorinstanz. Diese befand, dass dem Vertrag, der eine andere Art der Berechnung der Parzellenfläche als die gesetzlich vorgegebene vorsah, u.a. deswegen Geltung zu verschaffen sei, weil keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen ersichtlich seien. *A contrario* kann daraus geschlossen werden, bei einer Veränderung der massgeblichen Überlegungen des Ortsbildschutzes könne es sich durchaus erweisen, dass das private Interesse des Parzeleigentümers zurücktreten muss. So ist wohl auch die – in meiner Lesart etwas missverständliche – Formulierung WEBER-DÜRLERS, Vertrauensschutz, S. 132, 134, zu verstehen, die einen «sich in die Zukunft erstreckenden Bestandesschutz» grundsätzlich nicht gewähren will.

⁵⁸³ Ersatz des Vertrauensschadens effektiv gewährt in folgenden Urteilen: Bundesgericht 2C_180/2017 vom 10. Januar 2018 E. 4; BGE 125 II 431 E. 6 S. 438–439; BGE 121 V 71 E. 2a)–b) S. 74–76.

⁵⁸⁴ Gesamthaft zu den Rechtsfolgen ROHNER, SGK BV, Art. 9 n. 52; CHIARIELLO, S. 136–142; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 128–146.

Mit Ausnahme der Entschädigung, die potenziell überall dort infrage kommt, wo sich ein Schaden bemessen lässt,⁵⁸⁵ wird die Art der zu beurteilenden Vertrauenssituation die möglichen Optionen bereits zum Vorneherein einschränken; echte Konkurrenz zwischen mehreren Lösungen wird nur selten bestehen.⁵⁸⁶

2. Wahl der Rechtsfolge: Gedanke des Nachteilsausgleichs

Gemäss Bundesgericht «lässt sich nicht in genereller Weise beantworten, welche Wirkung der Vertrauensschutz im Einzelfall hat. Dem Vertrauensschutz wird in der Regel jedoch Genüge getan, wenn der Bürger vor dem im Vertrauen erlittenen Nachteil bewahrt wird.»⁵⁸⁷ Unter diesem Leitsatz «kein Nachteil»⁵⁸⁸ soll so unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls – «Art der getroffenen Vorkehrungen, Möglichkeiten des Ausgleichs, Auswirkungen für die Zukunft usw.»⁵⁸⁹ – bestimmt werden, welche Rechtsfolge am besten geeignet ist.⁵⁹⁰

Die enorme Vielfalt an möglichen Vertrauensschutzsituationen und an darin vereinten privaten und öffentlichen Interessen macht eine Systematisierung der Rechtsfolgen schwierig.⁵⁹¹ Was den verwaltungsrechtlichen Vertrag anbelangt,

⁵⁸⁵ Zur Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für Entschädigungen aus Vertrauensschutz siehe *infra* S. 208 f.

⁵⁸⁶ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 144.

⁵⁸⁷ Bundesgericht 2C_20/2011 und 2C_21/2011 vom 1. Juli 2011 E. 3.3.3. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 134, 144, 146, äussert sich verschiedentlich sehr skeptisch zum Bestandesschutz und will diesen tendenziell als subsidiäre Lösung betrachten. Massgeblich soll jedoch gemäss dieser Autorin diejenige Lösung sein, die dem öffentlichen Interesse am wenigsten abträglich ist. Siehe dazu für Lehrmeinungen zur Frage, welche Rechtsfolge vorzuziehen sei, sogleich *infra* im Text.

⁵⁸⁸ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 146.

⁵⁸⁹ Bundesgericht 2C_20/2011 & 2C_21/2011 vom 1. Juli 2011 E. 3.3.3. Die textlich identischen Beispiele werden auch in BGE 121 V 71 E. 2a) S. 75 aufgeführt.

⁵⁹⁰ Auf die Bedeutung des Leitsatzes «kein Nachteil» wird im Zusammenhang mit dem relevanten Schadenersatz nochmals kurz einzugehen sein; siehe dazu *infra* S. 177 ff.

⁵⁹¹ In der Regel werden Gründe für und gegen die entsprechenden Rechtsfolgen genannt; eine Bildung von Fallgruppen oder Regeln für bestimmte Sachverhalte, wie dies für den Widerruf von Verfügungen versucht wurde, lässt sich jedoch noch nicht feststellen. Siehe dazu u.a. CHIARIELLO, S. 136–142; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 128–146. Ausnahme davon sind wohl die beiden Sachverhalte der negativen Vertrauensgrundlage, wo sich die Abwendung des Rechtsnachteils (z.B. Wiederherstellung der Frist) als primäres Ziel aufdrängt, sowie der Vertrauensschutz in einem intertemporalrechtlichen Sachverhalt, wo das Gesetz die Vertrauensgrundlage bildet und sich in den meisten Fällen wohl entsprechend die Übergangsfrist als primäre Rechtsfolge aufdrängt. Siehe dazu u.a. Bundesgericht 2P.149/2003 vom 13. Juli 2004 E. 2.1. So auch ROHNER, SGK BV, Art. 9 n. 56; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 138. Schliesslich kann auch das Recht des Verfügungswiderrufs selbst in dem Masse, in dem es überhaupt eine hilfreiche Typisie-

so wird die Analyse der bereits kargen Rechtsprechung dadurch anspruchsvoller, als dass sich der dem Vertrauensinteresse des privaten Vertragspartners zugesprochene Schutz zuweilen nicht in der Terminologie des Vertrauensschutzes ausdrückt, sondern in bereits verschiedentlich erwähnten Alternativkonstrukten, allen voran der Anerkennung *wohlerworbener Rechte*.⁵⁹²

Als bemerkenswert hervorzuheben, weil darin das Bundesgericht unumwunden den Bestandesschutz nicht nur theoretisch aufführt,⁵⁹³ sondern auch gewährt, sind jedoch zwei Fälle:

- In BGE 103 Ia 505 stritt sich die *Geb Brüder Hoffmann AG* mit der Einwohnergemeinde Thun über die Frage, ob das neue Reglement über die Kanalisationsanschlussgebühren auf das Unternehmen zur Anwendung kommen solle oder ob vielmehr der alte, im Vertrag explizit erwähnte Tarif weiterhin massgeblich bleibe. Das Bundesgericht schützte die Anwendung des alten Reglements auf die private Vertragspartnerin der Einwohnergemeinde, weil dieser vorteilhaftere Zins für den Verbleib des Unternehmens auf dem Gemeindegebiet ausschlaggebend gewesen war. Es unterstrich des Weiteren, dass es auch im öffentlichen Interesse der Einwohnergemeinde gelegen hatte, durch die vertragliche Zusicherung den Verbleib des Unternehmens und der dazugehörigen Arbeitsplätze auf dem Territorium zu garantieren.⁵⁹⁴
- In einem anderen Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1995⁵⁹⁵ (*bündnerische Dienstbarkeit*) ging es um einen Dienstbarkeitsvertrag zwischen dem Eigentümer eines Grundstücks einerseits und Gemeinde, Kanton und Bund andererseits, der im Rahmen eines Verfahrens wegen materieller Enteignung geschlossen worden war. Darin wurde dem Eigentümer die zeitlich unbeschränkte Bebaubarkeit eines Parzellenteils nach den Bestimmungen des damaligen Rechts zugesichert. Dies geschah im Gegenzug für ein komplettes, ebenfalls zeitlich unbeschränktes Bauverbot auf einem anderen Parzellenteil. Als die Gemeinde Jahre später einen generellen Gestaltungsplan erlassen und in diesem Zusammenhang die Bauten auf der betroffenen Par-

zung liefert, als Illustration möglicher Vertrauensschutzsachverhalte gesehen werden; vgl. zu diesem Gedanken HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1228.

⁵⁹² So in BGE 103 Ia 31 E. 2c) S. 35; so auch RIVA, *Wohlerworbene Rechte*, S. 85 Fn. 330; KÖLZ, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, S. 177–187. Siehe dazu bereits *supra* S. 66 Fn. 287 sowie zur Wohlerworfenheit allgemein S. 101 ff.

⁵⁹³ So etwa in BGE 122 I 328 E. 7a) S. 340. In diesem Fall jedoch ergab die Auslegung, dass dem betreffenden Vertrag gar keine Wirkung über den strittigen Zeitraum hinaus entnommen werden konnte, womit faktisch keine Bindung möglich war.

⁵⁹⁴ BGE 103 Ia 505 E. 4c) S. 515–516.

⁵⁹⁵ Bundesgericht 1P. 358/1994 und 1P. 172/1995 vom 20. September 1995, in: ZBI 98/1997 S. 272–279.

zelle schützen wollte, widersetzte sich der Eigentümer unter Berufung auf den Vertrauensschutz. Das Bundesgericht schützte ihn, u.a. weil sich seit dem Abschluss des Vertrags keine fundamentalen Änderungen der Rechtslage ergeben hatten (insbesondere die Überlegungen des Ortsbildschutzes hätten sich seit Abschluss des Vertrags nicht geändert)⁵⁹⁶ und weil der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang u.a. wohl auf eine weit höhere Entschädigung aus materieller Enteignung verzichtet hatte.⁵⁹⁷

Aus vertraglicher Perspektive sehr interessant sind diejenigen Urteile, in denen zwar nicht auf Bestandesschutz, jedoch auf eine Übergangsfrist erkannt wird. Hier drängt sich zumindest aus vertraglicher Optik auf, *diese Übergangsfrist an der vertraglichen Kündigungsfrist auszurichten*, da Letztere für das Vertragsverhältnis genau diese Funktion erfüllt. Vereinzelt tun dies die Gerichte auch; so u.a. im bereits erwähnten Urteil zum baselländischen Spitalgesetz, in dem via Änderung des Spitalgesetzes die Verträge der Ärzteschaft über ihre private Tätigkeit am Spital unvermittelt aufgehoben werden sollten. Das Bundesgericht meinte, das vertragliche Vertrauensschutzinteresse der betroffenen Personen sei insofern zu respektieren, als die vertraglichen Kündigungsfristen einzuhalten seien.⁵⁹⁸ Die Erwähnung der Kündigungsfrist oder der Vertragsdauer erfolgt jedoch oftmals beiläufig und es kann deshalb nicht behauptet werden, die vertraglichen Modalitäten hätten sich zum jetzigen Zeitpunkt als feste Grundregel für die Bestimmung der vertraglichen Übergangsfrist beim Vertrauensschutz bereits eingebürgert.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ Bundesgericht 1P. 358/1994 und 1P. 172/1995 vom 20. September 1995 E. 5d)bb), in: ZBI 98/1997 S. 272–279.

⁵⁹⁷ Bundesgericht 1P. 358/1994 und 1P. 172/1995 vom 20. September 1995 E. 5d)bb), in: ZBI 98/1997 S. 272–279.

⁵⁹⁸ In diesem Sinne explizit Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2 sowie BGE 134 I 23 E. 7.6.1 S. 40–41.

⁵⁹⁹ Übergangsfrist, die nicht mit der Kündigungsfrist übereinstimmt: Bundesgericht 2C_658/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.4 und 3.6.2 (unspezifiziert, jedoch länger als die vertraglich vorgesehene Kündigungsfrist von 12 Monaten); dasselbe auch in Bundesgericht 1C_230/2007 vom 11. März 2008 E. 4.2: «Lohnkürzungen beim öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis [sind] auf dem Weg der Rechtsetzung grundsätzlich einseitig möglich [...], ohne dass die Kündigungsfristen eingehalten werden müssen», i.c. durch Länge des Verfahrens faktisch Übergangsfrist von über einem Jahr für Kürzung von 10–15 Prozent während laufender Amtsperiode; ferner auch Bundesgericht 2P.298/1998 vom 2. Juli 1999 E. 3a), in: ZBI 102/2001, S. 319–326; Bundesgericht vom 15. Dezember 1976, in: ZBI 78/1977 S. 267–270 (mindestens halbjährige Frist für Lohnkürzung von 30 Prozent für das einjährige kantonale Anwaltspraktikum). Bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen kann die Situation aber insofern anders sein, als dass die betreffenden Personen auf eine Amtsdauer gewählt werden und keine regulären Kündigungsfristen bestehen.

Lassen sich vorsichtige Voten zugunsten des Bestandesschutzes finden,⁶⁰⁰ dürfte diese Ansicht tendenziell eher auf die Zurückhaltung zurückzuführen sein, die gegenüber der Gewährung von Entschädigungen aus Vertrauensschutz ohne explizite gesetzliche Grundlage auszumachen ist,⁶⁰¹ als auf einen eigentlichen vertragsdogmatischen Grund.

⁶⁰⁰ Bundesgericht 8C_542/2007 vom 14. April 2008 E. 4.2: «Bloss wenn die Bindung an die Vertrauensgrundlage wegen überwiegender öffentlicher Interessen nicht in Frage kommt, [...] kann es sich rechtfertigen, gewisse durch die Betroffenen gestützt auf das vertrauensbegründende Verhalten vorgenommene Aufwendungen zu entschädigen.» CHIARIELLO, S. 137; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 85–86: «Tendenziell wird vermehrt Bindung an die Vertrauensgrundlage (Bestandesschutz) und nicht bloss die Abwendung von Nachteilen zu gewähren sein [...]. Eine absolute Bindung an die Vertrauensgrundlage [...] lässt sich allerdings auch in vertraglichen Verhältnissen aus dem öffentlichrechtlichen Vertrauensgrundsatz nicht ableiten.» Ferner MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 129, für die Kategorie der «Verträge mit besonderer Bindungswirkung». U. MÜLLER, S. 198; KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 227: «Nur die infolge Bestandesvertrauen besonders qualifizierten Gründe vermögen die gänzliche Nichtunterstellung bestehender Dauersachverhalte unter das neue Recht zu rechtfertigen, vorab vertragliche Zusicherungen [...].» RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 17, scheint laufende Verträge in ihrem Bestand weitgehend schützen zu wollen, wobei er aufgrund der starken Abstützung auf die Eigentumsgarantie durchaus einräumt, dass nur enteignungsähnliche Beschränkungen der Entschädigung zugänglich sind. Weitgehende Gesetzesfestigkeit wurde dem Vertrag noch in der älteren Literatur, u.a. von IMBODEN, n. 86, 101 (aufgrund der Bindung an den subjektiven Parteiwillen) und n. 99–100 (aufgrund der Begründung wohlerworbener Rechte), zugeschrieben. Anderer Meinung FAJNOR, S. 189–190: Der Entschädigung soll eine «möglichst weitgehende Priorität [...] vor der staatlichen Bindung an die Vertrauensgrundlagen» gegeben werden, weil dies aus staatlicher Perspektive weniger hinderlich sei und eine ungerechtfertigte Bevorteilung der vertrauenden Person verhindert werde.

⁶⁰¹ Siehe zum Entschädigungspositivismus *infra* S. 208 f.

§ 8 Konkretisierung der Vertragsdogmatik auf der Basis des Vertrauensschutzes unter Berücksichtigung der Funktionen des Vertrags

A. Eine Übersicht zu Beginn

An dieser Stelle soll der Versuch unternommen werden, auf der Basis der vorangehenden Ausführungen und anhand der *Funktionen* des Vertrags den Vertrauensschutz in einer Vertragssituation herauszukristallisieren. Leitend ist dabei die Feststellung, dass einem Recht nicht mehr Bestandeskraft zukommen kann, als dies die Bundesverfassung vorsieht.⁶⁰² Dies bedeutet für den verwaltungsrechtlichen Vertrag konkret, dass eine allgemeine vertragsdogmatische Lösung einerseits dem Vertrauensschutz genügen muss, andererseits nicht über das hinausgehen vermag, was allgemein aus dem Vertrauensschutz abgeleitet wird.⁶⁰³

Zuerst ist auf der Seite der Anwendungsvoraussetzungen nach der Notwendigkeit der gesonderten Vertrauensbetätigung zu fragen (*infra* B.); ferner ist der Umfang des privaten Vertrauensschutzinteresses im verwaltungsrechtlichen Vertrag auszuloten (*infra* C.). Danach soll nach Kriterien gesucht werden, um die Unterscheidung zwischen entschädigungslosen und entschädigungsbegründenden staatlichen Eingriffen vorzunehmen (*infra* D.). Beigezogen werden diesbezüglich die Kriterien für die Bestimmung der materiellen Enteignung sowie der Grundsatz der Entschädigungslosigkeit «polizeilicher» Eingriffe. Als Einzelfragen zu den Rechtsfolgen werden die für die vorliegende Abhandlung zentrale Frage des *Schadenersatzes* aus Vertrauensschutz einerseits und die Übertragbarkeit des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund andererseits thematisiert – dies als Ergänzung zu den Ableitungen aus Art. 9 BV (beide *infra* E.).

Im Rahmen der Konkretisierung des Vertrauensschutzes im Kontext des verwaltungsrechtlichen Vertrags sollen die nachfolgenden Aussagen begründet werden:

- Der Vertrag lässt ein grundrechtlich geschütztes Vertrauensschutzinteresse entstehen, ohne dass zusätzliche nachteilige Dispositionen vom Privaten nachgewiesen werden müssten.⁶⁰⁴
- Die verwaltungsvertragliche Bindung bedeutet für die private Vertragspartei, dass sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der Vertragserfüllung

⁶⁰² RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 70. Dies wird abgeleitet aus der «Logik des Stufenbaus der Rechtsordnung».

⁶⁰³ BGE 122 I 328 E. 7d) S. 341. Daneben finden auch die Grundsätze des Verfassungsrechts sowie je nach Kontext auch andere Grundrechte wie die Verfahrensgarantien Anwendung. Auf diese wird vorliegend nicht gesondert eingegangen.

⁶⁰⁴ Siehe dazu *infra* S. 137 ff.

durch das Gemeinwesen rechnen kann und dass sie insofern in diesem Umfang über ein Vertrauensschutzinteresse verfügt.⁶⁰⁵

- Der Umfang des Vertrauensschutzinteresses bemisst sich durch Auslegung des Vertrags und namentlich durch das schützenswerte Verständnis des beteiligten Privaten.⁶⁰⁶
- Wirkt der Staat einseitig nachteilig auf den Vertrag ein, umfasst die unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes geschuldete Entschädigung des privaten Vertragspartners im Normalfall Schadenersatz im Rahmen des positiven Vertragsinteresses.⁶⁰⁷
- Bei einseitiger Einwirkung durch die staatliche Vertragspartei ist im Normalfall die Vertragsdauer resp. die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. In Vertrauensschutzterminologie entspricht dies dem Bestandesschutz resp. einer Übergangsfrist.⁶⁰⁸
- Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund im Privatrecht, das für alle auf Dauer ausgerichteten Verträge gilt, beansprucht auch im verwaltungsrechtlichen Vertrag mit entsprechenden Anpassungen Geltung.⁶⁰⁹
- Im konkreten Eingriffsfall liegt es am Gemeinwesen, die Unzumutbarkeit der Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist darzulegen.⁶¹⁰
- Auch dann, wenn die private Vertragspartei eine sofortige Aufhebung ihres Vertrags hinnehmen muss (direkte Einwirkung), hat sie im Grundsatz im Rahmen der ordentlichen Kündigungsfrist Anspruch auf Schadenersatz.⁶¹¹ Lediglich unter ausserordentlichen Umständen kann es geschehen, dass der heterogene verwaltungsrechtliche Vertrag vorzeitig *gänzlich entschädigungslos* aufgelöst wird.⁶¹²
- Auch regulatorische Staatstätigkeit kann in ein Vertrauensschutzinteresse des Privaten eingreifen und damit unter Umständen Entschädigungsansprüche auslösen.⁶¹³
- Für die schwierige Abgrenzung zwischen denjenigen regulatorischen Eingriffen in den Vertrag, die Rechtsfolgen aus Vertrauensschutz auslösen, und solchen, die entschädigungslos (resp. rechtsfolgenlos) zu dulden sind, kön-

⁶⁰⁵ Siehe dazu *infra* S. 142 ff.

⁶⁰⁶ Siehe dazu *infra* S. 142 ff.

⁶⁰⁷ Siehe dazu *infra* S. 177 ff.

⁶⁰⁸ Siehe dazu *infra* S. 148 ff.

⁶⁰⁹ Siehe dazu *infra* S. 182 ff.

⁶¹⁰ Siehe dazu *infra* S. 149 f.

⁶¹¹ Siehe dazu *infra* S. 181.

⁶¹² Siehe dazu *infra* S. 170 ff.

⁶¹³ Dies folgt genau besehen bereits aus der *supra* S. 124 f. diskutierten Tatsache, dass regulatorisches Handeln nicht vom Anwendungsbereich des Vertrauensschutzes ausgeschlossen werden kann. Zur Abgrenzung im Einzelfall *infra* S. 162 ff.

nen diejenigen Kriterien nutzbar gemacht werden, die auch bei der materiellen Enteignung die Abgrenzung leiten. Die Kriterien der Intensität, der Lastengleichheit sowie der Zielrichtung des Eingriffs können im Einzelfall einen Beitrag zur Lösungsfindung leisten.⁶¹⁴

B. Notwendigkeit von Dispositionen?

I. Ratio des Erfordernisses der Vertrauensbetätigung

Gemeinhin werden Dispositionen – oder: die konkrete Betätigung des Vertrauens – deshalb als Anwendungsvoraussetzung des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV verlangt, weil sich so das durch den staatlichen Akt generierte Vertrauen nach aussen erkennbar macht;⁶¹⁵ der objektive Anknüpfungspunkt erleichtert die rechtliche Anknüpfung an einen inneren Sachverhalt.⁶¹⁶ Derjenige, der nur Erwartungen hegt, diese aber nicht umsetzt, wird oftmals gerade keine Nachteile erleiden, die es mit dem Vertrauensschutz auszugleichen gilt.⁶¹⁷ Es gibt aber durchaus auch Sachverhalte, in denen sich das schützenswerte Vertrauen auf andere Weise manifestiert. In ihrer Untersuchung hat WEBER-DÜRLER dargelegt, dass sich das Erfordernis von Dispositionen nicht als *conditio sine qua non* des Vertrauensschutzes herleiten lässt. Als Beispiele führt sie einerseits sogenannte «negative Vertrauensgrundlagen» auf, wo der Private aufgrund des berechtigten Vertrauens eigenes Handeln unterlässt – etwa beim klassischen Fall der verpassten Rechtsmittelfrist. In diesem Fall kann die Anerkennung eines privaten Vertrauensschutzinteresses nicht vom Vorliegen einer Disposition abhängig gemacht werden, weil diese gerade – aufgrund des Vertrauens – ausbleibt.⁶¹⁸ Die Betätigung des Vertrauens stellt vielmehr normalerweise lediglich ein Indiz für den Umfang des schutzwürdigen Vertrauens dar. Es konkretisiert das Vertrauen des Einzelnen und verleiht diesem damit angesichts der entgegenstehenden öffentlichen Interessen mehr Gewicht.⁶¹⁹

⁶¹⁴ Siehe dazu *infra* S. 163 ff. sowie 170 ff.

⁶¹⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, n. 824; U. MÜLLER, S. 164–165.

⁶¹⁶ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 97.

⁶¹⁷ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 98: «[D]as *blosse Vertrauen* des Bürgers [hat] *keine Chance*» (Hervorhebungen im Original).

⁶¹⁸ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 101. Ferner auch CHIARIELLO, S. 129.

⁶¹⁹ CHIARIELLO, S. 129: Das eigentliche Erfordernis des Vertrauensschutzes liegt darin, dass «das Handeln des Bürgers im Kausalzusammenhang mit dem staatlichen Verhalten steht».

II. Relevanz der Frage für den verwaltungsrechtlichen Vertrag

1. Bestimmung des Zeitpunkts, in dem der Vertrauensschutz einsetzt

Relevant ist die Frage nach der äusserlich erkennbaren Betätigung des Vertrauens *erstens* für die Bestimmung des *Zeitpunkts*, in welchem der Vertrauensschutz beim verwaltungsrechtlichen Vertrag einsetzt: Geht man davon aus, dass dem Privaten bereits aufgrund des abgeschlossenen Vertrags ein Vertrauensschutzinteresse zukommt, oder entsteht dieses erst mit zusätzlichen Handlungen seitens des Privaten? Eine ausserordentliche Kündigung des Vertrags mit sofortiger Wirkung durch das Gemeinwesen im Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und Beginn der Vertragserfüllung wird im zweiten Fall keine Schadenersatzpflicht nach sich ziehen, obwohl dies im Obligationenrecht durchaus der Fall sein kann.⁶²⁰ Ist es hingegen denkbar, dass ein Vertrauensschutzinteresse bereits ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhanden sein kann, öffnet dies den Weg für eine mögliche Entschädigung des Privaten in einer derartigen Situation.

2. Bestimmung des Schadenersatzumfangs

Zweitens werden Dispositionen dazu beigezogen, den *Umfang* eines allfälligen Vertrauensschadens zu bestimmen: Entschädigt werden sollen nur diejenigen Aufwände, die aus konkreter Vertrauensbetätigung herrühren,⁶²¹ nicht das Interesse des privaten Vertragspartners *an der Vertragserfüllung*. Wird jedoch festgestellt – wie dies weiter unten getan wird⁶²² –, dass dem privaten Vertragspartner nicht erst mit einem zusätzlichen Umsetzen seines Vertrauens ein verfassungsrechtlich relevantes Vertrauensinteresse zukommt, so verlieren die getätigten Aufwendungen ihre Sonderstellung als einziger für die Schadensberechnung massgeblicher Anknüpfungspunkt. Denkbar ist nun, dass sich das Vertrauen und damit die Entschädigung aus enttäuschem Vertrauen auf den gesamten, korrekt abgewickelten Vertrag beziehen können und nicht lediglich einige punktuelle Aufwände.

III. Aussagen in Rechtsprechung und Lehre

Zuweilen findet sich in der Rechtsprechung auch für den Vertrag die Bemerkung, der private Vertragspartner müsse sein Vertrauen durch Dispositionen betätigt haben. Die Äusserungen dazu sind jedoch widersprüchlich und längst

⁶²⁰ Siehe zum Schadenersatz allgemein *infra* S. 177 ff.

⁶²¹ Entschädigung nutzlos gewordener Aufwände; siehe dazu *infra* S. 177; sowie die dort zitierten HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 709; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 154.

⁶²² Siehe dazu sogleich *infra* S. 140 ff.

nicht alle Entscheide verlangen diese zusätzliche äusserlich erkennbare Betätigung des Vertrauens.⁶²³ In der Lehre lassen sich Stimmen finden, die im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag unter gewissen Umständen auf die Voraussetzung der Vertrauensbetätigung verzichten wollen.⁶²⁴

⁶²³ Dispositionen *verlangt* in Bundesgericht 2C_658/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.3 (mit Bezugnahme auf BGE 137 I 69, wo es indessen nicht um einen Vertrag ging); 1P.296/2003 vom 22. August 2003 E. 4.2, 6.2; Dispositionen *nicht* als Erfordernis erwähnt in 1C_450/2009 vom 25. Januar 2010 E. 2.4.2 (wobei das Vorliegen einer Unterlassung im Vertrauen auf die vertragliche Abmachung unstrittig war – E. 2.4.3); 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 4.4, 5.2 (öffentliches Personalrecht); BGE 122 I 328 E. 7a) S. 340; BGE 103 I 505 E. 4a–b) S. 514–515; Bundesverwaltungsgericht A-2498/2016 vom 11. April 2017 E. 3.3 (öffentliches Personalrecht); Verwaltungsgericht Zürich VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000 E. 5 d), in: ZBI 102/2001 S. 368–378. In diesem Zusammenhang sei auf die Rechtsprechung im Konzessionsrecht hingewiesen, wo die Konzessionärin jeweils gerade in ihren *getätigten Investitionen* geschützt werden soll (siehe dazu RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 65–66, 117), was den Zusammenhang zur Disposition ohne Weiteres ersichtlich macht. Als das Bundesgericht im Zusammenhang mit zwei Konzessionen über Wasserkraftnutzung in BGE 107 Ib 140 und dem Urteil vom 16. September 1987, in: ZBI 89/1988 S. 273–282 (*Ilanz und Engadiner Kraftwerke*) im Gegensatz zu seiner üblichen Rechtsprechung die Konzessionäre vor nachträglichen Gesetzesänderungen in Schutz nahm, obwohl diese die ihnen erteilten Konzessionen im Wesentlichen hatten brach liegen lassen, wurde den Entscheiden aus der Lehre viel Kritik entgegengebracht (zur Kritik RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 117 Fn. 442). Könnte von den Besonderheiten des Konzessionsrechts und insbesondere der teilweise sehr politisch anmutenden Rechtsprechung abgesehen werden, könnten diese Entscheide als Schritt in Richtung eines vertraglichen Vertrauensschutzes ohne Dispositionen gedeutet werden. Eine solche Handhabung wird gerade von RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 118, für besondere Vertrauenslagen wie Vertragssituationen trotz seiner Kritik an den beiden Entscheiden befürwortet. Auch in der hier vertretenen Ansicht ist jedoch die überaus lange Dauer, während der die Konzessionärinnen in den betreffenden Sachverhalten die Rechte hatten brach liegen lassen, als sehr kritisch zu betrachten und spricht gegen die fraglose Aufrechterhaltung eines Vertrauensschutzinteresses.

⁶²⁴ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 85: Im Konfliktfall zwischen dem Bedürfnis des Gemeinwesens nach Handlungsfreiheit und dem Bedürfnis des Privaten nach Einlösung des geschaffenen Vertrauens «könnte es [...] sogar als adäquat erscheinen, eine Bindung zu bejahen, obwohl der Private noch keine nachteiligen Dispositionen getroffen hat.» Ferner auch derselbe Autor in demselben Werk, S. 118 (bereits in der vorgehenden Fussnote erwähnt); WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 97, 221. Interessant sind die Hinweise bei GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 224, sowie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1228, die beide festhalten, bei der *Verfügung* als besondere Vertrauensgrundlage sei der Vertrauensschutz gerade nicht davon abhängig, dass eine Vertrauensbetätigung vorgenommen wurde. *A fortiori* erscheint es für den verwaltungsrechtlichen Vertrag inkongruent, für die Bejahung eines Vertrauensschutzinteresses auf der Vornahme von Dispositionen zu beharren.

IV. Eigene Stellungnahme: Abschluss des Vertrags generiert privates Vertrauensschutzinteresse

Das äusserliche Indiz des inneren Vertrauens ist insbesondere dann ein notwendiger Anhaltspunkt, wenn das Rechtsverhältnis der betroffenen Person mit dem Staat nicht formalisiert ist und somit ansonsten keine äusseren Anhaltspunkte zur Bestimmung der inneren Einstellung der betroffenen Person – und damit des eigentlich massgeblichen Vertrauens – bietet.⁶²⁵ Ganz anders sieht die Lage jedoch beim Vertrag aus: Dessen Zweck besteht gerade darin, *ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine gegenseitig verbindliche Ordnung* hinsichtlich des betreffenden Vertragsgegenstands und der vereinbarten Dauer *zu schaffen*. Zur Bestimmung der Charakteristika und des Umfangs der Erwartung auf Erfüllung bedarf es im Normalfall keiner Umsetzungshandlung der betreffenden Vertragspartei; diese Rolle wird von den vertraglich vereinbarten Modalitäten der Leistungserbringung wahrgenommen.

Ferner will die Grundregel, dass ein gültig abgeschlossener Vertrag für die daran beteiligten Parteien *rechtlich verbindlich* ist. Als Folge davon entsteht die Erwartung der Vertragspartner, dass der Vertrag im Rahmen der festgelegten Modalitäten abgewickelt werden wird.⁶²⁶ Dieses Vertrauen wird im Normalfall bereits *ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses* relevant sein, und dies aufgrund der Rechtssicherheitsfunktion des Vertrags auch dann, wenn eine zeitlich verzögerte Erfüllung vereinbart wurde.⁶²⁷

Will man trotzdem auf einer Disposition beharren, so kann diese durchaus auch im eigentlichen Vertragsschluss erblickt werden. Das Zustandekommen bedingt bereits die aktive Willensbekundung aller Beteiligten und damit auch der privaten Vertragspartnerin. Diese gibt ihr Einverständnis zu einem konkreten Vertragsinhalt.

Bereits aufgrund des Wesens und der Funktionen der vertraglichen Handlungsform drängt sich also die Folgerung auf, dass mit dem Vertragsschluss selbst im Normalfall von einem relevanten Vertrauen (d.h. von einem relevanten privaten Vertrauensschutzinteresse) ausgegangen werden kann.⁶²⁸ Damit er-

⁶²⁵ Siehe dazu soeben *supra* S. 137.

⁶²⁶ Vorliegend geht es darum, den Moment der Entstehung des Vertrauens zu betrachten. Die rechtliche Verbindlichkeit der Vertrauensgrundlage als solche ist kein Erfordernis des Vertrauensschutzes, was durch den Anwendungsfall der informellen behördlichen Auskünfte illustriert wird.

⁶²⁷ Etwas genauer betrachtet wird es auch im zeitlichen Zwischenraum zwischen Vertragsschluss und Erfüllungsbeginn im Einzelfall eine Frage der Vertragsauslegung sein, ob der private Vertragspartner in Bezug auf die strittige Veränderung auf den Weiterbestand des Vertrags in dessen unveränderter Form zählen durfte oder nicht.

⁶²⁸ Will man die Handlungen der Parteien im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss entschlüsseln, um die Vertrauensgrundlage sowie gegebenenfalls auch die Vertrauensbetäti-

scheint es unnötig, zusätzlich zum Vertragsschluss im Grundsatz auf weiteren Dispositionen zu beharren, um eine Rechtsfolge aus Vertrauensschutz möglich zu machen. Von einer solchen Haltung geht zudem die Gefahr aus, dass der Private im verwaltungsrechtlichen Vertrag hinsichtlich der Rechtsfolgen im Effekt schlechter geschützt wird als im privatrechtlichen. Gerade angesichts des teilweise prekären Vorgangs der Zuweisung der Rechtsnatur müsste m.E. eine Verschlechterung der Entschädigungssituation des Privaten, der einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abschliesst, gegenüber dem an einem privatrechtlichen Vertrag Beteiligten durch eine stichhaltige Begründung untermauert werden. Es ist aber mit Ausnahme eines allfälligen fiskalischen Interesses kein öffentliches Interesse daran auszumachen, den Schutz der Ansprüche des privaten Vertragspartners *per se* erst mit Verzögerung einsetzen zu lassen. Damit würde im öffentlichen Vertragsrecht eine Lücke eröffnet zwischen dem Zeitpunkt des Vertrags-

gung je einzeln zu isolieren, anerbieten sich verschiedene mögliche Einordnungen. Praktische Auswirkungen ergeben sich daraus soweit ersichtlich keine. Die *Zustimmung des Privaten* kann bereits als *Disposition* im Sinne des Vertrauensschutzes verstanden werden. Auch wenn es zweifellos stimmt, dass der Private mit seiner Zustimmung sein Vertrauen zum Ausdruck bringt, so darf daraus jedoch nicht umgekehrt geschlossen werden – in einer Emporstilisierung des zeitlichen Kausalitätsaspekts –, der Vertrauensschutz komme nur zum Zuge, wenn der Private in der zeitlichen Abfolge *nach* dem Gemeinwesen seine Einwilligung zum Vertrag abgibt oder in anderen Worten nur dann, wenn die Offerte zum Vertragsschluss vom staatlichen Partner ausgeht. Zwar besteht beim Vertrag eine kausale Verflechtung der Willensäußerungen der Vertragsparteien, diese darf jedoch nicht in einer strengen zeitlichen Abfolge betrachtet werden. Die *Vertrauensgrundlage* kann im *Vertrag* selbst erblickt werden. Alternativ könnte die *rechtlich verbindliche Willensäußerung des Gemeinwesens* (bindender Antrag zum Vertragsschluss oder Zustimmung) als Vertrauensgrundlage betrachtet werden. Damit kann das schutzwürdige Vertrauen in der Regel spätestens mit dem *Vertragsschluss* angenommen werden. Da es sich beim Vertrauensschutz aber dem Wesen nach um die Würdigung einer als *relevant* betrachteten *inneren Erwartung* des Privaten handelt, darf weder starr auf einen bestimmten formellen Aspekt des Vertragsschlusses fokussiert werden noch ist es möglich, die relevante Vertrauensgrundlage ein für alle Mal zu identifizieren. Die Gegebenheiten des konkreten Falls können auch dazu führen, dass das Entstehen einer Vertrauensgrundlage in einem früheren Zeitpunkt als dem eigentlichen Vertragsschluss angenommen wird. In derselben Weise kann das schützenswerte Vertrauen auch dadurch geschmälert werden, dass der Private die Behörde mit unrichtigen oder unvollständigen Informationen zu einer Zusage oder Verpflichtung veranlasst. Zu denken wäre ferner an Einschränkungen des Vertragsgegenstands, von denen beide Parteien wussten, die aber aus Versehen nicht im eigentlichen Vertragstext abgebildet sind. Diese sind allenfalls auf dem Wege der Vertragsauslegung zu eruieren. Schliesslich kann es sich auch aufdrängen, kein Vertrauensschutzinteresse zuzugestehen, wenn ein an sich noch geltender Vertrag über längere Zeit entgegen der vertraglichen Abmachungen von den Parteien gar nicht erfüllt wird, weil damit entweder kein Interesse der privaten Partei an der Vertragserfüllung und damit am Vertrauensschutz besteht oder das Vertrauen in die Erfüllung als zerstört gelten muss.

schlusses resp. dem Moment, ab welchem der Private Anspruch auf Leistungen des staatlichen Vertragspartners besitzt, und dem Einsetzen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes.⁶²⁹ Im Gegensatz zur Rechtfertigung der *privilegierten Einwirkung* des Staats auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag, die im Legalitätsprinzip durchaus eine Grundlage findet, besteht für eine derartige Verkürzung des Schutzes des Privaten hinsichtlich der *Rechtsfolgen* einer solchen Einwirkung mit Ausnahme fiskalischer Motive keine Begründung.

C. Umfang des durch den verwaltungsrechtlichen Vertrag generierten Vertrauens

Der verwaltungsrechtliche Vertrag bezweckt eine verbindliche Regelung zwischen den Parteien hinsichtlich eines bestimmten (Vertrags-)Gegenstands und über eine bestimmte Dauer – es handelt sich aus der Sicht des Privaten um «eine Art Versprechen künftigen staatlichen Verhaltens».⁶³⁰ Im Folgenden sollen diese drei Achsen, d.h. der zeitliche, der persönliche und der sachliche Umfang des Vertrauens beim Vertrag (*infra* II., IV. und V.) einem Vorschlag zur Erfassung des Vertrags als Vertrauenssachverhalt zugrunde gelegt werden. Dazwischen soll in zwei Exkursen nach dem Mechanismus der Grundrechtsbeschränkung beim Vertrauensschutz (*infra* III.) und nach dem Umfang des Vertrauensschutzinteresses beim Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe (*infra* VI.) gefragt werden.

Ein wichtiger Aspekt des Vertrauensschutzes ist es, dass es die Behörde in der Hand hat, das Vertrauen mit Vorbehalten einzuschränken sowie es für die Zukunft zu zerstören.⁶³¹ Eine relevante Frage ist daher diejenige nach den Schranken der Gültigkeit solcher Vorbehalte, namentlich hinsichtlich veränderten Rechts, im Vertrag. Diese wird im vorliegenden Zusammenhang nicht gesondert vertieft. Sie dürfte jedoch im konkreten Fall für die Bestimmung des Vertrauensschutzinteresses eine wichtige Rolle spielen.⁶³²

⁶²⁹ Damit wird aber noch nichts über den Umfang des Schadenersatzes ausgesagt: Die Pflicht des Betroffenen zur Schadensminderung (Art. 44 OR) kann auch hier dazu führen, dass weniger oder gar nichts geschuldet ist.

⁶³⁰ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 107.

⁶³¹ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 132–133, 162.

⁶³² Zur Zulässigkeit sehr weitgehender Vorbehalte im Konzessionsrecht siehe u.a. Bundesgericht 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005 E. 3.2–3.5, wo die Erhöhung einer Sondernutzungsgebühr für einen Bootshafen von CHF 8'000 auf CHF 88'000 p.a. aufgrund eines Vorbehalts in der Konzessionsurkunde zugunsten künftigen Rechts geschützt wurde. Im Privatrecht wird die Grenze dort gezogen, wo die möglichen Gründe für die einseitige Vertragsanpassung, resp. der Umfang der möglichen Änderungen, nicht mehr bestimmt oder bestimmbar sind: BGE 135 III E. 2.5 S. 10.

I. Vertragsauslegung als Ausgangspunkt

An anderer Stelle wurde festgehalten, dass sich nach Lehre und Rechtsprechung das private Vertrauensschutzinteresse inhaltlich u.a. nach dem *Bestimmtheitsgrad der behördlichen Intervention* sowie dem *Umfang der drohenden oder bereits eingetretenen Nachteile* bemisst.⁶³³ Dabei wurde auch festgehalten, dass es sich im Grundsatz bei einem vertraglichen Sachverhalt bereits aufgrund der Handlungsform um eine besonders gewichtige Vertrauensgrundlage handelt.⁶³⁴ Worauf sich dieses Vertrauen des Privaten inhaltlich aber genau bezieht, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Es ist die hier vertretene Ansicht, dass sich die Erwartung des Privaten auf die Erfüllung des Vertrags mit dem derart ermittelten Inhalt richtet.

1. Auslegung als Sinnermittlung

Die Auslegung eines Vertrags ist ein Vorgang der Sinnermittlung, der mit dem Zweck erfolgt, den Vertragsinhalt zu bestimmen.⁶³⁵ Dieser Vertragsinhalt soll es erlauben, die massgeblichen Rechtsregeln zur Lösung eines konkreten Problems zu identifizieren. Im vorliegenden Zusammenhang soll die Auslegung konkret darüber Auskunft geben, welche *Erwartungen an die Vertragserfüllung* der Private berechtigterweise hegen durfte.⁶³⁶ Wie soeben dargelegt wurde, gilt das Vorliegen von Dispositionen im Normalfall nicht als Voraussetzung des privaten *Vertrauensschutzinteresses*; dahingegen kann die *bisherige Vertragserfüllung* aber in der Auslegung als Indiz für den Parteiwillen durchaus eine Rolle spielen.⁶³⁷ Bevor Anhaltspunkte zur Bestimmung des Vertrauensschutzinteresses im verwaltungsrechtlichen Vertrag gesucht werden, ist kurz auf die Auslegung im Obligationenrecht sowie auf die Auslegung des verwaltungsrechtlichen Vertrags einzugehen.

⁶³³ Siehe dazu *supra* S. 126.

⁶³⁴ Siehe dazu *supra* S. 126 f.

⁶³⁵ WIEGAND, BSK ORI, Art. 18 n. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1196.

⁶³⁶ Eine nuancierte Auslegung des Vertrags unter Einbezug der Positionen der Parteien in den vorgängigen Verhandlungen findet sich im bereits zitierten BGE 103 Ia 505 E. 2b)–c) S. 509–512: Das Bundesgericht gewährte der Vereinbarung betr. tiefe Kanalisationsanschlussgebühren u.a. deshalb den Bestandesschutz gegenüber dem neuen Reglement mit höheren Gebühren, weil die private Vertragspartnerin, die *Gebrüder Hoffmann AG*, in den Verhandlungen nachweislich darauf bestanden hatte, hinsichtlich der Kosten vollständige Klarheit zu haben.

⁶³⁷ WINIGER, CR ORI, Art. 18 n. 33–35. Siehe zu den Dispositionen *supra* S. 137 ff.

2. Vertragsauslegung im Obligationenrecht

In privatrechtlichem Zusammenhang schafft der übereinstimmende Parteiwille die Rechtswirkung.⁶³⁸ Entsprechend offensichtlich ist die Bedeutung des jeweiligen (übereinstimmenden) Willens aller beteiligten Parteien. Notwendig ist die Willenssuche in dem Ausmass, in dem der genaue Vertragsgegenstand unter den Parteien streitig ist.⁶³⁹ Art. 18 OR schreibt dem Gericht diesbezüglich vor, es hätte sich am effektiven gemeinsamen Parteiwillen⁶⁴⁰ und nicht an möglicherweise irrigen Formulierungen der Beteiligten zu orientieren.⁶⁴¹ Im Privatrecht wird dann zur objektivierten Vertragsauslegung gegriffen, wenn der wirkliche gemeinsame Parteiwille (subjektive Auslegung) nicht eruiert werden kann.⁶⁴² Der objektivierten Vertragsauslegung wird das «Vertrauensprinzip» zugrunde gelegt: Einer Formulierung wird diejenige Bedeutung zugebilligt, die eine vernünftige Person ihr nach Treu und Glauben und unter Würdigung der massgeblichen Umstände zuschreiben würde.⁶⁴³ Das Vertrauensprinzip erlaubt es demnach, der Aussage einer Partei eine Bedeutung zu geben, die von der realen Absicht abweicht.⁶⁴⁴

Gelungen ist die Auslegung dann, wenn ein gemeinsamer Parteiwille festgestellt werden kann, und sei es auch nur deswegen, weil bei einem effektiven Willensdissens zwischen den Parteien die Ansicht der einen Partei unter dem vertraglichen «Vertrauensprinzip» geschützt wird.⁶⁴⁵ Ist dies nicht möglich, so

⁶³⁸ Art. 1 OR; MORIN, CR ORI, Art. 1 n. 4.

⁶³⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1196.

⁶⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1200.

⁶⁴¹ Zur Feststellung des effektiven, gemeinsamen Parteiwillens bedient sich das Gericht verschiedener Auslegungsmittel. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut, dem besonderes Gewicht zukommt, wenn die ergänzenden Auslegungsmittel nicht mit Sicherheit einen gegenteiligen Schluss verlangen. Daneben sind die Umstände des Vertragsschlusses sowie das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss, die Interessenlage der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie die Verkehrsauffassung und Verkehrübung etwa massgebliche weitere Auslegungsmittel. Zu den allgemeinen, gerichtlich entwickelten Auslegungsregeln zählen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1205–1235, im Wesentlichen die folgenden: Auslegung des Parteiwillens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses; Auslegung nach Treu und Glauben (aus der wiederum die objektivierte Vertragsauslegung sowie auch hier das Vertrauensprinzip stammen); das Verbot einer rein grammatikalischen, formalistischen Auslegung; das Gebot der ganzheitlichen Auslegung; gesetzeskonforme Auslegung sowie die Unklarheitenregel «*in dubio contra proferentem*», die auch im europäischen Vertragsrecht fest verankert ist.

⁶⁴² BGE 129 III 118 E. 2.5 S. 122; WIEGAND, BSK OR I, Art. 18 n. 11. Siehe aber zur Relativierung dieser Aussage in derselben Publikation n. 14.

⁶⁴³ BGE 129 III 118 E. 2.5 S. 122; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1201.

⁶⁴⁴ BGE 129 III 118 E. 2.5 S. 122.

⁶⁴⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1202–1203.

ist die entsprechend im Vertrag aufgrund des Dissenses festgestellte Lücke durch Vertragsergänzung zu füllen.⁶⁴⁶ Dies geschieht primär durch dispositives Gesetzesrecht, subsidiär durch gerichtliche Vertragsergänzung (diesfalls anhand des hypothetischen Parteiwillens oder *modo legislatoris*).⁶⁴⁷

3. Vorrang des öffentlichen vor dem privaten Interesse in der Vertragsauslegung im öffentlichen Recht?

a) Separate Identifikation des öffentlichen und des privaten Vertragswillens

Beim heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag ist die Lage nicht ganz deckungsgleich: Zwar ist der Konsens ein wesentlicher Aspekt der vertraglichen Handlungsform; der *gemeinsame Parteiwille* spielt aber in der *Bestimmung der Rechtswirkungen* methodisch eine weniger grosse Rolle, als dies im Privatrecht der Fall ist. Dies zeigt sich in folgender Weise: Geht es darum, den Inhalt der vertraglichen Regelung zu bestimmen, ist auch beim verwaltungsrechtlichen Vertrag nach dem effektiven Willen beider (oder aller) Parteien zu fragen; es ist also einerseits die Intention der Behörde zu eruieren, andererseits diejenige der privaten Vertragspartnerin.⁶⁴⁸ Ist diesbezüglich kein effektiver gemeinsamer Wille feststellbar, soll nach der hier vertretenen Ansicht aber nicht zu einer «standardisierten» objektivierten Vertragsauslegung gegriffen werden, um das Verständnis einer vernünftigen Person nach Treu und Glauben zu bestimmen, weil sich die Unterschiede zwischen staatlicher und privater Vertragspartnerin damit nicht einebnen lassen. Stattdessen wird die Meinung vertreten, dass separat für die Behörde und die private Vertragspartnerin jeweils ein objektivierter Wille bestimmt werden soll. Seitens der Behörde fragt sich, welches Verständnis, welcher behördliche Wille sich aus der Perspektive des öffentlichen Interesses, konkretisiert durch die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen, ergibt. Für die private Vertragspartnerin fragt sich, wie diese den Inhalt des Vertrags nach dem Vertrauensprinzip in der Auslegung⁶⁴⁹ – und damit gleichermassen unter *Vertrauensschutzgesichtspunkten*⁶⁵⁰ – verstehen durfte. Es kann dann mittels

⁶⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1203.

⁶⁴⁷ Zwischen dem dispositiven Gesetzesrecht und der gerichtlichen Vertragsergänzung kann noch das Gewohnheitsrecht als Quelle der Vertragsergänzung angeführt werden. Zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1248–1266.

⁶⁴⁸ So auch Bundesgericht 2C_658/2015 vom 3. Juni 2016 E. 3.1; Bundesverwaltungsgericht A-3396/2017 vom 8. Januar 2018 E. 6; BICKEL, § 8 n. 13.

⁶⁴⁹ Siehe zur Konkretisierung im Verwaltungsrecht BICKEL, § 9 n. 57–58.

⁶⁵⁰ Indem der Vertrauensschutz nicht auf irgendein Vertrauen, sondern nur auf das «berechtigte» Vertrauen abstellt, deckt sich der unter dem Vertrauensprinzip massgebliche Sorgfaltsmassstab mit demjenigen, der das berechtigte Vertrauen des privaten Vertrauensschutzinteresses charakterisiert. Siehe dazu BICKEL, § 9 n. 60.

Abwägung bestimmt werden, ob der Auffassung des Privaten der Vorrang zu geben ist oder ob diese angesichts der staatlichen Äusserungen und Relativierungen nicht im vollen Umfang als schützenswert erscheint. Im Effekt ist dies keine andere Lösung, als sie von den Gerichten angewendet wird, wenn sie zwischen dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem privaten Vertrauensschutzinteresse abwägen. Allerdings lässt sich so, d.h. durch die explizite Identifikation der beiden Gegenpole der «öffentlichen» und der «privaten» Position, die systemfremde und m.E. verwirrlische Formulierung umgehen, wonach bei der Auslegung des verwaltungsrechtlichen Vertrags «besonders zu beachten» sei, «dass die Verwaltung beim Abschluss [...] dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat», womit in Zweifelsfällen deshalb zu vermuten sei, «dass [die Verwaltung] keinen Vertrag abschliessen wollte, der mit den von ihr wahrzunehmenden öffentlichen Interessen in Widerspruch steht, und dass sich der Vertragspartner hierüber Rechenschaft gab [...]»⁶⁵¹ Dass es sich bei beiden Lösungswegen im Endeffekt um dasselbe handelt, zeigt sich darin, dass das Bundesgericht diesen Vorrang des öffentlichen Interesses jeweils sogleich wieder relativiert: «Indessen wäre es verfehlt, in allen Fällen der dem öffentlichen Interesse besser dienenden Auslegung den Vorzug zu geben. Die Wahrung des öffentlichen Interesses findet ihre Schranke vielmehr gerade im Vertrauensprinzip, d.h. sie darf nicht dazu führen, dass dem Vertragspartner des Gemeinwesens bei der Vertragsauslegung Auflagen gemacht werden, die er beim Vertragsschluss vernünftigerweise nicht voraussehen konnte.»⁶⁵²

b) Sonderfall des von einer Drittbehörde erlassenen, neuen Rechts

Leicht anders gestaltet sich der Vorgang, wenn das gewandelte Recht nicht von der staatlichen Vertragspartnerin selbst, sondern von einer («übergeordneten») Drittbehörde erlassen wird. Die Interessenabwägung ist zwar immer noch dieselbe, die Auslegung erfüllt aber eine andere Rolle: Zwar ermöglicht Letztere immer noch die Ermittlung und Gewichtung des privaten Vertrauensinteresses, das in der Interessenabwägung der sofortigen Anwendung des neuen Rechts entgegensteht. Aufseiten der staatlichen Partei aber zerfällt die Identifikation der «staatlichen» Position in die Position der Drittbehörde (Urheberin des neuen Rechts) einerseits und derjenigen der am Vertrag beteiligten Behörde (Vertrags-

⁶⁵¹ BGE 122 I 328 E. 4e) S. 335–336. Ähnlich neuerdings auch BGE 144 V 84 E. 6.2.1 S. 89.

⁶⁵² BGE 122 I 328 E. 4e) S. 335–336. Ferner statt vieler Bundesgericht 1C_613/2015 vom 10. August 2016 E. 5; Bundesverwaltungsgericht A-3396/2017 vom 8. Januar 2018 E. 5. Ebenfalls kritisch zum behaupteten Vorrang des öffentlichen Interesses vor dem privaten Interesse WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 3065; GÄCHTER, S. 170; KNAPP, n. 1533–1537. Zustimmend MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 61.

partei) andererseits. Ein allfälliger Konsens zwischen den am Vertrag beteiligten (privaten und öffentlich-rechtlichen) Parteien stärkt die Position des betroffenen Privaten insofern, weil damit ein Indiz vorliegt, dass dessen Erwartung erkannt und durch die staatliche Vertragspartnerin anerkannt wurde. Ein erkennbarer Dissens hinsichtlich des Inhalts des betreffenden Vertrags schwächt die Position des Privaten tendenziell. Der Gegenpol, das gegensätzliche öffentliche Interesse an der Durchsetzung des neuen Rechts, wird in diesem Szenario durch Bestimmung des «objektiven gesetzlichen Willens», dieses Mal ausserhalb der am verwaltungsrechtlichen Vertrag beteiligten Parteien, bestimmt.

Beispielhaft kann wiederum der Fall des *baselländischen Spitalgesetzes* genannt werden, in welchem das kantonale Parlament mittels einer Gesetzesänderung die vertraglichen Vereinbarungen über die Abgeltung von privatärztlichen Tätigkeiten zwischen den Ärztinnen und Ärzten und dem Kantonsspital (eine Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit) unvermittelt durch eine gesetzliche Regelung ersetzen wollte.⁶⁵³ Die Auslegung der massgeblichen Verträge entscheidet in einem solchen Fall nicht über die Lösung des Konflikts; ob die Verträge aufzuheben sind oder nicht, ergibt sich nicht aus dem *Parteiwillen*, sondern aus einer Gegenüberstellung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Rechtsanwendung und dem privaten Vertrauensschutzinteresse an der Beibehaltung der Verträge.

Auch in Fällen, wo die staatliche Vertragspartnerin und die Urheberin des neuen Rechts identisch sind, wie dies im Fall *Gebrüder Hoffmann AG* der Fall war,⁶⁵⁴ dient die Auslegung nicht direkt der Lösungsfindung, sondern der Gewichtung des privaten Vertrauensschutzinteresses: Die Einwohnergemeinde Thun hatte dem Unternehmen eine Erschliessung zum Gebührentarif «gemäss Bauordnung» zugesichert. In der Folge wurde die städtische Bauordnung so geändert, dass die massgeblichen Kanalisationsanschlussgebühren erhöht wurden. Die Einwohnergemeinde Thun stellte sich auf den Standpunkt, im Vertrag sei der «jeweils geltende» Gebührentarif massgeblich, die *Gebrüder Hoffmann AG* wollte hingegen den vorteilhafteren Tarif zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses angewendet haben.

c) Fazit: Auslegung als wichtiger Schritt, aber nicht als Endpunkt

Die Bedeutung der Auslegung ist für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag im Vergleich zum privatrechtlichen Vertrag deshalb zu einem gewissen Anteil zu relativieren, weil Inhalt und Modalitäten der Einführung des neuen Rechts sich weder nach dem gemeinsamen Parteiwillen noch nach dem Willen

⁶⁵³ Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009.

⁶⁵⁴ BGE 103 Ia 505.

der staatlichen Vertragspartei richten, sondern nach den vom jeweiligen Gesetz- oder Verordnungsgeber bestimmten Rahmenbedingungen, abgewogen gegen das gegenläufige private Interesse. Die Auslegung liefert wertvolle Hinweise auf das Verständnis und die Absichten der Parteien und damit auch auf die Gewichtung der öffentlichen und privaten Interessen, sie stellt aber nicht den Endpunkt des Prozesses der Lösungsfindung dar.

II. Umfang in zeitlicher Hinsicht

1. Zeitlich umrissenes Vertrauensschutzinteresse als Eigenschaft des Vertrags

In ihrer umfangreichen Abhandlung zum Vertrauensschutz weist WEBER-DÜRLER darauf hin, dass der Frage nach der Einwirkung veränderten Rechts auf eine bestehende Vertrauensgrundlage die Frage nach der Geltungsdauer dieser Vertrauensgrundlage vorauszugehen hat.⁶⁵⁵ Hintergrund dafür ist die Feststellung, dass die Behörde das Vertrauen für die Zukunft zerstören kann, womit sich der Private nicht mehr länger darauf berufen kann.⁶⁵⁶

Im Zusammenhang mit dieser Feststellung kann für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag Folgendes geschlossen werden: Die Funktion des Vertrags besteht darin, über eine festgesetzte Dauer eine verbindliche Regelung gegenseitiger Rechte und Pflichten zu definieren.⁶⁵⁷ Die Rechtsordnung schreibt ihm damit als Grundprinzip nur während seiner Dauer Rechtswirkungen zu. Die Geltungsdauer des Vertrags ist zum Vorneherein erkennbar begrenzt sowie oftmals auch vordefiniert. Erkennbar begrenzt deswegen, weil die Geltungsdauer eines jeden Vertrags explizit bestimmt (befristete Verträge) oder zumindest mit Kündigungsfristen bestimmbar sein sollte (unbefristete Verträge).⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 161.

⁶⁵⁶ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 132–133, S. 162. Diese Feststellung wirft folgende zwei Themenkreise auf: Erstens die Grenzen der Zulässigkeit von Vorbehalten im Vertrag. Oftmals werden in verwaltungsrechtlichen Verträgen umfassende Vorbehalte zugunsten des bestehenden und zukünftigen Gesetzes angebracht, die im Endeffekt das Vertrauensinteresse gänzlich aushöhlen dürften. Es ist zu vermuten, dass die Effektivität des Vertrauensschutzes verlangt, dass der Wirksamkeit solcher Vorbehalte klare Grenzen gesetzt werden. Diese werden im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht weiter thematisiert. Siehe dazu bereits *supra* S. 12 f. Zweitens scheint hier die Frage durch, inwiefern das öffentliche Interesse das Vertrauensschutzinteresse gewissermassen «von innen her» begrenzen kann, sodass es gar nicht erst dasselbe Gewicht erhält, oder ob es «von aussen her» zu einer Beschränkung des Vertrauensschutzinteresses durch das öffentliche Interesse kommt. Siehe dazu sogleich *infra* S. 150 ff.

⁶⁵⁷ Siehe zu den Funktionen des Vertrags *supra* S. 9 f.

⁶⁵⁸ Auch Dauerverträge ohne Kündigungsmöglichkeit sind gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts kündbar: siehe dazu *infra* S. 182 f.

Aus demselben Grund wird bei Verträgen auch der Moment, in dem das Vertrauensschutzinteresse untergeht, in der Regel bereits bestimmt oder bestimmbar sein und in der Regel mit der Kündigung resp. dem Vertragsende zusammenfallen. Das Ende des Vertrags wird in den meisten Fällen den Untergang des Vertrauensschutzinteresses mit sich bringen. Kündigt die Verwaltungsbehörde einen unbefristeten heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag, wird sich die private Vertragspartnerin im Normalfall nicht mehr über den Zeitpunkt des Vertragsendes hinaus auf ein Vertrauensschutzinteresse berufen können. Mit der formellen Kündigung des Vertrags liegt die Identifikation des vertrauenszerstörenden Moments auf der Hand.

2. *Mögliche Diskrepanz zwischen Vertragstext und Vertrauensschutzinteresse*

Dabei ist folgender Einwand genauer anzuschauen: In der Praxis wird es oftmals nicht derart klar sein, dass die schützenswerten Erwartungen im Zeitpunkt der Beurteilung sich mit dem (schriftlichen) Vertrag decken. Denkbar ist, dass während der Laufzeit eines befristeten Vertrags die Behörde im Kontakt oder in Verhandlungen mit dem privaten Vertragspartner die Hoffnung weckt, der Vertrag werde erneuert werden, was dann dennoch nicht geschieht. Denkbar ist ferner auch, dass eine unklare Beendigungs- und Kündigungsbestimmung den Eindruck erweckt, von der Verlängerung des Vertrags könne ausgegangen werden, was dann aber dennoch nicht geschieht. Dies dürfte die Identifikation des genauen Moments der Beendigung der Vertrauensgrundlage in der Praxis erschweren. Es wird namentlich eine Frage der Beweiserhebung resp. der Auslegung bilden, ob die Erwartung des privaten Vertragspartners hinsichtlich der Verlängerung des Vertrags als berechtigt und damit unter dem Gesichtspunkt von Art. 9 BV als schützenswert gilt.⁶⁵⁹

Dass es auch in einer Vertragssituation im Einzelfall Schwierigkeiten praktischer Art geben kann, den Akt und den Zeitpunkt der Vertrauenszerstörung resp. des Vertrauensendes zu bestimmen, ändert jedoch nichts daran, dass das Vertragsende resp. der Kündigungszeitpunkt dafür sachlich sinnvolle Anknüpfungs-

⁶⁵⁹ Im Zusammenhang mit der Entschädigung aus der Enteignung einer Konzession zeigte sich das Bundesgericht im Urteil 1E. 11/2003 vom 22. April 2004 E. 5.3 jedoch sehr restriktiv hinsichtlich der Erwartung auf Verlängerung des Vertrags: «In diesem Zusammenhang darf auch daran erinnert werden, dass für enteignungsbedingte Eingriffe in vertragliche Rechte Entschädigung nur bei vorzeitiger Vertragsauflösung oder bei Beeinträchtigung des vertragsgemässen Gebrauchs der Sache bis zum Vertragsablauf oder zum nächsten Kündigungstermin geleistet werden muss. Die Aussicht auf Vertragsverlängerung hat – selbst wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit einer solchen gerechnet werden darf – bei der Entschädigungsbemessung ausser Acht zu bleiben.»

punkte bieten. Einzelne Äusserungen in dieser Hinsicht lassen sich auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen.⁶⁶⁰ Für die Lösung eines konkreten Konflikts zwischen öffentlichem Interesse und privatem Vertrauensinteresse kann damit auch bereits Folgendes abgeleitet werden: Es liegt in der Natur des Vertrags als Handlungsform, dass dieser Auskunft gibt über die Dauer der Vertrauensgrundlage. Eine Lösung, die nicht an die formellen vertraglichen Gestaltungsrechte oder die Vertragsdauer anknüpft, ist damit zwar nicht ausgeschlossen. Namentlich wird es auf die Art und Intensität des massgeblichen öffentlichen Interesses ankommen, wie rasch dieses umgesetzt werden muss. Jedoch ist es Sache der Behörde, im Einzelfall die Abweichung von den vertraglichen Befugnissen zu begründen: Hält der Vertrag Lösungen bereit, die die im Konfliktfall gesuchten Funktionen erfüllen – nämlich die Beendigung des Vertrauens und damit die Aufhebung der Vertrauensgrundlage –, hat das vertragsschliessende Gemeinwesen zu begründen, warum eine Einwirkung ausserhalb dieser vertraglichen Mittel stattfinden muss und inwiefern die Einhaltung der Kündigungsfrist die Durchsetzung des massgeblichen öffentlichen Interesses verunmöglicht. Damit werden zumindest hinsichtlich der Dringlichkeit sowie der Art des verfolgten Interesses in einem solchen Fall erhöhte Begründungsanforderungen an eine einseitige vertragliche Einwirkung der Behörde gestellt.

III. Exkurs: Wie wird das private Vertrauensschutzinteresse durch das gegenläufige öffentliche Interesse begrenzt?

1. Formung des Vertrauensschutzinteresses durch den Staat und Beschränkung durch das öffentliche Interesse

Wird behauptet, dass sich der Umfang des privaten Vertrauensschutzinteresses aus der Auslegung des verwaltungsrechtlichen Vertrags ableiten lässt, so fällt auf, dass damit Bezug genommen wird auf eine Vertrauensgrundlage, die massgeblich von der staatlichen Vertragspartei geprägt wird. Indem die staatliche Vertragspartei die Ausformulierung der Vertragsbestimmungen und die Ausgestaltung gewisser Vertragsmodalitäten wie etwa die Umschreibung der Pflichten des Privaten oder die Dauer des Vertrags prägt, prägt sie die Vertrauensgrundlage. Letztere wiederum steckt das Terrain des privaten Vertrauensschutzinteresses ab. Gleichzeitig wurde im Zusammenhang mit dem Mechanismus der Grundrechts-

⁶⁶⁰ Siehe dazu die bereits *supra* erwähnten Urteile 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2 sowie BGE 134 I 23 E. 7.6.1 S. 40, wo in beiden Fällen auf die Kündigungsfrist abgestellt wird.

anwendung weiter oben festgehalten, dass das private Vertrauensschutzinteresse lediglich durch das öffentliche Interesse beschränkt wird.⁶⁶¹ Damit fliesst das vom Staat vertretene Interesse gewissermassen zweifach in die Grundrechtsanwendung ein. Wie erfolgt nun in grundrechtlicher Hinsicht die Beschränkung des privaten Vertrauensschutzinteresses durch das überwiegende öffentliche Interesse: Tritt das öffentliche Interesse von aussen hinzu, kann also gewissermassen von einem «Eingriff in den Schutzbereich» gesprochen werden?⁶⁶² Oder hat das öffentliche Interesse zur Folge, dass das private Vertrauensschutzinteresse von innen her geschmälert, d.h. konturiert und «konkretisiert», nicht aber durch einen Eingriff beschränkt wird?⁶⁶³

2. Relevanz der Frage

Die Frage, wie das öffentliche Interesse auf das private Vertrauensschutzinteresse wirkt, zeigt Auswirkungen hinsichtlich der Bestimmung des Entschädigungsumfangs. Der Vertrauensschutz verlangt, dass der Private in seinem berechtigten Vertrauen geschützt wird; die Rechtsfolge aus Vertrauensschutz, insbesondere die Entschädigung, soll dem Umfang nach dem privaten Vertrauensschutzinteresse entsprechen.⁶⁶⁴ Die Entschädigung aus Vertrauensschutz wird geringer ausfallen, wenn man annimmt, das öffentliche Interesse konkretisiere das private Vertrauensschutzinteresse von innen, als wenn dieses von aussen das Vertrauensschutzinteresse beschränkt.

⁶⁶¹ Siehe dazu *supra* S. 128 f.

⁶⁶² Die Terminologie im Zusammenhang mit der Verkürzung von Ansprüchen aus Grundrechten variiert je nach Autor, betroffenem Grundrecht und Charakter der Beeinträchtigung (gerechtfertigt oder ungerechtfertigt) stark. Vorliegend wird als Überbegriff der Begriff der *Beschränkung*, resp. des *Eingriffs*, verwendet; siehe dazu diesbezüglich TSCHANNEN, § 7 n. 84, der damit die «staatliche Verkürzung von grundrechtlich vermittelten Ansprüchen» bezeichnet. BELSER/WALDMANN/MOLINARI, S. 133–134, unterscheiden je nach Art des Grundrechts zwischen «Eingriffen», «Einschränkungen», «konkretisierenden Einschränkungen» und solchen Grundrechten, deren Anwendungsbereich lediglich «berührt» wird. In derselben Weise unterscheiden diese Autoren zwischen Grundrechten, die einen «Schutzbereich» aufweisen, und solchen, bei denen von «Anwendungsbereich» gesprochen wird.

⁶⁶³ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 112, spricht die Frage an, ob das öffentliche Interesse von innen oder von aussen begrenzend wirkt, ohne jedoch dazu Stellung zu nehmen. Konkretisierung des Vertrauensschutzinteresses des Privaten durch die Voraussetzungen von Art. 36 BV bei DUBEY, *Droits fondamentaux*, Bd. II, n. 3574.

⁶⁶⁴ Der Private soll aus seinem Vertrauen keinen Nachteil erleiden; siehe dazu *supra* S. 131 f.

3. Grundrechtsbeschränkung im Allgemeinen

In Lehre und Rechtsprechung herrscht zur Grundrechtsbeschränkung allgemein keine Einigkeit;⁶⁶⁵ die konzeptionelle Bewältigung des Verhältnisses zwischen Schutzbereich und Beschränkung⁶⁶⁶ wird erschwert durch die strukturelle Verschiedenheit der Grundrechte und die Heterogenität der möglichen staatlichen Einwirkungen.⁶⁶⁷ Die Frage, ob ein Grundrecht durch eine staatliche Handlung «beschränkt» oder im Gegenteil «konkretisiert» wird, hat in zwei unterschiedliche Theorien gemündet: die «Schranken-» und die «Konkretisierungstheorie».⁶⁶⁸ Die Grenze verläuft aber unscharf; auch die (wohl mehrheitlichen) Vertreterinnen und Vertreter der Schrankentheorie räumen ein, dass nicht jede staatliche Einwirkung auf den Schutzbereich einen eigentlichen Eingriff resp. eine Beschränkung darstellt;⁶⁶⁹ ferner ist man sich einig, dass das, was nach erfolgter gerechtfertigter Grundrechtsbeschränkung übrig bleibt, den «effektiven Garantiebereich» bildet.⁶⁷⁰

4. Grundrechtsbeschränkung beim Vertrauensschutz

Zum Beschränkungsmechanismus beim Vertrauensschutz geben sich Lehre und Rechtsprechung wortkarg. DUBEY und TSCHANNEN sprechen beide davon, dass das Grundrecht auf Vertrauensschutz nicht beschränkt, sondern nur «gewahrt oder verletzt» werden kann. Diese Konzeption subsumiert den dritten Sachverhalt oben, das Gewähren von Rechtsfolgen bei überwiegendem öffentlichem Interesse, unter die Hypothese der *Grundrechtswahrung*: Das Grundrecht wird nicht nur gewahrt, wenn Bestandesschutz die Folge ist, sondern *wenn in irgendeiner Weise dem privaten Vertrauensschutzinteresse Rechtsfolgen zugeteilt werden*. Damit bleibt kein Raum für eine (gerechtfertigte) Grundrechtsbeschränkung in einem solchen Fall. Ob es diese Grundrechtsbeschränkung nebst der Wahrung und der Verletzung für den Vertrauensschutz gibt, ist letzt-

⁶⁶⁵ TSCHANNEN, § 7 n. 84.

⁶⁶⁶ Vgl. zum Ganzen SCHEFER, S. 15–25. Ferner auch BELSER/WALDMANN/MOLINARI, S. 133.

⁶⁶⁷ Zu den «faktischen» oder «mittelbaren» Grundrechtseingriffen TSCHANNEN, § 7 n. 88–90; ferner zu den verschiedenen «nicht-imperativen Grundrechtsbeeinträchtigungen» WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 145–148.

⁶⁶⁸ Für eine Zusammenfassung WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 9–11; WALDMANN, Recht auf Eigentum, S. 657.

⁶⁶⁹ Als Beispiel Bundesgericht 2C_897/2012 vom 14. Februar 2013 E. 4.3.

⁶⁷⁰ WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 132; DUBEY, Droits fondamentaux, Bd. II, n. 407: «valeur réelle» als Endresultat der Grundrechtsbeschränkung. Das Fazit von WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n. 11, lautet schliesslich, dass es sich bei der Diskussion um eine rein theoretische handelt und dass die Unterscheidung letztlich «überflüssig» ausfällt.

lich zumindest im vorliegenden Zusammenhang ohne praktische Relevanz; dies aufgrund der Tatsache, dass die Entschädigung eben gerade nicht davon abhängt, dass eine Grundrechtsverletzung⁶⁷¹ stattgefunden hat.⁶⁷² Die bereits erwähnte terminologische Unschärfe und Heterogenität erschwert den Vergleich zwischen verschiedenen Meinungen zusätzlich.

In der hier vertretenen Ansicht wirkt der Staat in zweierlei Hinsicht auf das private Vertrauensschutzinteresse ein. Einerseits formt und konkretisiert er von innen her die Vertrauensgrundlage und damit das private Vertrauensschutzinteresse: Eine Behörde gibt eine Auskunft, in der sie dem Bürger für einen explizit benannten Zeitraum eine spezifische Aktivität erlaubt, so etwa die Benutzung des öffentlichen Grundes für eine Demonstration; das Vertrauen des Bürgers bezieht sich damit nur allerhöchstens auf die spezifische Aktivität und den genannten Zeitraum. Andererseits beschränkt das öffentliche Interesse in der Interessenabwägung zwischen Vertrauensschutzinteresse und richtiger Rechtsanwendung «von aussen» das Vertrauensschutzinteresse.⁶⁷³ Nach Erteilung der Bewilligung für die Demonstration erfährt dieselbe Behörde von den zuständigen Stellen, dass Polizei und Geheimdienst von einem hohen Terrorismusrisiko im Zusammenhang mit dem bewilligten Anlass ausgehen, was einen Widerruf der Bewilligung notwendig macht. Das öffentliche Interesse an der Wahrung der Sicherheit beschränkt das geschaffene Vertrauensschutzinteresse von aussen. Ist daher das Gewicht des privaten Vertrauensschutzinteresses zu eruieren, gilt dafür das private Vertrauensschutzinteresse im Moment der Interessenabwägung, jedoch bevor es vom öffentlichen Interesse eingeschränkt wird. Wie zu zeigen sein wird, richtet sich der Anspruch der privaten Vertragspartnerin im Normalfall auf das positive Interesse an der vollständigen Erfüllung des Subventionsvertrags oder des Infrastrukturprojekts;⁶⁷⁴ das Vertrauen der Ärzteschaft, die am Kantonsspital privatärztliche Tätigkeiten ausübt, richtet sich darauf, dass die Verträge über diese privatärztliche Tätigkeit zumindest im Umfang der Kündigungsfrist eingehalten werden.⁶⁷⁵

⁶⁷¹ Als Grundrechtsverletzung wird der «unzulässige[] Eingriff in den Schutzbereich» verstanden, d.h. ein Eingriff, der die Beschränkungsvoraussetzungen nicht erfüllt; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, S. 132 (Hervorhebung im Original). Ferner auch TSCHANNEN, § 7 n. 91.

⁶⁷² DUBEY, Droits fondamentaux, Bd. II, n. 3571; TSCHANNEN, § 7 n. 95.

⁶⁷³ In der Terminologie von RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 46–48, handelt es sich beim Vertrauensschutz resp. genauer gesagt bei dem privaten Vertrauensschutzinteresse wohl um eine Grundrechtsnorm, die einen typisierten Sachverhalt zur Voraussetzung hat. «Tatbestand ist also nicht nur eine persönliche Eigenschaft oder Zugehörigkeit wie das Menschsein oder ein bürgerrechtlicher Status, sondern eine spezifische Situation» (S. 47). Tritt die Situation ein, ist die Rechtsfolge geboten.

⁶⁷⁴ Zum positiven Interesse siehe *infra* S. 177 ff.

⁶⁷⁵ Bundesgericht 1C_168/2008 vom 21. April 2009 E. 5.2.

Die Formung des Vertrauens durch die Behörde im Zeitpunkt, in dem die Vertrauensgrundlage entsteht, und die Beschränkung dieses Vertrauens von außen durch das öffentliche Interesse im Zeitpunkt der Interessenabwägung führen zu vereinzelt Abgrenzungsschwierigkeiten, auf die sogleich noch einzugehen sein wird.⁶⁷⁶

IV. Umfang in persönlicher Hinsicht

Aus rein vertraglicher Perspektive mag es unsinnig erscheinen, die Frage nach dem persönlichen Umfang des privaten Vertrauensschutzinteresses zu stellen: An die vertraglichen Pflichten gebunden und durch den Vertrag berechtigt ist die eigentliche Vertragspartei. *Per definitionem* sind Dritte von den Wirkungen des Vertrags weitgehend ausgeschlossen.⁶⁷⁷ Im Zusammenhang mit dem heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag und dem Vertrauensschutz sind in dieser Hinsicht aber zwei spezifische Abgrenzungsschwierigkeiten auszumachen. Erstens geht es dabei um die Beurteilung der Auswirkungen des Handelns von Drittbehörden auf die private Vertragspartei (dazu sogleich *infra* 1.), zweitens um die Aufteilung zwischen den verschiedenen staatlichen Organen, namentlich die Frage, wie Akte der Legislative sich auf den durch die Exekutive geschlossenen verwaltungsrechtlichen Vertrag auswirken (dazu *infra* 2.).

1. *Bindung nur desjenigen Gemeinwesens, das am Vertrag beteiligt ist (inter partes)?*

Im Normalfall kann der private Vertragspartner einen eigentlichen vertraglichen Erfüllungsanspruch nur gegenüber der vertragsschliessenden Behörde⁶⁷⁸ geltend machen. Nur sie ist vertraglich verpflichtet. Wir haben jedoch gesehen, dass das anwendbare öffentliche Vertragsrecht sich im Endeffekt nicht unter das Schutzniveau des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes begeben kann.⁶⁷⁹ Strukturell ist es gerade kein absolutes Erfordernis des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes, dass das Vertrauen von derselben Behörde ge-

⁶⁷⁶ Siehe dazu sogleich im Text.

⁶⁷⁷ Auch wenn an den Rändern des Vertrags verschiedenste vertragsdogmatische Fragen im Zusammenhang mit Drittpersonen diskutiert werden; zu denken ist etwa an das aus dem deutschen Recht stammende Konstrukt des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, das einen Anwendungsfall der privatrechtlichen Vertrauenshaftung darstellt, siehe dazu u.a. BGE 130 III 345 (Schutzwirkung verneint); zum Ganzen WERRO, *Responsabilité civile*, n. 373–378.

⁶⁷⁸ Resp. gegenüber derjenigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, der die vertragschliessende Behörde angehört.

⁶⁷⁹ Denkbar wäre dies jedoch m.E. im Zusammenhang mit dem Grundrechtsverzicht, der vorliegend jedoch nicht behandelt wird. Siehe zum Ausschluss *supra* S. 12 f.

weckt und enttäuscht wurde: «Die Vertrauensgrundlage wird dem Staat als solchem zugerechnet, der sich dem Gebot des Vertrauensschutzes nicht durch den Hinweis auf die Beteiligung verschiedener Behörden entziehen kann.»⁶⁸⁰ Wo einmal eine Vertrauensgrundlage besteht, kann potenziell auch ein Akt eines anderen Gemeinwesens zu einer unter Art. 9 BV relevanten Vertrauensenttäuschung führen. Als Illustration dafür kann wiederum auf den Fall der falschen Rechtsmittelbelehrung verwiesen werden.⁶⁸¹ Würde der Vertrauensschutz in seinen Wirkungen streng *inter partes* beschränkt, könnte die Komplexität der modernen Staatsorganisation leicht zu einer gänzlichen Aushöhlung des Vertrauensschutzes führen.⁶⁸²

Dies bedeutet, dass der grundrechtliche Vertrauensschutz je nachdem dazu führen kann, dass dem privaten Vertragspartner Ansprüche gegen die am Vertrag beteiligte staatliche Behörde zukommen, die nicht auf das Verhalten ebendieser öffentlichen Vertragspartnerin zurückzuführen sind. Massgeblich für die vertrauensschutzrechtliche Erfassung des Sachverhalts ist erstens das eigentliche Vertrauensschutzinteresse, das dem Privaten aus dem abgeschlossenen verwaltungsrechtlichen Vertrag zusteht,⁶⁸³ zweitens dessen Enttäuschung und drittens ein daraus wiederum resultierender Nachteil. Die Komplexität der heutigen Staatsorganisation – und damit verbunden die teilweise subtile Abgrenzung behördlicher Zuständigkeiten⁶⁸⁴ – wird in vielen Fällen nicht dem privaten Vertragspartner aufgebürdet werden können. Es wird nicht möglich sein, bereits aufgrund der formellen Tatsache, dass die Drittbehörde nicht Vertragspartnerin

⁶⁸⁰ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 104–106, hier S. 106 (Hervorhebung im Original). Ferner KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 147: Der Bürger darf in solchen Fällen «in guten Treuen von der Einheit der Staatsgewalt [ausgehen]»; im Zusammenhang mit der Bindung der verschiedenen Organe innerhalb eines Gemeinwesens auch CHIARIELLO, S.144. Anders aber scheinbar RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 118.

⁶⁸¹ Statt vieler Bundesgericht 1C_384/2018 vom 16. Oktober 2018 E. 1.3.1–1.3.2; BGE 134 I 199 E. 1.3.1 S. 202. Ein anders gelagerter Fall lag dem Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000, in: ZBl 102/2001 S. 368–378, zugrunde, wo die Entgeltlichkeit einer von der *Gemeinde* erteilten Sondernutzungskonzession wegen einer Änderung eines *Bundesgesetzes* dahinfiel. Geltend gemacht wurde der Vertrauensschutz i.c. jedoch von der Gemeinde, womit sich der Sachverhalt nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Situation übertragen lässt.

⁶⁸² WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 105–106.

⁶⁸³ Siehe zur Gewichtung des privaten Vertrauensschutzinteresses auch bereits *supra* S. 126 f.

⁶⁸⁴ Siehe zur schwierigen Abgrenzung der «Verwaltung» und der «Verwaltungsaufgaben» von Legislative und Judikative und deren Tätigkeitsbereiche sowie zur Existenz verschiedenster Durchbrechungen der Gewaltenteilung THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 22–26.

ist, jegliche vertraglichen Vertrauensschutzansprüche aus der Drittbehörde zugerechneten Handlungen *ex ante* auszuschliessen.

Dennoch sind durchaus Randsituationen denkbar, in denen eine im Umgang mit dem Staat versierte private Vertragspartnerin die Behördenzuständigkeiten sehr gut kennt und damit von Anfang an wissen konnte (und dies in die Erbringung ihrer eigenen Leistungen einberechnen konnte), dass eine übergeordnete Behörde aufgrund ihrer Zuständigkeiten durchaus noch einschränkende Handlungen vornehmen durfte. Das Wissen und die Situation des Privaten im Einzelfall (zu bestimmen im Rahmen der subjektiven Vertragsauslegung) kann mithin dazu führen, dass gewisse Abstriche am Umfang seines Vertrauens in persönlicher Hinsicht vorzunehmen sind.⁶⁸⁵

Freilich noch nicht abschliessend beantwortet ist damit die Frage, ob nebst der staatlichen Vertragspartnerin im Fall der Geltendmachung von Vertrauensschutzansprüchen auch der entsprechenden Drittbehörde Passivlegitimation zukommt. Werden im Klageverfahren Ansprüche geltend gemacht, so ist die Passivlegitimation der Drittbehörde im Normalfall wohl zu verneinen.

2. *Beschränkung auf Akte der Exekutive, unter Ausnahme von Akten der Legislative?*

Es erschiene tatsächlich als elegant, die verwaltungsvertragliche Bindung des Staats nur auf dessen Exekutivfunktion zu beschränken, oder präziser, die regulatorische staatliche Tätigkeit gänzlich von der Vertragsbindung auszunehmen. Im Gegensatz zur soeben diskutierten Thematik würde nicht auf die juristische Person abgestellt, die Urheberin des relevanten Eingriffs ist, sondern auf das Organ innerhalb derselben juristischen Person des öffentlichen Rechts. Damit wäre Handeln der Legislative von der vertraglichen Erwartung des Privaten grundsätzlich nicht erfasst. Dies hätte zur Folge, dass der Grossteil des gesetzgeberischen Handelns durch den Privaten entschädigungslos hinzunehmen wäre, ungeachtet seiner Auswirkungen auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag. Führt man sich vor Augen, dass dem Einzelnen kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal gegebenen Rechtsordnung zusteht⁶⁸⁶ resp. dass die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers grundsätzlich gewahrt bleiben muss, hätte diese Lösung den Vorteil einer gewissen Klarheit.

⁶⁸⁵ Vgl. dazu WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 94–96, mit der Feststellung, man komme um eine Differenzierung nach Berufsgruppen nicht herum. Massgeblich ist dafür der gute Glaube des Bürgers (siehe ebenfalls WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 110–111): Was konnte von ihm an Kenntnissen erwartet werden? Siehe dazu überdies sogleich *infra* S. 157 ff.

⁶⁸⁶ Siehe dazu *supra* S. 84 ff.

Aufgrund der bereits erwähnten Bindung des Gesetzgebers an die Vorgaben des Vertrauensschutzes⁶⁸⁷ und in Anbetracht der obigen Ausführungen muss klar werden, dass ein solch formalistischer Ansatz sich mit Art. 9 BV nicht vereinigen liesse.⁶⁸⁸ Folgende Überlegungen illustrieren dies: Nebst der Tatsache, dass eine dogmatisch präzise Trennung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung kein leichtes Unterfangen ist,⁶⁸⁹ erscheint es aus der Optik des betroffenen Privaten bisweilen zufällig, ob sich eine Einschränkung seiner vertraglichen Position bemerkbar macht in der Form einer direkten Einwirkung (Verfügung oder schlichte Willensäußerung), einer neu erlassenen Verordnungsbestimmung oder einer direkten vertraglichen Einwirkung basierend auf einer generell-abstrakten Norm.⁶⁹⁰ Geht es darum, Nachteile aus schützenswertem Vertrauen in staatliche Äusserungen in einer immer komplexeren Gesellschaft und Staatsorganisation abzufedern, so darf nicht auf ein rein formelles Kriterium (Urheber des einschränkenden Akts) abgestellt werden, um Vertrauen und damit Vertrauensschutzansprüche *per se* auszuschliessen.

V. Umfang in sachlicher Hinsicht

In sachlicher Hinsicht ist in Erfahrung zu bringen, worauf sich der Vertrag in der Sache bezieht. In welcher Rolle tritt der Private in ein Vertragsverhältnis mit dem Staat? Wie sieht die vertragliche Risikoverteilung aus? Welcher Vertragspartei kommen welche Pflichten zu? Handelt es sich bei den Pflichten der Parteien um eigentliche Erfolgspflichten oder reine Sorgfaltspflichten? Was sichert der Staat dem Privaten zu?

⁶⁸⁷ Siehe dazu *supra* S. 124 f.

⁶⁸⁸ So auch CHIARIELLO, S. 144: «Orientierungssicherheit und Planungsmöglichkeit sind durch den Vertrauensschutz nur dann zu verwirklichen, wenn der Staat als juristische Person gegenüber dem Bürger für das berechtigtes Vertrauen erweckende Verhalten seiner Behörden in seinem gesamten Handlungsbereich – dem ausführenden, dem rechtsprechenden und dem rechtsetzenden – einsteht.» A.M. aber PIREK, n. 829–830.

⁶⁸⁹ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 182.

⁶⁹⁰ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 284: «Wenn sich das alte Gesetz in einer Verfügung manifestiert hat, erfordert eine Gesetzesänderung häufig (ausdrücklich oder stillschweigend) deren Anpassung. Der Widerruf der Verfügung darf nicht ohne Rücksicht auf das private Vertrauen erfolgen, untersteht also dem Vertrauensprinzip. Oft hängt es nun von der zufälligen positivrechtlichen Ausgestaltung ab, ob ein Gesetz den Privaten direkt oder nur über das Zwischenglied der Verfügung anspricht [...]. Auch hier kann es keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der Gesetzgeber nur das Gesetzesvertrauen oder überdies das Vertrauen in die Verfügung missachtet.»

1. Vertragliche Erwartung richtet sich auf die Beibehaltung des vertraglichen Gleichgewichts

Die so gewonnene Topografie des Vertrags gibt Auskunft darüber, worauf sich das Vertrauensschutzinteresse der privaten Vertragspartnerin bezieht. Abstrakte Aussagen dazu sind äusserst schwierig angesichts der grossen Vielfalt an Vertragssituationen und der verschiedenen Rollen, in der der Private ein Vertragsverhältnis mit dem Staat eingehen kann. Das Vertrauensschutzinteresse wird sich bei einer rechtlich unkundigen Sozialhilfeempfängerin, die zur Vermeidung von Rechtsnachteilen einen Vertrag mit dem Sozialamt eingeht, andere Konturen aufweisen als das Vertrauensschutzinteresse eines grossen Unternehmens, das einen einmaligen, komplexen Auftrag für den Staat ausführt, aufgrund seines grossen technischen Know-hows ausgewählt wurde und dabei aufgrund des eigenen Monitorings des regulatorischen Umfelds weiss, welche Gesetzesänderungen möglicherweise zu erwarten sind und diese unter Umständen in die Berechnung des Preises der eigenen Leistung einfließen lässt.⁶⁹¹

Es ist aus vertraglicher Perspektive jedoch sicherlich davon auszugehen, dass sich die vertragliche Erwartung primär auf die Beibehaltung einer inhaltlichen Leistung resp. der wertmässigen Aufrechterhaltung des vertraglich austarierten Gleichgewichts richtet. In anderen Worten kann negativ formuliert werden, dass sich die Erwartung des privaten Vertragspartners darauf richtet, dass das vertragliche Gleichgewicht nicht aus den Angeln gehoben wird. Eine Gesetzesänderung dürfte damit unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzinteresses unterschiedlich zu behandeln sein, u.a. je nachdem, ob und wie stark sie in dieses vertragliche Gleichgewicht eingreift.

Das so umrissene Vertrauensschutzinteresse wird danach in der Interessenabwägung dem öffentlichen Interesse an der einseitigen staatlichen Einwirkung, an der sofortigen Durchsetzung des neuen Rechts gegenüberzustellen sein.

2. Randsituationen

Dabei sind etliche indirekte staatliche Beeinträchtigungen der Situation der privaten Vertragspartnerin denkbar, bei denen die in gleichem Masse schwierige und höchst relevante Frage zu thematisieren ist, wo die Grenze zwischen ent-

⁶⁹¹ Explizit berücksichtigt wurde die persönliche Situation des Betroffenen in der Bestimmung des privaten Vertrauensschutzinteresses im bereits erwähnten BGE 137 I 69 E. 2.5.2 S. 73, wo das Bundesgericht darauf hinweist, dass von einem Musikstudierenden nicht verlangt werden könne, die massgebliche Prüfungsverordnung zu konsultieren; die zu beachtende Sorgfaltspflicht richte sich nicht nach den Kenntnissen eines Juristen. Ferner zur Notwendigkeit der Differenzierung WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 94–96.

schädigungsbegründender (resp. rechtsfolgenbegründender) staatlicher Einwirkung und entschädigungslos zu tolerierender staatlicher regulatorischer Einwirkung verläuft. Kann es sein, dass die Einführung einer allgemeinen Steuer nur wegen der Existenz eines verwaltungsrechtlichen Vertrags für den privaten Vertragspartner zu Rechtsfolgen aus Vertrauensschutz führt? Wenn nein, wo verläuft die Grenze?

Weiter unten werden zwei Abgrenzungsfragen thematisiert, die zum sachlichen Umfang des Vertrauensschutzinteresses in Zusammenhang stehen. Die erste Abgrenzung sucht nach einem Kriterium zur Unterscheidung zwischen regulatorischer Einschränkung mit Rechtsfolgen aus Vertrauensschutz – «entschädigungsbegründende» Eingriffe –, und «entschädigungslos» hinzunehmenden regulatorischen Eingriffen.⁶⁹² Bei der zweiten Thematik geht es darum, ob ausnahmsweise bei einem überragenden öffentlichen Interesse oder besonders gelagerten Situationen davon ausgegangen werden kann, dass staatliche Eingriffe entschädigungslos hinzunehmen sind.⁶⁹³

Obwohl an anderer Stelle festgehalten wurde, dass der Grundsatz der Veränderlichkeit des Rechts ein zentrales Axiom der demokratischen Staatsform darstellt und im Kapitel zur materiellen Enteignung, dass die entschädigungslos hinzunehmende regulatorische Beschränkung den Normalfall darstellt, so ist es m.E. dennoch nicht möglich, für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag abstrakt und absolut die Haltung zu vertreten, die Beibehaltung der gegebenen Rechtslage könne im Normalfall nicht vom Vertrauensschutzinteresse erfasst werden. Dies wäre denn auch schwierig zu vereinen mit den bereits einleitend zum Kapitel über den Vertrauensschutz⁶⁹⁴ erwähnten Urteilen des Bundesgerichts, in denen aufgrund des Vertrauensschutzinteresses auf die Nichtanwendung des neuen Rechts erkannt wurde.⁶⁹⁵ Vielmehr ist in erster Linie

⁶⁹² Siehe dazu *infra* S. 163 ff.

⁶⁹³ Siehe dazu *infra* S. 170 ff.

⁶⁹⁴ Siehe dazu u.a. *supra* Fn. 560. Siehe ferner zur «normkorrigierenden Wirkung» bereits Fn. 382.

⁶⁹⁵ Vgl. exemplarisch die bereits genannten Urteile des Bundesgerichts 1C_168/2008 vom 21. April 2009 (*baselländisches Spitalgesetz*); 1P. 358/1994 und 1P. 172/1995 vom 20. September 1995, in: ZBl 98/1997 S. 272–279 (*bündnerische Dienstbarkeit*) sowie BGE 103 Ia 505 (*Gebrüder Hoffmann AG*). Man mag sich mit Fug fragen, weshalb die Thematik der Bindung des Gesetzgebers resp. die Frage danach, ob gewisse Arten von Änderungen im Vertrag vom privaten Vertrauensschutzinteresse erfasst sind oder nicht, bereits zum wiederholten Male in ähnlicher Form thematisiert wird. Zwar handelt es sich um Spielarten derselben Thematik, in der Konturierung des verfassungsrechtlichen Schutzes des privaten Vertragspartners kommt man aber m.E. nicht umhin, diese verschiedenen Spielarten (Bindung des Gesetzgebers, Exekutive vs. Legislative, Gemeinwesen, das für die veränderte Situation verantwortlich zeichnet) einzeln zu thematisieren, was unvermeidlich zu Wiederholungen führt.

darauf abzustellen, welche Erwartung sich aus der Vertragsauslegung ergibt. Dies wird nicht für jede Art von Gesetzesänderung in derselben Weise zu beantworten sein.

VI. Exkurs: Umfang des Vertrauensschutzinteresses und einseitige Einwirkungsrechte beim Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe

Im Kapitel zu den möglichen Grundlagen des staatlichen Privilegs wurde behauptet, aus dem Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe resultiere sicherlich ein Steuerungsbedürfnis des staatlichen Vertragspartners.⁶⁹⁶ Der Staat muss sicherstellen, dass die betreffende Aufgabe auch erfüllt wird, was sich aus der gesetzlich übertragenen Erfüllungspflicht ergibt.⁶⁹⁷ In derselben Weise wurde im Kapitel zu *pacta sunt servanda* festgestellt, dass bei Geschäftsbesorgungsverträgen die Interessenstruktur des Vertrags zu einer anders gelagerten Vertragstreue führt.⁶⁹⁸ Die Verbindung der beiden Feststellungen führte zur Behauptung, dass die Ausrichtung des Vertragsgegenstandes auf das Interesse des einen Vertragspartners (hier: der Behörde) zu gewissen einseitigen Einwirkungsrechten ebendieses Vertragspartners führen kann.⁶⁹⁹

Es fragt sich, was dieses vertragliche Steuerungsbedürfnis, und infolgedessen auch die Steuerungsbefugnis, mit dem Vertrauensschutzinteresse des privaten Vertragspartners macht. Bedeutet diese Steuerungsbefugnis, dass der Private gar nicht mit der vollständigen, unveränderten Vertragserfüllung beim Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe rechnen kann? Dass mithin sein privates Vertrauensschutzinteresse geschmälert wird und er bei einseitiger staatlicher Einwirkung Anspruch auf weniger weitreichende Rechtsfolgen hat, als dies in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag mit anderem Vertragsgegenstand der Fall wäre?

Vorab ist daran zu erinnern, dass zwischen der inhaltlichen *Fundierung* der einseitigen Einwirkungsrechte und den *Rechtsfolgen* der Einwirkung zugunsten des Privaten zu unterscheiden ist. Behauptet man, wie dies vorliegend der Fall ist, dass aus dem Vertragsgegenstand einseitige Einwirkungsrechte resultieren können, darf m.E. aus der Existenz solcher Rechte nicht geschlossen werden, die einseitige Einwirkung sei durch den Privaten auch entschädigungslos zu ertragen. Als Beispiel lässt sich das jederzeitige Rücktrittsrecht des Bestellers beim Werkvertrag nach Art. 377 OR anführen, das unter der Bedingung aus-

⁶⁹⁶ Siehe dazu *supra* S. 88 ff.

⁶⁹⁷ RÜTSCHKE, Öffentliche Aufgaben, S. 157.

⁶⁹⁸ Siehe dazu *supra* S. 58 f.

⁶⁹⁹ Siehe dazu *supra* S. 92 f.

geübt werden kann, dass der Unternehmer vollständig für die geleistete Arbeit zu vergüten und schadlos zu halten ist. Es fragt sich aber, ob der Private aus einer solchen «steuernden» Einwirkung deshalb keinen Anspruch auf Rechtsfolgen hat, oder nur Anspruch auf reduzierte Entschädigung, weil gar nicht mit entsprechender vertraglicher Stabilität gerechnet werden kann. Denkbar ist, dass eine Schmälerung des privaten Vertrauensschutzinteresses allenfalls in einem stark an einer wirtschaftlichen Logik orientierten Vertrag angenommen werden könnte. Konkret könnte dies angenommen werden, wenn der Private seine Preise resp. die Struktur seiner Leistungserbringung so berechnet hat, dass das Risiko der einseitigen staatlichen Einwirkung in die eigene Leistungserbringung einberechnet ist und sich diese damit auch mit einseitiger Einwirkung des Staats noch lohnt. Damit enthält die Berechnung des Entgelts, das der Private auf der Basis des verwaltungsrechtlichen Vertrags erhält, bereits eine gewisse «Risiko-prämie». Dafür sind aber die konkreten Umstände des jeweiligen Falles genau zu betrachten – insbesondere müssten die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen eine Preisberechnung in einer derartigen Logik überhaupt zulassen. Ferner müsste im Einzelfall auch das Ausmass der staatlichen Steuerung betrachtet werden, um zu evaluieren, ob diese in ihrem Ausmass vom Preismechanismus noch erfasst ist oder nicht. Allerdings birgt die Annahme, der so gelagerte Vertragsgegenstand könne zu einer Schmälerung des Vertrauensschutzinteresses führen, die Gefahr, dass damit die Sinnhaftigkeit des vertraglichen Handelns im öffentlichen Recht zu einem gewissen Grad ausgehöhlt wird. Ein reduziertes Vertrauensschutzinteresse dürfte sicherlich dann nicht vorschnell angenommen werden, wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen oder die konkrete Ausgestaltung des Vertrags zeigen, dass dem Privaten diese Ausgestaltung der eigenen Vertragserfüllung nicht möglich war.

Als Alternative wäre auch denkbar, dass das Vorliegen einer eigentlichen staatlichen Aufgabe, resp. einer staatlichen Aufgabe mit einem gewissen Gewicht, nicht zur *Schmälerung des privaten Vertrauensschutzinteresses* führt, sondern im Gegenteil dazu, dass ein *besonders gewichtiges öffentliches Interesse an der Veränderung* besteht.⁷⁰⁰ Damit wird sich das öffentliche Interesse zwar leichter gegenüber dem privaten Vertrauensschutzinteresse durchsetzen können, am Umfang des Vertrauensschutzinteresses – und damit an der potenziellen Entschädigung – ändert dies aber nichts.

⁷⁰⁰ Siehe jedoch zum nicht immer ganz offensichtlichen Verhältnis zwischen staatlicher Aufgabe und öffentlichem Interesse *supra* S. 89 ff.

D. Rechtsfolge oder keine Rechtsfolge? Die schwierigen Abgrenzungsfragen

Oben wurde argumentiert, dem privaten Vertragspartner komme im Normalfall ein privates Vertrauensschutzinteresse dahingehend zu, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag wie vereinbart erfüllt werde.⁷⁰¹ Gleichzeitig wurde aus verschiedenen Blickwinkeln bisher darauf hingewiesen, dass dem Einzelnen kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal gegebenen Rechtsordnung zusteht⁷⁰² und dass viele, wenn nicht sogar die meisten, regulatorischen Eingriffe durch den Privaten entschädigungslos (resp. in der Terminologie des Vertrauensschutzes: rechtsfolgenlos) hinzunehmen sind. Zwischen den beiden Positionen – der Bejahung des Vertrauensschutzinteresses einerseits, andererseits der Behauptung, gewisse indirekte, regulatorische Eingriffe seien unbeschadet davon entschädigungslos zu ertragen – besteht ein grosses Spannungsverhältnis, wenn nicht geradezu ein latenter Widerspruch. Dieses Spannungsverhältnis verstärkt sich insofern, als dass sich vorliegend nicht zwei sauber voneinander abgegrenzte Handlungsweisen gegenüberstehen. Das abstrakte Gesetz ist nicht immer von seiner Ausführung zu trennen; die beiden Erscheinungsformen können durch behördliches Handeln in vielfacher Weise miteinander verkoppelt und verbunden sein. Eine Behörde kann in einem direkten Eingriff einseitig den Vertrag abändern, indem sie die Pflichten der privaten Vertragspartnerin erhöht oder die finanzielle Gegenleistung senkt. Oder aber die Einwirkung kann die diskretere Form einer Verordnungsbestimmung einnehmen, welche zusätzliche Verhaltenspflichten für alle Betroffenen einführt oder eine Importbeschränkung für gewisse Substanzen erlässt. Diese Verordnungsbestimmung führt mittelbar dazu, dass die private Vertragspartnerin im verwaltungsrechtlichen Vertrag – der notabene in einem solchen Fall von der entsprechenden Verordnung weder direkt noch über den Umweg einer Einwirkung des staatlichen Vertragspartners in seinen Bestimmungen verändert wird – Beschränkungen erfährt und damit einen Schaden erleidet. In derselben Weise kann der Grund der staatlichen Einwirkung in einem eigentlichen gesetzlichen Verbot resp. einer Aufhebung des bestehenden heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags bestehen, oder aber es kann sein, dass die Einwirkung nicht auf eine veränderte Gesetzesnorm, sondern lediglich auf eine Praxisänderung der beteiligten Behörde zurückgeht, die diese Änderung damit begründet, dass sie im öffentlichen Interesse notwendig sei resp. dass nur mit der neuen Praxis das bestehende Gesetz korrekt angewendet werden kann.

⁷⁰¹ Siehe zur Bestimmung des privaten Vertrauensschutzinteresses im Detail *supra* S. 142 ff.

⁷⁰² Siehe dazu u.a. *supra* S. 84 ff., 95 ff.

Wie und anhand welcher möglicher Kriterien kann die Abgrenzung im Einzelfall gezogen werden? Dieser Frage widmet sich das Kapitel I. Ferner will die Rechtsprechung des Bundesgerichts gewisse Grundrechtsbeschränkungen, bezeichnet als «Polizeieingriffe», der betroffenen Person entschädigungslos auferlegen. Kann es also sein, dass bei stark überwiegenden und dringenden öffentlichen Interessen das private Vertrauensschutzinteresse des Privaten geradezu «erdrückt» wird und dieser deshalb leer ausgeht? Zu thematisieren ist dies nachfolgend im Kapitel II.

I. Zum Ersten: Kriterien der Intensität und der Lastengleichheit als Hilfestellung für die Abgrenzung bei regulatorischen Eingriffen?

Es gibt Situationen, in denen regulatorische Änderungen flächendeckend, d.h. nicht nur für den privaten Vertragspartner, sondern für einen grossen Teil der Gesellschaft, Auswirkungen zeitigen.⁷⁰³ Zu denken ist nebst der Einführung einer allgemeinen Steuer oder deren Erhöhung an die Verschärfung allgemeiner baupolizeilicher Vorschriften für Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten oder eine Änderung arbeitsrechtlicher Regeln, die zu einer Kostenerhöhung für Arbeitgeber führt. In solchen Fällen mag die Vorstellung regelrecht als stossende Ungleichbehandlung erscheinen, dass derjenige, der zufälligerweise über einen verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem Staat verfügt, die Erhöhung seiner Ausgaben und die damit verbundene sinkende Rentabilität durch Geltendmachung von Vertrauensschutzansprüchen quasi automatisch auf den Staat überwälzen können soll.

Wie lassen sich also entschädigungspflichtige regulatorische Eingriffe von entschädigungslos zu duldender Einwirkung unterscheiden?

1. Abgrenzungskriterien zur Bestimmung der materiellen Enteignung

Die Aufgabe, Kriterien zur Abgrenzung zwischen dem entschädigungslos zu tolerierenden und dem ausnahmsweise entschädigungsbegründenden regulatorischen Eingriff zu entwickeln, bezeichnet RIVA in seinem Gutachten als «weitgehend ungelöst.»⁷⁰⁴ Er fährt fort: «Um die Konsistenz des Entschädigungsrechts zu wahren, ist es nötig, an die bereitliegenden Lösungen der materiellen

⁷⁰³ Dies in Abgrenzung zu einer sektoriellen regulatorischen Änderung, die faktisch nur auf einige wenige Akteure oder sogar einen einzigen Monopolisten Anwendung findet. Dies ist etwa der Fall für Änderungen an den rechtlichen Rahmenbedingungen für den Betrieb des zentralen Registers an Domain-Namen der Endungen «.ch» oder «.swiss» in der relevanten sektoriellen Regulierung (FMG und VID), da dieses zentrale Register je von einer einzigen Organisation betrieben wird.

⁷⁰⁴ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 109–110.

Enteignung anzuknüpfen, aber offen zu bleiben für allfällige spezifische Anforderungen, die sich aus dem Vertrauensschutz ergeben.»⁷⁰⁵ Auch WEBER-DÜRLER befürwortet für die schwierige Interessenabwägung im Vertrauensschutz den Blick hin zu Lösungen, die im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie entwickelt wurden.⁷⁰⁶

Zur Abgrenzung zwischen entschädigungsbegründender materieller Enteignung und entschädigungsloser Beschränkung zählt das Recht der materiellen Enteignung – es wurde bereits erwähnt – auf folgende vier Elemente:

- Eingriffsintensität;
- Lastengleichheit;
- Zielrichtung des Eigentumseingriffs;
- Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes.⁷⁰⁷

Ferner sind folgende Parameter für die Lösung der Abgrenzung zwischen entschädigungsloser und entschädigungsbegründender regulatorischer Einwirkung in Erinnerung zu rufen:

- Indirekte, regulatorische Tätigkeit ist im Rahmen des Enteignungsrechts im Normalfall entschädigungslos zu dulden. Erst wenn sie in ihrer Intensität eine relevante Schranke überschreitet, typischerweise indem sie zu einer eigentlichen materiellen Enteignung wird oder unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als entschädigungsbegründend erscheint, ist eine Entschädigung geschuldet.⁷⁰⁸
- Der Vertrauensschutz vermag die Rechtsstellung des Privaten gegenüber der Eigentumsgarantie u.a. so zu verbessern, dass die Zulässigkeitschranke für Eingriffe erhöht wird, weil die regulatorische Tätigkeit einen Bereich geweckten Vertrauens betreffen kann, den es trotz der Zulässigkeit des Eingriffs unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie zu schützen gilt.⁷⁰⁹ Mit anderen Worten kann das private Vertrauensschutzinteresse auch einem regulatorischen Eingriff unter Umständen besser die Stirn bieten, als dies unter alleiniger Berufung auf die Eigentumsgarantie der Fall wäre.

⁷⁰⁵ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 110. Zwar ohne explizite Nennung der Eigentumsgarantie, aber im Ergebnis ähnlich sprechen sich SUTTER/MÜLLER, S. 479, dafür aus, die Entschädigungsfrage beim Entzug wohlerworbener Rechte anhand einer Interessenabwägung und unter Beachtung der Eingriffsintensität und des Sonderopfers zu beantworten.

⁷⁰⁶ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 143–144. Sie verweist dabei insbesondere auf die Rechtsprechung zum entschädigungslosen Polizeieingriff.

⁷⁰⁷ Siehe dazu *supra* S. 106. Vom Bundesgericht nun seit BGE 118 Ib 241 E. 6c) S. 255 auch explizit so bezeichnet. Massgebliche Herausarbeitung durch RIVA, Materielle Enteignung, S. 262–342; für eine grafische Darstellung und Zusammenfassung FHB-WALDMANN, n. 27.8–9.

⁷⁰⁸ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 108–109.

⁷⁰⁹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 107.

- Die Vergleichbarkeit der Abgrenzungsproblematik zwischen entschädigungsbegründender und entschädigungsloser regulatorischer Tätigkeit einerseits⁷¹⁰ sowie das Postulat der Konsistenz des öffentlichen Entschädigungsrechts⁷¹¹ andererseits sprechen für den erneuten Seitenblick zu den Kriterien der materiellen Enteignung an dieser Stelle, und dies trotz der Tatsache, dass der eigentliche Schutz verwaltungsvertraglicher Rechte durch die Eigentumsgarantie als ungenügend eingestuft wurde.⁷¹²

a) *Die Eingriffsintensität*

Es wurde bereits darauf eingegangen, dass das Kriterium der Eingriffsintensität vom Bundesgericht je nach Sachverhalt unterschiedlich gehandhabt wird.⁷¹³ Im Zusammenhang mit dem (Grund-)Eigentum gilt gemäss *Barret*-Formel als intensiver Eingriff derjenige, der dem Eigentümer eine «wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis» entzieht,⁷¹⁴ und zwar im Zusammenhang mit dem bisherigen oder einem voraussehbaren zukünftigen Gebrauch der entsprechenden Sache.⁷¹⁵ Anders sieht es im Zusammenhang mit Wasserrechtskonzessionen aus, wo die Substanz des (wohlerworbenen) Rechts, mithin das, was die Rentabilität ausmacht, im Vordergrund steht.⁷¹⁶ Führt der staatliche Eingriff dazu, dass das austarierte wirtschaftliche Gleichgewicht aus dem Lot gerät resp. dass der Wert rechtmässig getätigter Investitionen nicht gewahrt wird,⁷¹⁷ ist von einem Substanzeingriff auszugehen. Für Vertragssachverhalte sind mit Ausnahme weniger Erwähnungen des Substanzbegriffs keine eigenen Kriterien aus der Rechtsprechung zu erkennen.⁷¹⁸ Es ist aber augenfällig, dass das Kriterium der Wahrung der rechtmässigen Investitionen resp. der Wirtschaftlichkeit und Rentabilität des Wasserkonzessionsrechts eine Verwandtschaft aufweist mit dem bereits oben erwähnten vertraglichen Gleichgewicht, auf das sich das private Vertrauensschutzinteresse bezieht. Es wurde ferner weiter oben dargelegt, dass die Unterscheidung zwischen getätigten und ungetätigten Dispositionen im Normalfall nicht auf den Vertragssachverhalt zu übertragen ist.⁷¹⁹

⁷¹⁰ Siehe dazu *supra* S. 98 f.

⁷¹¹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 123; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 164.

⁷¹² Siehe dazu *supra* S. 116 f.

⁷¹³ Siehe dazu *supra* S. 109 ff.

⁷¹⁴ BGE 91 I 329 E. 3 S. 339.

⁷¹⁵ BGE 131 II 728 E. 2 S. 730.

⁷¹⁶ Siehe dazu *supra* S. 110 f., mit Verweisen auf die relevante Rechtsprechung.

⁷¹⁷ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 114–115.

⁷¹⁸ Siehe dazu ebenfalls *supra* S. 110 ff., mit Verweisen auf die relevante Rechtsprechung.

⁷¹⁹ Dazu *supra* S. 140 ff.

Geht es um (Grund-)Eigentum, sieht das Bundesgericht in Wertvermindernngen bis zu 20 Prozent, teilweise auch bedeutend mehr, keine materielle Enteignung.⁷²⁰ Im Zusammenhang mit Wasserrechtskonzessionen spricht sich RIVA unter Berufung auf verschiedenste Quellen dafür aus, dass ein Umsatzrückgang von 5 Prozent vermutungsweise nicht als Substanzverletzung zu qualifizieren sei.⁷²¹ Im Gegensatz dazu verlangt die Rechtsprechung zur *clausula rebus sic stantibus*, die sich in ähnlicher Weise wie das Kriterium der Wirtschaftlichkeit des Konzessionsrechts auf die Störung der vertraglichen Äquivalenz beruft, Werte wie einen Kostenanstieg von 24 bis 60 Prozent oder einen Umsatzrückgang von ca. 50 Prozent.⁷²² Es ist nahezu unmöglich, auf abstrakter Ebene Zahlen zu zitieren, die auf einen Vertragssachverhalt *per se* Anwendung finden könnten – zu unterschiedlich sind die Kennzahlen (Kosten bzw. Umsatz oder Gewinn) oder die Kostenstrukturen und Gewinnmargen in den verschiedenen Gebieten. Zu beachten ist auch, dass ein einzelner Vertrag oder eine Konzession je nach Situation und Aufstellung eines Unternehmens trotz gewichtiger Beschränkung kaum einen Einfluss auf den Unternehmensgang haben kann (weil das Vertragsvolumen oder die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrags für das gesamte Unternehmen gering ausfällt). Im Gegenteil kann ein an sich geringer Umsatzrückgang die Existenz eines anderen Unternehmens gefährden. Zu beachten sind ferner nicht nur die eigentlichen Veränderungen, sondern die Möglichkeit für das Unternehmen, diese Kosten auf Kunden oder andere abzuwälzen.⁷²³ Es fragt sich, ob es damit im Einzelfall nicht nur auf das eigentliche vertragliche Gleichgewicht ankommen könnte, wie dies die Optik der *clausula rebus sic stantibus* andeutet,⁷²⁴ sondern ob nicht stattdessen auf die gesamten Umstände abzustellen sein wird. Der scheinbare Widerspruch zum Ausgangspunkt, nämlich die Definition des Umfangs des privaten Vertrauensschutzinteresses (d.h. des vertraglichen Interesses!), lässt sich abfedern dadurch, dass für die Auslegung des Vertrags auch die Rahmenbedingungen seiner Entstehung einzubeziehen sind. Damit fliesst in die Identifikation des Parteiwillens und des massgeblichen privaten Vertrauensschutzinteresses auch die Situation des betreffenden privaten Vertragspartners ein, sofern diese den massgeblichen Partei-

⁷²⁰ Für eine eingehende Analyse RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 112–113, 190; RIVA, Hauptfragen, S. 276–277.

⁷²¹ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 191–192.

⁷²² Siehe dazu Verweise bei PICHONNAZ, S. 29, Fn. 21; ferner Verweise aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bei BISCHOFF, S. 192–193.

⁷²³ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 185.

⁷²⁴ LEU, S. 121: «Eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der betroffenen Partei ist abzulehnen, da das Bestehen einer vertraglichen Leistungspflicht nicht von der subjektiven Leistungsfähigkeit des Schuldners abhängen kann. Massgebend ist nur das Ausmass der Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses.»

willen beeinflusst hat.⁷²⁵ Im Vergleich zu einer Vertrauensschutzsituation in einer offeneren – vertragslosen – Rechtslage ist aber zu vermuten, dass dem privaten Vertrauensschutzinteresse tendenziell ein grösseres Gewicht zukommen wird.

Basierend auf den vorangehenden Überlegungen könnten in einem Vertrags-sachverhalt folgende Anhaltspunkte für den Nachweis der geforderten Intensität und damit der Notwendigkeit einer Rechtsfolge aus Vertrauensschutz angeführt werden:

- Signifikante Störung des vertraglichen Gleichgewichts, der Rentabilität, des Grundes, weshalb die betroffene Person den Vertrag eingegangen ist.
- Auch wenn mit einer regulatorischen Änderung (oder sogar mit der betreffenden Änderung) zu rechnen war, so fällt sie bedeutend intensiver aus, als dies bezweckt war resp. als dies der Regulierungszweck erfordert.

Das Kriterium der Intensität muss ferner in Situationen, die nicht aus einem wirtschaftlichen Kontext stammen, anders bewertet werden.⁷²⁶ Hier dürfte auf andere Weise nachzuweisen sein, dass die Vertragserfüllung für den Privaten durch die einseitige Änderung signifikant erschwert wird, z.B. durch die Einführung neuer Pflichten, die in einem *Missverhältnis zum Vertragszweck* stehen.⁷²⁷

b) Überlegungen in Anlehnung an die Lastengleichheit

Als weiteres Element verlangt das Kriterium der Lastengleichheit eine Entschädigung nicht wegen der Intensität der Beeinträchtigung, sondern weil es unbillig erschiene, die betroffene Person alleine oder mit wenigen anderen die negativen Konsequenzen staatlicher Aktivität ertragen zu lassen.⁷²⁸ Profitiert die Allgemeinheit von einer bestimmten Massnahme, währenddessen sich diese für eine oder einige wenige Personen unverhältnismässig belastend auswirkt, kann den betroffenen Personen Anspruch auf Entschädigung zustehen.⁷²⁹ Nicht gleichzusetzen mit dem eigentlichen Rechtsgleichheitsgebot, zielt es auf die spezifische Unterkategorie der Gleichheit in der Lastentragung, die sich nach der

⁷²⁵ Vgl. dazu auch WIEGAND, BSK ORI, Art. 18 n. 20–31, zu den verschiedenen potenziell für die Auslegung relevanten persönlichen Elementen.

⁷²⁶ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 115.

⁷²⁷ Das Intensitätskriterium wäre in einem solchen Fall der mangelnden Verhältnismässigkeit gleichzusetzen.

⁷²⁸ FHB-WALDMANN, n. 27.8.

⁷²⁹ BGE 91 I 329 E. 3 S. 338 (Bezug nehmend u.a. auf ein älteres, unpubliziertes Urteil vom 3. Juni 1946 sowie BGE 69 I 234 E. 2 S. 241): Eine Entschädigung kann geschuldet sein, «lorsque l'interdiction restreint l'utilisation de la chose d'une manière particulièrement sensible et qu'elle ne frappe qu'un seul propriétaire ou quelques propriétaires seulement, et cela dans une mesure telle que, s'ils ne recevaient pas d'indemnité, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité».

wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der betroffenen Person richtet.⁷³⁰ RIVA formuliert basierend darauf folgende Regel: «Trifft ein Eigentumseingriff nur einen einzigen oder einige wenige Eigentümer, oder trifft ein allgemeiner Eingriff einen Teil der erfassten Eigentümer deutlich schwerer als alle anderen, so ist dies ein Anzeichen für das Bestehen einer Entschädigungspflicht.»⁷³¹ Obwohl nicht wenige Stimmen in der Lehre dafür votieren, die Lastengleichheit alleine aus Art. 8 BV abzuleiten und auch gestützt darauf Entschädigungen zuzusprechen,⁷³² spricht sich RIVA im Zusammenhang mit der materiellen Enteignung dagegen aus, diesen spezifischen Aspekt von der Eigentumsgarantie abzutrennen; vielmehr sei nach ihm der Gedanke der Lastengleichheit der Eigentumsgarantie inhärent.⁷³³

Was kann aber für das Vertragsverhältnis daraus abgeleitet werden? Insofern, als dass sich nicht alle Bürger in einem Vertragsverhältnis mit dem Staat befinden, erscheint das Argument der Lastengleichheit auf den ersten Blick fehl am Platz. Vorliegend geht es aber um die Suche nach Kriterien, die die Identifikation derjenigen Sachverhalte erlauben, in denen die regulatorische staatliche Einwirkung Entschädigungsfolgen (resp. Rechtsfolgen aus Vertrauensschutz) zugunsten des betroffenen Privaten auslösen soll. Nimmt man das obige Beispiel der Steuererhöhung, so liegt es auf der Hand, dass die Behörde Ansprüche des privaten Vertragspartners aus Vertrauensschutz mit dem Argument ablehnen wird, dass es sich um eine allgemeine regulatorische Änderung handelt, die auf alle im entsprechenden Steuergesetz definierten Sachverhalte in identischer Form angewendet wird. Das Kriterium der Lastengleichheit könnte vom privaten Vertragspartner aber dann angerufen werden, wenn er nachweisen könnte, dass er als Vertragspartner, gerade aufgrund seiner Vertragsbeziehung zum Staat, stärker von der neuen Regulierung betroffen ist als die restliche Bevölkerung, oder dass diese Betroffenheit angesichts des Regulie-

⁷³⁰ RIVA, Materielle Enteignung, S. 303–304.

⁷³¹ RIVA, Materielle Enteignung, S. 306. Derselbe Autor weist im selben Werk darauf hin (S. 300), dass dieser Aspekt der Lastengleichheit in Enteignungssachverhalten nur selten vom Bundesgericht aufgenommen wird, u.a. im bereits zitierten BGE 113 Ia 368 E. 6 S. 382. Für einen weiteren gescheiterten Fall siehe dazu BGE 118 Ib 241 E. 10 S. 259–262, wo sich gewisse Bauern gegen Höchstbestandsvorschriften sowie weitere zusätzliche Pflichten im Zusammenhang mit Masttierhaltung wehrten und dabei das Argument anbrachten, es seien davon 150 resp. 464 Betriebe aus gesamthaft 120 000 betroffen.

⁷³² JAAG, Entschädigungsrecht, S. 164; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 342–343, 344–345, mit Verweisen auf weitere Lehrmeinungen; KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 148. Herleitung des Sonderopfertatbestands der materiellen Enteignung auch aus Art. 8 BV in BGE 110 Ib 29 E. 4 S. 32.

⁷³³ RIVA, Materielle Enteignung, S. 296–298, 300–302.

rungsziels unverhältnismässig ausfällt. Es erschiene somit stossend, dass er den regulatorischen Eingriff ohne Rechtsfolgen zu ertragen habe. Dieses Argument verstärkt sich in dem Masse, in dem anzunehmen ist, der Staat hätte gerade ein öffentliches Interesse an der Erbringung der entsprechenden vertraglichen Leistung durch den Privaten. Es liegt dabei nahe, dass ein inhaltlicher oder kausaler Zusammenhang zwischen dem bestehenden heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag und dem Eingriff, resp. dessen Intensität, die Erfolgchancen des betroffenen Privaten erhöhen würden.⁷³⁴ Dieser Zusammenhang ist sicherlich im – wohl seltenen – Fall gegeben, in welchem der Abschluss des betreffenden verwaltungsrechtlichen Vertrags Anlass zur Gesetzesänderung gibt.⁷³⁵

Denkbar wäre in einer Vertragssituation, dass die private Vertragspartnerin darlegen könnte, dass:

- sie mehr betroffen ist als jedermann;
- sie von einer Änderung ausschliesslich betroffen ist (oder zusammen mit wenigen anderen Akteuren);
- die Tatsache, dass ein Vertrag vorhanden ist, zu einer übermässigen Belastung im Vergleich zu anderen Personen führt; und/oder
- dies angesichts des Ziels der Massnahme, resp. des öffentlichen Interesses an der Vertragserfüllung, unverhältnismässig ausfällt.

Zu prüfen bleibt, inwiefern sich diese Argumentation auch halten lässt ausserhalb der Eigentumsgarantie, deren Schutzbereich oben freiwillig verlassen wurde. Insofern, als dass das Gebot der Lastengleichheit als Teilgehalt von Art. 8 BV selbstständig zum Tragen kommt,⁷³⁶ dürfte eine Übertragung dieses Kriteriums in die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags als unproblematisch betrachtet werden. Etwas schwieriger dürfte es sein, zu bestimmen, worauf die Entschädigungspflicht im Einzelfall genau abzustellen ist.⁷³⁷

⁷³⁴ Zur Wechselwirkung zwischen dem Kriterium der Intensität und demjenigen der Lastengleichheit siehe RIVA, Materielle Enteignung, S. 299–300.

⁷³⁵ So geschehen in ähnlichem Zusammenhang in BGE 125 II 431, wo das Bundesgericht der Beschwerdeführerin eine Entschädigung aus Vertrauensschutz zusprach, nachdem deren Bauvorhaben zu einer Volksinitiative geführt hatte, die die Zuweisung des betreffenden Industrielandes zur Nichtbauzone zur Folge hatte.

⁷³⁶ Für Erwähnungen ausserhalb des Enteignungsrechts Bundesgericht 1C_463/2011 vom 30. August 2012 E. 3.4.2; BGE 118 Ib 26 E. 5d) S. 34–35.

⁷³⁷ Problematisch erscheint insofern, dass die Entschädigung alleine aus der Verletzung von Art. 8 BV vom Bundesgericht bisher noch nicht als Lösung adoptiert worden zu sein scheint – obwohl es eine solche Möglichkeit in BGE 102 Ia 243 E. 7 S. 252–253 (Hinweis bei WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 344–345) andeutete. Gleichzeitig ist es m.E. aufgrund der inhärent individualisierten Natur des Vertrauensschutzes wohl nicht möglich, zu behaupten – wie dies für die Eigentumsgarantie geschieht (RIVA, Materielle Enteignung, S. 299–302) –, dass Aspekte der Lastengleichheit im Grundrecht selbst enthalten seien. Ein solcher Aspekt könnte allerhöchstens im Postulat erblickt werden, die

Dabei ist im Zweifelsfall davon auszugehen, dass das Bestehen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags im Vergleich zu Situationen, die rein unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie betrachtet werden, tendenziell aufgrund der Konkretheit und Intensität der Vertrauensgrundlage dazu führen wird, dass eine Entschädigungspflicht leichter zu bejahen sein wird.⁷³⁸

2. Würdigung

Festzustellen ist, dass man damit auf der abstrakten Ebene der Prinzipien verbleibt, die im Anwendungsfall auf den einzelnen Sachverhalt mit seinen Eigenheiten angewendet und entsprechend konkretisiert werden müssen.⁷³⁹ Dennoch zeigt sich, dass die im Recht der Eigentumsgarantie entwickelten Abgrenzungskriterien durchaus für den vertraglichen Vertrauensschutz dienstbar gemacht werden können.

Das dritte Kriterium der Zielrichtung des Eigentumseingriffs wird sogleich im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Polizeieingriffen etwas genauer betrachtet.

II. Zum Zweiten: Ausnahmsweise Entschädigungslosigkeit aufgrund «polizeilicher» Eingriffe?

Es wurde bereits erwähnt: Die Interessenabwägung bestimmt in verschiedenen Schritten über die Anwendung des Vertrauensschutzes.⁷⁴⁰ In einem ersten Schritt entscheidet sie darüber, welchem Interesse mehr Gewicht zukommt, und nimmt damit eine erste Rechtsfolgenselektion vor: Ist kein massgebliches Ver-

Person, die rechtmässig in eine behördliche Handlung oder Äusserung vertraut habe, sei nicht schlechter zu stellen als eine Person, die gar nie vertraut habe.

⁷³⁸ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 84–85, 118: Erhöhung der Zulässigkeitschranke für Eingriffe. Der Autor folgert daraus im Zusammenhang mit wohlerworbenen Wassernutzungsrechten zwar, dass auch für den Entzug ungenutzter Befugnisse eine Entschädigung geschuldet werden kann. Meines Erachtens ist aber auch zu prüfen, ob sich eine Entschädigungspflicht auch bei geringerer Eingriffsintensität allgemein rechtfertigen lässt.

⁷³⁹ Um nochmals RIVA, Materielle Enteignung, zu zitieren, S. 357: «Eingriffsintensität, Lastengleichheit, Zielrichtung des staatlichen Handelns, Vertrauen: immer geht es um allgemeine Prinzipien, die sich einer Anwendung im Wege der einfachen Subsumption verschliessen. Dies gilt auch dann noch, wenn die einzelnen Kriterien, wie es hier versucht worden ist, in Unterregeln umbrochen werden. Stets bleibt ein hohes Mass an Konkretisierungsbedürftigkeit; den Wertvorstellungen und dem subjektiven Urteil des Rechtsanwenders ist weiter Raum gelassen. [...] Im konkreten Fall wird die Lösung des Entschädigungsproblems deshalb zu einem komplexen gedanklichen Prozess, in welchem die einzelnen Kriterien als Eck- und Referenzpunkte berücksichtigt, zum Sachverhalt in Beziehung gesetzt und gegeneinander abgewogen werden müssen.»

⁷⁴⁰ Siehe dazu *supra* S. 150 f.

trauensschutzinteresse festzustellen, erhält die betroffene Person nichts und das öffentliche Interesse an der Anwendung des neuen Rechts setzt sich vollständig durch. Überwiegt das private Vertrauensschutzinteresse, setzt sich dieses uneingeschränkt durch, was sich im Normalfall im Bestandesschutz resp. in der Fortführung des den Privaten begünstigenden Status quo äussert.⁷⁴¹ Fällt das öffentliche Interesse gewichtiger aus als das Vertrauensschutzinteresse, kommt die Fortführung ebendieses Status quo nicht mehr infrage. Bei überwiegendem öffentlichem Interesse ist gegebenenfalls eine Entschädigung oder eine alternative Rechtsfolge zu gewähren. Kommen mehrere solche Rechtsfolgen infrage, ist in einem zweiten Schritt nochmals anhand einer Interessenabwägung die passende Rechtsfolge zu bestimmen.⁷⁴²

Es soll aber im Einzelfall auch so geschehen können, dass das überwiegende öffentliche Interesse derart gewichtig ist, dass trotz Vorliegen eines privaten Vertrauensschutzinteresses jegliche Rechtsfolge ausgeschlossen ist, womit der Private bei ganz überwiegendem öffentlichem Interesse trotz eines anerkannten Vertrauensschutzinteresses leer ausgeht.⁷⁴³ Strukturell erinnert eine solche Lösung an den im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie entwickelten Grundsatz der Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe; zumindest bei WEBER-DÜRLER wird dieser denn auch explizit erwähnt.⁷⁴⁴ Er soll deswegen im Folgenden darauf untersucht werden, ob sich daraus etwas für die Abgrenzungsproblematik des vertraglichen Vertrauensschutzes gewinnen lässt.

1. Bestandteile und Begründung des Grundsatzes gemäss Rechtsprechung

Das Bundesgericht will Beschränkungen von Eigentumsrechten dann keiner Entschädigung zugänglich machen, wenn sie dem Schutz polizeilicher Interessen oder Güter dienen und gegen den Störer gerichtet sind. Es hält an dieser Praxis trotz Kritik der Lehre fest.⁷⁴⁵ In den Worten des Bundesgerichts sind «[p]olizeiliche Eigentumsbeschränkungen [...] ohne Rücksicht auf ihre Schwere grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, wenn mit der gegen den Störer gerichteten Massnahme eine als Folge der beabsichtigten Grund-

⁷⁴¹ Bei negativen Vertrauensgrundlagen ist die Rechtsfolge eine andere – diesfalls muss eine bestmögliche Wiederherstellung des Zustands erfolgen, der ohne den eingetretenen Nachteil vorherrschen würde. Siehe dazu ebenfalls *supra* S. 130.

⁷⁴² Siehe dazu *supra* S. 131 ff.: Bestimmung der Rechtsfolge unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

⁷⁴³ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 143. Gl.M. auch RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 79–80.

⁷⁴⁴ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 143–144.

⁷⁴⁵ Dazu sogleich *infra* im Text.

stücksbenutzung zu erwartende konkrete, d.h. ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abgewendet werden soll und wenn die zuständige Behörde zu diesem Zweck ein von Gesetzes wegen bestehendes Verbot konkretisiert und in Bezug auf die in Frage stehende Grundstücksnutzung bloss die stets zu beachtenden polizeilichen Schranken der Eigentumsfreiheit festsetzt [...].»⁷⁴⁶ Bei polizeilichen Massnahmen soll also die für die materielle Enteignung massgebliche *Barret-Formel* von Anfang an nicht zur Anwendung gelangen.⁷⁴⁷ Allerdings sollen von der Entschädigungslosigkeit Ausnahmen gemacht werden für Eingriffe, die nicht nur polizeilich motiviert sind,⁷⁴⁸ für Verbote einer bestehenden Nutzung oder wenn die Einschränkung (so die Schaffung einer Gewässerschutzzone) einer Auszonung gleichkommt.⁷⁴⁹ Aber, gewissermassen wiederum als Gegenausnahme von der Ausnahme, «liegt keine materielle Enteignung vor, wenn die aus polizeilichen Gründen angeordnete Beschränkung unmittelbar dem Schutz des Grundeigentümers selbst dient, so etwa bei einem Bauverbot in einem lawinengefährdeten Gebiet oder bei einer Waldabstandszone».⁷⁵⁰

Begründet wird die Entschädigungslosigkeit des polizeilichen Eingriffs damit, dass die Grundrechte «für polizeiwidrige, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit widersprechende Nutzungen keinen Schutz biete[n]».⁷⁵¹ Derartige Nutzungen können entsprechend unterbunden werden, ohne dass dem betroffenen Störer dadurch Anspruch auf Entschädigung erwachsen würde. Was aber als «polizeiwidrige Nutzung» zu gelten hat und damit die Grenzen der rechtmässigen Grundrechtsausübung überschreitet, hängt von der Definition der massgeblichen «polizeilichen Interessen» ab.

⁷⁴⁶ Bundesgericht 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.2.

⁷⁴⁷ FHB-WALDMANN, n. 27.26.

⁷⁴⁸ Bundesgericht vom 17. September 1987, in: ZBl 90/1989 S. 543–546 E. 3 S. 544: «Eine Entschädigung ist hingegen nicht zum vornherein ausgeschlossen, wenn mit der Beschränkung nicht eine unmittelbar drohende, sondern eine mehr allgemeine, grundsätzliche Gefahr gebannt werden soll oder wenn Massnahmen zur Abwehr einer abstrakten Gefährdung ergriffen werden [...].»

⁷⁴⁹ Bundesgericht 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.3; FHB-WALDMANN n. 27.31–32.

⁷⁵⁰ Bundesgericht 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.3.

⁷⁵¹ FHB-WALDMANN, n. 27.27 (im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie). Bei WEBER-DÜRLER, Polizeieingriff, S. 291, wird der Grundgedanke folgendermassen formuliert: «Niemand hat ein Recht darauf, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu stören oder zu gefährden.»

2. Begriff des Polizeiinteresses resp. Polizeiguts

Als Polizeiinteressen, Polizeigüter, Polizeiaufgaben werden traditionell bestimmte Kategorien gewichtiger öffentlicher Interessen dekliniert: Nebst der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Leben resp. Gesundheit werden öffentliche Ruhe und Ordnung, innere und äussere Sicherheit, Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr aufgeführt.⁷⁵² Gemeint sind damit im Wesentlichen die zwei Oberbegriffe der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung,⁷⁵³ resp. die Kernaufgaben des Staats,⁷⁵⁴ wobei nicht nur deren Kategorien,⁷⁵⁵ sondern auch der Begriff der «Polizei» der Zeit hinterherhinken.⁷⁵⁶

Der Begriff der «Polizeiaufgabe» hielt sich zwar standhaft, es ist aber schon seit Längerem nicht mehr ganz klar, worauf sich dieser bezieht. Diese begriffliche Unschärfe und Schwierigkeit der Abgrenzung ist denn auch die wichtigste Kritik, die heute dem Konzept der Polizeiinteressen von der Lehre entgegengebracht wird.⁷⁵⁷ SCHINDLER stellt in einer Untersuchung zu den Polizeiinteressen fest, dass die «Schwierigkeit, <polizeiliche> und <politische> Motive zu trennen, [daran erinnert,] dass Polizei und Politik ursprünglich synonym verstanden wurden, eine vollständige Entkoppelung aber nie stattgefunden hat.»⁷⁵⁸ Schärmeli hält fest, das polizeiliche Interesse habe als abstrakte Kategorie «keine eigene rechtliche Bedeutung mehr».⁷⁵⁹

⁷⁵² Für eine detaillierte Untersuchung zu den verschiedenen Kategorien siehe WYSS, Öffentliche Interessen, S. 279–293 n. 185–217.

⁷⁵³ TÖNDURY/YOUSSEF, S. 24; SCHÄRMELI, S. 50.

⁷⁵⁴ SCHINDLER, S. 65: «Sammlung der aus liberaler Sicht erforderlichen Staatszwecke»; WEBER-DÜRLER, Polizeieingriff, S. 292: «elementare und fundamentale Werte der Gemeinschaft schlechthin».

⁷⁵⁵ Konkret in Bezug auf die öffentliche Sittlichkeit SCHINDLER, S. 65; zu Treu und Glauben im Geschäftsverkehr WYSS, Öffentliche Interessen, S. 290–291 n. 211–214.

⁷⁵⁶ Einige Autoren haben sich bemüht, die Ursprünge und Entwicklung des Begriffs der «Polizei» zurückzuverfolgen, der auf das lateinische «*politia*» und davor noch auf das griechische «*politeia*» zurückgeht und als Bezeichnung für die Gesamtheit des organisierten Staats und seiner Aktivitäten diente; GRISEL, S. 91. Ferner auch SCHINDLER, S. 64–65, sowie ZÜND/ERRASS, S. 263. Der Ausbau des Staats zum sozialen Wohlfahrtsstaat erschwerte die Abgrenzung zwischen Polizeiaufgaben und den zusätzlich aufkommenden, vorwiegend sozialpolitisch motivierten Staatsaufgaben zunehmend. Zu dieser Entwicklung GRISEL, S. 91–96.

⁷⁵⁷ SCHINDLER, S. 65; ZÜND/ERRASS, S. 265: «Die Grenzziehung zwischen Gefahrenabwehr einerseits und der Sozialgestaltung andererseits ist angesichts der Verschränkung und gegenseitigen Bedingtheit kaum zu leisten.» Ferner WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 353.

⁷⁵⁸ SCHINDLER, S. 65.

⁷⁵⁹ SCHÄRMELI, S. 54 (Hervorhebung im Original).

3. *Eigene Einordnung*

Die Schwierigkeit beginnt mit dem Begriff der Polizeiinteressen; sie setzt sich fort mit der Verschachtelung von Ausnahmen und Gegenausnahmen, durch die die Handhabung des Grundsatzes bedeutend erschwert wird. Ein Versuch, die hinter dem Grundsatz liegenden Motive zu benennen, sei im Folgenden unter-
nommen:

a) *Argumente contra Entschädigung*

Argument	Mögliche Deutung
Betroffenheit gewichtiger Rechtsgüter: öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit.	Gewichtiges öffentliches Interesse. ⁷⁶⁰
Ernsthafte und unmittelbare Gefahr.	Ein Schaden für ein gewichtiges öffentliches Interesse ist «mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit vorauszu- sehen» ⁷⁶¹ resp. ist bereits entstanden. ⁷⁶²
Konkretisierung eines gesetzlichen Verbots und der stets zu beachtenden polizeilichen Schranken des Eigentums.	Die Massnahme führt keine neuen Beschränkungen ein und sollte damit auch nicht mit einem Vertrauensschutzinteresse kollidieren.
Massnahme richtet sich gegen den Störer. ⁷⁶³	Verantwortung für den störenden Zustand resp. Verstoß gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) durch die betroffene Person.
Massnahme dient der betroffenen Person. ⁷⁶⁴	Zielrichtung des Eingriffs; Verhinderung einer doppelten Begünstigung durch Schutz vor Gefahren <i>und</i> Entschädigung.
Zuständigkeit der Behörde. ⁷⁶⁵	Grundvoraussetzung allen behördlichen Handelns.

⁷⁶⁰ SCHÄRMELI, S. 53.

⁷⁶¹ BGE 111 Ia 322 E. 6a) S. 323 (frühere Urteile zitierend).

⁷⁶² SCHÄRMELI, S. 51.

⁷⁶³ Zum Verhaltensstörer und Zustandsstörer im Einzelnen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 2612–2618; wesentlich ist beim Zustandsstörer, d.h. etwa dem Eigentümer eines Grundstücks oder Gegenstands, die Verfügungsmacht.

⁷⁶⁴ Bundesgericht 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.3; BGE 106 Ib 336 E. 5c)aa) S. 339–340.

⁷⁶⁵ Bundesgericht 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.2.

Argument	Mögliche Deutung
Wahrung der Verhältnismässigkeit. ⁷⁶⁶	Grundvoraussetzung allen behördlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV). Der behördliche Eingriff geht nicht über das hinaus, was zur Wahrung der dringenden und gewichtigen öffentlichen Interessen tatsächlich notwendig ist.

b) Argumente *pro* Entschädigung

Argument	Mögliche Deutung
Eingriff ist nicht nur polizeilich motiviert.	Massnahme entspricht nicht mehr (vollständig) einem <i>per se</i> gewichtigen und dringenden öffentlichen Interesse und kann damit nicht ohne Weiteres privilegiert behandelt werden.
Mit dem Eingriff wird eine bestehende Nutzung verboten.	Dem Eingriff und damit der Entschädigungslosigkeit steht ein grosses Vertrauensschutzinteresse des Betroffenen entgegen.
Die Massnahme, so die Schaffung einer Schutzzone, kommt in ihren Wirkungen einer Auszonung gleich. ⁷⁶⁷	Grosses Vertrauensschutzinteresse des Betroffenen.

Aus der Formel des Bundesgerichts lassen sich keine fundamental neuen Erkenntnisse gewinnen und die Kritik der Lehre erscheint durchaus berechtigt.⁷⁶⁸ Das Anliegen, die elementare Handlungsfähigkeit und Reaktionsfähigkeit des Staats zu erhalten, bleibt jedoch real. Nimmt man den Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs als typisierte Interessenabwägung, als Versuch, Situationen anhand verschiedener Vektoren einzuordnen, können ihm durchaus Illustrationen abgewonnen werden,⁷⁶⁹ die sich auch für den

⁷⁶⁶ Geht eine Massnahme somit über das «zur Abwehr der unmittelbaren und ernsthaften Gefahr» Notwendige hinaus, kann eine Entschädigung dennoch geboten sein. BGE 135 I 209 E. 3.3.1 S. 215–216; Bundesgericht 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.2.

⁷⁶⁷ Bundesgericht 2C_461/2011 vom 9. November 2011 E. 4.3; FHB-WALDMANN n. 27.31–32.

⁷⁶⁸ Ähnliche Aussagen wie die *supra* tabellarisch wiedergegebenen macht auch SCHINDLER, S. 67, der die polizeilichen Schutzgüter zerlegt und zum Schluss kommt, man könne ohne Nachteil darauf verzichten, sie als gesonderte Kategorie abzuhandeln.

⁷⁶⁹ SCHÄRMELI, S. 53, hält fest, dass «[p]olizeiliche Interessen [...] lediglich noch eine wichtige Kategorie unter den öffentlichen Interessen dar[stellen]».

vertraglichen Vertrauensschutz dienlich erweisen. Es ist deshalb denjenigen Stimmen beizupflichten, die fordern, die Lösungsfindung solle sich transparent anhand der dahinterliegenden Kriterien gestalten.⁷⁷⁰ Zerlegt man den Grundsatz in seine Komponenten,⁷⁷¹ zeigt sich, dass die verschiedenen Elemente nicht neu sind und dass ihrer Übernahme in das Recht des Vertrauensschutzes keine Hürden im Wege stehen: Führt man die einzelnen Elemente der Interessenabwägung auf ihren jeweiligen Kerngedanken zurück und lässt sich dieser auf die Verfassung abstützen, so spricht nichts dagegen, auch für den Vertrauensschutz und somit auch für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag bei besonders gewichtigen öffentlichen Interessen und erwiesener Dringlichkeit («ernsthafte und unmittelbare Gefahr»), resp. für Massnahmen zum Schutze des Betroffenen, Ausnahmen von der vollen Entschädigung zuzulassen.⁷⁷²

Nimmt man nochmals Bezug auf die in der materiellen Enteignung typischerweise verwendeten Kriterien, fällt auf, dass die Zielrichtung in der Bestimmung der Entschädigung oder der Entschädigungslosigkeit beim «Polizeieingriff» oftmals auch eine Rolle spielt. Sowohl im Recht der materiellen Enteignung als auch beim Polizeieingriff stellt sich die Frage, gegen wen die Massnahme gerichtet ist resp. wer aus der Massnahme Gewinn zieht.⁷⁷³ Bei der materiellen Enteignung stellen Massnahmen im Eigentümerinteresse ein Indiz gegen die Enteignung und damit gegen eine Entschädigung dar;⁷⁷⁴ die Tatsache, dass sich der Staat mit einer Massnahme (geldwerte) Vorteile verschafft, spricht wiederum für eine Entschädigung.⁷⁷⁵ Im Zusammenhang mit dem Polizeieingriff kann sich die Zielrichtung dahingehend manifestieren, dass für Massnah-

⁷⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 2561: Entscheid anhand der Art der Gefahren resp. der Natur des bedrohten Rechtsguts. Eine ähnliche Zerlegung in bereits in der Rechtsprechung vorbestehende Einzelteile wird auch von RIVA, Materielle Enteignung, S. 320–325, befürwortet. Leicht anders hingegen RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 121–123. Wohl ähnlich aber MOOR/POLTIER, S. 899–900.

⁷⁷¹ In neuerer Zeit spricht SCHINDLER, S. 66–67, von einer «[ü]berflüssigen[n] Priorisierung des Polizeirechts» und votiert dafür, die darunter jeweils subsumierten Rechtsfolgen jeweils bei denjenigen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen abzuhandeln, denen sie angehören.

⁷⁷² Siehe zur Position von WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 143–144. Darin scheint ihr RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 121–123, zuzustimmen. In etwas anderem Zusammenhang vertritt U. MÜLLER, S. 207–212, die Anwendung auch auf den Widerruf von Verfügungen.

⁷⁷³ Siehe zur Zielrichtung des Eingriffs in der Bestimmung der materiellen Enteignung *supra* S. 106.

⁷⁷⁴ RIVA, Hauptfragen, S. 317–320.

⁷⁷⁵ FHB-WALDMANN, n. 27.8.

men zum Schutz der betroffenen Person tendenziell keine Entschädigung zu leisten sein wird.⁷⁷⁶

Zum Schluss kann also gefolgert werden, dass Situationen denkbar sind, bei denen auch im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag ausnahmsweise keine resp. eine reduzierte Entschädigung zu leisten ist, und dies trotz nachgewiesenen Vertrauensschutzinteresses.⁷⁷⁷ Die Anwendung des Grundsatzes – und werde er auch in seine Einzelteile zerlegt – auf Sachverhalte des vertraglichen Vertrauensschutzes erscheint ferner vor dem Hintergrund der Forderung nach Konsistenz im öffentlichen Entschädigungsrecht⁷⁷⁸ sinnvoll. Das dringende und gewichtige öffentliche Interesse, die Verantwortung sowie die Zielrichtung des Eingriffs können dazu führen, dass keine oder lediglich eine reduzierte Rechtsfolge zugunsten des privaten Vertragspartners eintritt. Im Zweifelsfall wird jedoch im Vergleich zu Enteignungssachverhalten eher eine Entschädigung geleistet werden; mit anderen Worten ist die Entschädigungslosigkeit beim Vertrag restriktiver zu handhaben als in einer rechtlich nicht formalisierten Situation.⁷⁷⁹

E. Einzelfragen zu den Rechtsfolgen

I. Ersatz des positiven Vertragsinteresses

Wir haben es bereits gesehen: Der Vertrauensschutz soll die betroffene Person «vor dem im Vertrauen erlittenen Nachteil [...] bewahren».⁷⁸⁰ Es solle darum gehen, lediglich die im Zusammenhang mit dem enttäuschten Vertrauen «nutzlos gewordenen Aufwände»⁷⁸¹ zu ersetzen und die vertrauende Person so zu stellen, als hätte sie gerade nicht vertraut.⁷⁸² Wohl deshalb wird meistens eine Brücke

⁷⁷⁶ Siehe dazu die *supra* in diesem Kapitel zitierten Urteile. Je nachdem kann sich dieses Argument auch mit dem Aspekt der Verantwortung überlappen, wenn nämlich die Massnahme deswegen getroffen wird, weil die betroffene Person als Verhaltens- oder ZustandsstörerIn für die Gefahr (mit-)verantwortlich gemacht wird.

⁷⁷⁷ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 122, fasst es folgendermassen zusammen: «[D]er Vertrauensschutz [darf] nicht zu einer Gefahr für Leben und Gesundheit führen.»

⁷⁷⁸ Siehe dazu bereits *supra* Fn. 711.

⁷⁷⁹ Siehe dazu im Zusammenhang mit regulatorischen Eingriffen *supra* S. 170.

⁷⁸⁰ BGE 121 V 71 E. 2a) S. 74. Ferner CHIARIELLO, S. 136; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 135, 140, 146. Siehe dazu bereits *supra* S. 117.

⁷⁸¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 709 (Hervorhebung im Original); ferner auch JAAG, Entschädigungsrecht, S. 154.

⁷⁸² So klar ist dies indessen nicht immer: BGE 121 V 71 E. 2a) S. 74: «Dem Vertrauensschutz wird in der Regel Genüge getan, wenn der Bürger vor dem im Vertrauen erlittenen Nachteil bewahrt wird» (Hervorhebung hinzugefügt). TSCHENTSCHER, BSK BV, Art. 9 n. 15: Anspruch des Vertrauenden, «dass er so gestellt werde, wie er es aus der ursprünglichen Perspektive erwarten durfte» (Hervorhebung hinzugefügt); MÜLLER/SCHEFER, S. 36:

geschlagen zum sog. negativen Interesse; nur dieses solle unter dem Titel des Vertrauensschutzes zu entschädigen sein.⁷⁸³ Ferner wird im Zusammenhang mit dem Vertrauensschaden nach Art. 9 BV dafür votiert, der *lucrum cessans*, der entgangene Gewinn, solle als Schadensposten ausgeschlossen werden.⁷⁸⁴ Es darf bezweifelt werden, dass ein solch absoluter Ausschluss des entgangenen Gewinns den Funktionen des Vertrags und der Erfüllungserwartung des Privaten gerecht wird.

Sucht man im Verwaltungsrecht weiter, lassen sich indessen durchaus Hinweise finden, dass bei verwaltungsrechtlichen Vertragssachverhalten eine Entschädigung im Umfang des positiven Interesses infrage kommen kann.⁷⁸⁵ Obwohl WEBER-DÜRLER den Ersatz des positiven Vertragsinteresses grundsätzlich nicht als geboten erachtet, soll bei Verschulden der Behörde aufgrund einer analogen Anwendung von Art. 97 OR eine weitergehende Entschädigung in Betracht kommen.⁷⁸⁶ RIVA will ebenfalls, es wurde bereits erwähnt, beim verwaltungsrechtlichen Vertrag die Möglichkeit des positiven Interesses in Betracht ziehen.⁷⁸⁷

Das hier verfolgte Ziel der Weiterentwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags unter Einbezug der Funktionen und Eigenschaften der vertraglichen Handlungsform gebietet eine Auseinandersetzung mit dem Schadenersatz aus Vertrauensschutz. Es ist namentlich zu fragen, ob das nach

«[Der Rechtsunterworfene] hat deshalb aus dem Grundrecht auf Vertrauensschutz einen Anspruch auf Entschädigung seines Schadens, der ihm durch sein Vertrauen in die staatliche Handlung entstanden ist.»

⁷⁸³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 709; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 119; FAJNOR, S. 188 (negatives Interesse oder «Wiederherstellung des Status quo ante in den Rechten des Betroffenen»).

⁷⁸⁴ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 54, 119, 125; U. MÜLLER, S. 197–198.

⁷⁸⁵ Bundesgericht 2C_973/2013, 2C_960/2013 und 2C_968/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 3.5.2, in: ZBl 116/2015 S. 376–391: «Das dem Vertragsrecht entstammende <positive Interesse> kann nur, aber immerhin bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Verträge in Frage kommen», mit Verweis auf BGE 122 I 328 E. 7b) S. 340–341: «Sofern das kantonale Recht keine besonderen Bestimmungen enthält, kommen im Falle von Vertragsverletzungen die Regeln des Obligationenrechts als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze zur Anwendung [...]. Diese sehen – je nach Art der Störung – sogar einen Ersatz des positiven Interesses einschliesslich des entgangenen Gewinns vor, gehen also über den von Art. 4 BV gebotenen Vertrauensschutz hinaus.» Kantonsgericht Luzern LGVE 2016 IV Nr. 15 vom 6. Oktober 2016 E. 3.3.4 (die Lehre zusammenfassend): «Soweit die diesbezügliche Interessenabwägung [...] nicht eine Bindung des Staats an die Vertrauensgrundlage ergebe (Bestandesschutz, entsprechend dem positiven Vertragsinteresse), sei in der Regel nur der Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse) abzugelten, obwohl nach den Umständen des Falls auch der Ersatz des positiven Interesses in Frage komme.»

⁷⁸⁶ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 227. Ferner auch KLEIN, S. 234–235.

⁷⁸⁷ RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 125.

Art. 97 OR massgebliche positive Interesse an der Vertragserfüllung auch im verwaltungsrechtlichen Vertrag einen gangbaren Weg darstellt. Zu unterscheiden sind dabei zwei Fragen: diejenige der für die Schadensberechnung massgeblichen Optik, mithin der relevante Zeitpunkt, in dem der Private nachteilsfrei zu stellen ist (Frage des negativen vs. positiven Interesses – siehe dazu 1. sogleich), und der Umfang des zu ersetzenden Schadens (Schadensberechnung – siehe dazu 2. sogleich).

Die nachfolgenden Überlegungen werden nur für solche verwaltungsrechtlichen Verträge mit bezifferbaren Schadensposten überhaupt relevant sein.⁷⁸⁸ Bei anderen Verträgen wird sich im konkreten Fall die Suche auf andere Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes beschränken.

1. Die vertragliche Schadensbemessung: eine Frage des Blickwinkels

Bei der konzeptionellen Unterscheidung zwischen positivem und negativem Interesse geht es alleine um die für die Schadensbestimmung massgebliche Optik: Während das negative Interesse so tun will, als hätte der Vertrag nie existiert⁷⁸⁹ und somit einen in der Vergangenheit liegenden Punkt als Referenz bezieht,⁷⁹⁰ so geht es beim positiven Interesse darum, den Gläubiger so zu stellen, als wäre der Vertrag wie vorgesehen vollständig erfüllt worden.⁷⁹¹ Referenzzeitpunkt ist daher ein in der hypothetischen Zukunft liegender Moment,⁷⁹² betrachtet im Zeitpunkt der Nichterfüllung.⁷⁹³ Das negative Interesse wird dabei zuweilen auch im Privatrecht etwas ungenau⁷⁹⁴ als Vertrauensinteresse bezeichnet, weil es darum gehe, das enttäuschte Vertrauen des geschädigten Gläubigers in die gültige Abwicklung des Vertrags zu entschädigen.⁷⁹⁵ Die vertragliche Haftung sieht bei Nicht- und Schlechterfüllung den Ersatz des positiven Interesses vor (Art. 97 OR), das negative Interesse erweist sich vor allem bei nicht abgeschlos-

⁷⁸⁸ Zu den verschiedenen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der in der Schadensberechnung massgeblichen Differenztheorie siehe u.a. WERRO, *Le dommage*, S. 24–27; GILLIÉRON, n. 389–417.

⁷⁸⁹ GILLIÉRON, n. 353.

⁷⁹⁰ GILLIÉRON, n. 355: «[L'intérêt négatif] n'est pas dirigé vers l'avenir».

⁷⁹¹ WIEGAND, BSK OR I, Art. 97 n. 38a; GILLIÉRON, n. 348.

⁷⁹² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n. 2898–2899.

⁷⁹³ GILLIÉRON, n. 349. Beim negativen Interesse, das die Rückabwicklung des strittigen Vertrags im Blick hat, muss jedoch logischerweise der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgeblich sein; GILLIÉRON, n. 411.

⁷⁹⁴ GILLIÉRON, n. 356, weist zu Recht darauf hin, dass diese konzeptionelle Erklärung nicht ganz überzeugt, da das Vertrauen des Gläubigers auch im Fall des positiven Interesses geschädigt ist.

⁷⁹⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n. 2899.

senen, ursprünglich fehlerhaften oder gar nie erfüllten Verträgen (Schuldnerverzug) als relevant.⁷⁹⁶

2. *Schadensberechnung nach der Differenztheorie: damnum emergens und lucrum cessans*

Wichtig ist dabei, dass die Bestimmung des massgeblichen Zeitpunkts die Methode der Schadensbestimmung nicht vorwegnimmt. Nach der vorherrschenden Differenzmethode (Differenztheorie) der Schadensberechnung sind sowohl beim positiven als auch beim negativen Interesse grundsätzlich die Vermögensminderung (*damnum emergens*) als auch der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) zu ersetzen⁷⁹⁷ – immer natürlich unter der Voraussetzung des genügenden Kausalitätsnachweises. Da beim *lucrum cessans* immer eine hypothetische Situation betrachtet wird, d.h. eine Situation mit einem Gewinn, der in Realität eben gerade ausgeblieben ist, handelt es sich um eine beweisrechtlich anspruchsvolle Konstellation.⁷⁹⁸ Der *lucrum cessans* des positiven Vertragsinteresses besteht im Gewinn, der der Gläubigerin aus der einwandfreien, vollständigen Erfüllung des strittigen Vertrags zugekommen wäre.⁷⁹⁹ Der *lucrum cessans* des negativen Interesses, also in der Optik der vollständigen Rückabwicklung des nicht oder mangelhaft erfüllten Vertrags, umfasst den Gewinn, der der Gläubigerin zustünde, hätte sie anstelle des strittigen Vertrags einen anderen Vertrag geschlossen.⁸⁰⁰ Diesen nachzuweisen dürfte oftmals erheblich schwieriger sein als der entgangene Gewinn des positiven Interesses. Meistens muss bei der Beweisführung mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Realisierung Vorlieb genommen werden.⁸⁰¹ Die Beschränkung auf das negative Interesse erlaubt es im Privatrecht also nicht – und dies ist für die vorliegende Fragestellung relevant –, den entgangenen Gewinn als mögliche Schadenskategorie *per se* auszuscheiden.⁸⁰² Sie erhöht einzig die Anforderungen an die Beweisführung.

⁷⁹⁶ THÉVENOZ, CR ORI, Art. 97 n. 35. Zum negativen Interesse beim Schuldnerverzug GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n. 2808.

⁷⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n. 2902. Das Bundesgericht scheint in einer alten, 1974 aufgegebenen Rechtsprechung die Entschädigung des *lucrum cessans* beim negativen Interesse jeweils ausgeschlossen zu haben; siehe dazu GILLIÉRON, n. 412.

⁷⁹⁸ GILLIÉRON, n. 409.

⁷⁹⁹ THÉVENOZ, CR ORI, Art. 97 n. 33; GILLIÉRON, n. 409.

⁸⁰⁰ THÉVENOZ, CR ORI, Art. 97 n. 36; GILLIÉRON, n. 410.

⁸⁰¹ GILLIÉRON, n. 409.

⁸⁰² Pointiert dazu WEBER, BK OR, Art. 97 n. 212: «Positiv und negativ sagen nichts über die Grösse der Ersatzforderung aus, zumal auch beim negativen Interesse der entgangene Gewinn veranschlagt werden kann [...]. Zwar dürfte in der Regel das positive Vertragsinteresse eher höher sein als das negative Vertragsinteresse, doch kann auch das Gegenteil ein-

3. Fazit für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag

Erstens wurde festgestellt, dass die vereinbarte Vertragsdauer inhärenter Teil des Vertrags als Vertrauensgrundlage darstellt. Es hat sich gezeigt, dass sich das private Vertrauensschutzinteresse auf die Erfüllung des Vertrags richtet,⁸⁰³ was hinsichtlich der einzunehmenden Optik für die Maxime «kein Nachteil hinsichtlich der vertraglich begründeten Erwartung» spricht und damit für die Möglichkeit, positiven Schadenersatz aus Vertrauensschutz im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag zu gewähren.

Zweitens findet sich im Instrument des Vertrags selbst bereits eine zeitliche Begrenzung, die – als formalisierter Zwischenpunkt – eine dritte Option zwischen dem unbegrenzt in die Zukunft wirkenden Bestandesschutz und der rückwirkenden Entschädigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hin zur Verfügung steht, nämlich die Erfüllung des Vertrags während dessen Laufdauer oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist resp. die Schadenersatzpflicht in demselben Umfang. Die Tatsache, dass eine Kündigung in den meisten Fällen eine Option sein wird, erlaubt es auch, die Gefahr einer ausufernden Schadenersatzpflicht des Staats einzudämmen.

Drittens drängt sich die Beschränkung auf das negative Interesse aus dem mit der Entschädigung des Vertrauensschadens verfolgten Zweck selbst, d.h. die *Wahrung des privaten Vertrauensinteresses unter gleichzeitiger Umsetzung des mit dem Eingriff verfolgten öffentlichen Anliegens*, zumindest noch nicht als einzig mögliche Vorgehensweise auf. Daraus, dass der Bestandesschutz nicht infrage kommt, darf nicht geschlossen werden, dass Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses ebenfalls ausgeschlossen werden soll, oder mit anderen Worten, dass es am privaten Vertragspartner sein soll, das Risiko der Gesetzesänderung alleine zu tragen.

Schliesslich zeigte der Seitenblick zum Privatrecht, dass die Beschränkung auf das negative Interesse nicht mit dem Ausschluss des *lucrum cessans* einhergeht. Geradezu widersinnig mag das negative Interesse insbesondere dann erscheinen, wenn ein verwaltungsrechtlicher Vertrag nach langer Laufzeit, aber vor Vertragsende durch den Staat durch Kündigung (*ex nunc!*) aufgehoben wird: In diesem Zusammenhang, nach womöglich jahrelangem Leistungsaustausch durch die Vertragspartner, kann es absurd erscheinen, die Aufwände der Rückabwicklung des Vertrags zu entschädigen, wie dies das negative Interesse verlangen würde.⁸⁰⁴

treten, wenn z.B. der hypothetische Gewinn aus einem nicht abgeschlossenen Drittgeschäft grösser ist als der Ersatz wegen der konkreten Vertragsnichterfüllung [...]»

⁸⁰³ Siehe dazu *supra* S. 143.

⁸⁰⁴ In anderem Zusammenhang weisen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 942, darauf hin, dass der Rücktritt bei Dauerverträgen zu praktischen Schwierigkeiten führt, weswegen die

II. Kündigungsrecht aus wichtigem Grund

Es wurde dargelegt, dass im Grundsatz aus der Verkürzung des vertraglichen Vertrauensschutzinteresses eine Entschädigung oder andere Rechtsfolgen zugunsten des Privaten erwachsen. Es fragt sich, ob die Möglichkeit der Kündigung des verwaltungsrechtlichen Vertrags aus wichtigem Grund gleich wie im Privatrecht Teil des (ungeschriebenen) öffentlichen Vertragsrechts bilden sollte.

1. Kündigungsrecht aus wichtigem Grund im Privatrecht

Im Privatrecht wird ein allgemeines Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für alle auf Dauer angelegten Verträge anerkannt, und dies auch ohne explizite gesetzliche Verankerung⁸⁰⁵ und im Prinzip ungeachtet einer im Vertrag vorgesehenen Lösung.⁸⁰⁶ Dahinter steht der Gedanke, dass die betreffende Partei sich von der Vertragsbindung lösen kann, wenn die Alternative, nämlich das Verbleiben im Vertrag, zu einer «unzumutbaren Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte»⁸⁰⁷ führen würde. Fundament des Rechts bildet Art. 27 ZGB.⁸⁰⁸ Damit eine Kündigung als gerechtfertigt erscheint, bedarf es einer Veränderung der Umstände, die dazu führt, dass die Weiterführung des Vertrags nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv «unter [...] die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten»⁸⁰⁹ unzumutbar erscheint.⁸¹⁰ Ist ein derartiger wichtiger Grund gegeben, kann die Kündigung des Vertrags ausgesprochen werden (Aufhebung *ex nunc*);⁸¹¹ sie

Lehre nun annimmt, es sei dabei stattdessen die Kündigung auszusprechen. Vgl. zum Unterschied zwischen Rücktritt und Kündigung sogleich *infra* Fn. 811.

⁸⁰⁵ BGE 138 III 304 E. 7 S. 319; BGE 128 III 428 E. 3 S. 429. Ferner auch statt vieler Bundesgericht 4A_59/2017 vom 28. Juni 2017 E. 4.1; WOLFER, S. 623.

⁸⁰⁶ Bundesgericht 4A_598/2012 vom 19. März 2013 E. 4.2.

⁸⁰⁷ BGE 128 III 428 E. 3c) S. 431–432.

⁸⁰⁸ BGE 128 III 428 E. 3c) S. 431–432. Ferner auch Bundesgericht 4A_484/2014 vom 3. Februar 2015 E. 3.2; BGE 138 III 304 E. 7 S. 319. Teilweise wird das Kündigungsrecht auch gesamthaft aus den gesetzlich normierten Kündigungs- und Anpassungsbestimmungen hergeleitet; dazu WOLFER, S. 623.

⁸⁰⁹ Bundesgericht 4A_484/2014 vom 3. Februar 2015 E. 3.2.

⁸¹⁰ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, S. 12–21. Die Abgrenzung zur *clausula rebus sic stantibus* liegt in der unzumutbaren Einschränkung der Persönlichkeitsrechte, die aus der weiteren Erfüllung des Vertrags resultieren würde. Für die *clausula* ausschlaggebend ist hingegen die Äquivalenzstörung, die an und für sich beide Vertragspartner betrifft; siehe dazu BGE 128 III 428 E. 3c) S. 432.

⁸¹¹ Unter Kündigung wird gemeinhin die Aufhebung *ex nunc* verstanden, währenddessen der Rücktritt im Grundsatz *ex tunc* wirkt; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 72. Ein Rücktritt wird bei Dauerverträgen als unpraktikabel erachtet, weswegen stattdessen die Kündigung zu erfolgen hat; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 942.

kann namentlich auch fristlos erfolgen.⁸¹² Ob der im Einzelfall angeführte Grund auch tatsächlich ein wichtiger ist, entscheidet das Gericht in einer Billigkeitsentscheidung basierend auf einer objektiven Interessenabwägung.⁸¹³

2. Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt im öffentlichen Recht

Das Verwaltungsrecht kennt mit dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt ebenfalls ein Dogma, das dazu führt, dass überlange oder zeitlich unbegrenzte Verträge, insbesondere Sondernutzungskonzessionen, nachträglich zeitlich beschränkt resp. gekündigt werden können.⁸¹⁴ Das Bundesgericht argumentiert dabei zuweilen unter Bezugnahme auf das Privatrecht, es handle sich um ein allgemeines, der gesamten Rechtsordnung inhärentes Prinzip.⁸¹⁵

3. Folgerungen für die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags

Was kann daraus im vorliegenden Zusammenhang gefolgert werden? Die Existenz des Kündigungsrechts im Privatrecht und der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt im Verwaltungsrecht können als Ausdruck desselben Anliegens betrachtet werden: Es gilt zu verhindern, dass eine Partei ohne Ausweg in einem Vertrag eingeschlossen bleibt und dadurch eine Lähmung ihrer Handlungsfähigkeit in Kauf nehmen muss. Daraus kann bereits der vorsorgliche Schluss gezogen werden, dass an die Kündigung eines heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags keine übermässig hohen Anforderungen gestellt werden können, sofern die Voraussetzungen des jeweiligen Grundsatzes erfüllt sind. Über diesen gemeinsamen Kern hinaus sind die beiden Grundsätze jedoch unterschiedlich ausgeprägt. Namentlich die Unzumutbarkeit, insbesondere die

⁸¹² WOLFER, S. 622–623; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, S. 26.

⁸¹³ Bundesgericht 4A_598/2012 vom 19. März 2013 E. 4.2.

⁸¹⁴ BGE 145 II 140 E. 4.4 S. 147, E 6.4 S. 151; BGE 127 II 69 E. 4c) S. 74–75. Ähnlich diesbezüglich auch BGE 131 I 321 E. 5.5 S. 329. Siehe dazu ferner TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 n. 19; VALLENDER/HETTICH, SGK BV, Art. 26 n. 23; SUTTER/MÜLLER, S. 480; RIVA, Wohlerworbene Rechte, S. 101.

⁸¹⁵ BGE 145 II 140 E. 4.4 S. 147; BGE 131 I 321 E. 5.5 S. 329: «Es ist heute in der Tat privatrechtlich ausgeschlossen, obligatorische Verträge auf «ewige» Zeiten abzuschliessen und aufrechtzuerhalten; unzulässig ist dies selbst dann, wenn sie noch unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden sind, was unter Hinweis auf Art. 2 SchlT ZGB damit begründet wird, dass es sich um einen Grundsatz handelt, der um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen Geltung hat. Art. 2 SchlT ZGB wird sogar im öffentlichen Recht als massgeblich erachtet, indem es auch wohlerworbene Rechte auf dauerhafte Sondernutzung (insb. durch Konzessionen) nicht geben kann [...]»

subjektive Unzumutbarkeit, lässt sich nicht ohne Weiteres auf die Situation der staatlichen Vertragspartnerin übertragen, die aufgrund veränderten Rechts einen verwaltungsrechtlichen Vertrag zu beenden gedenkt. Was den staatlichen Vertragspartner anbelangt, kann der Grundsatz der Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt als zusätzliches Argument angeführt werden, das in der Abwägung für die Abänderung oder Kündigung eines verwaltungsrechtlichen Vertrags zu Buche schlägt. Aus der Perspektive der privaten Vertragspartei stellt sich die Frage jedoch aus einer anderen Warte: Kann der Private den verwaltungsrechtlichen Vertrag in Anwendung des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund – analog der privatrechtlichen Regelung – dann beenden, wenn die staatliche Vertragspartei einen privilegierten Eingriff in den Vertrag vorgenommen hat, der die weitere Vertragserfüllung unzumutbar macht? Folgende zwei Gründe sprechen dafür: Erstens ist die Geltung der Persönlichkeitsrechte des Privaten nicht deswegen aufgehoben, weil der geschlossene Vertrag dem öffentlichen Recht untersteht. Die dem Kündigungsrecht zugrunde liegende Interessenlage seitens des privaten Vertragspartners ist vergleichbar mit derjenigen im Privatrecht. Zweitens folgt aus dem verwaltungsrechtlichen Vertrag als konsensuales Instrument, dass der Vertragspartner gerade aufgrund des Konsenses zur gegenständlichen Leistung verpflichtet wird. Entsprechend erschiene es systemfremd, eine fortlaufende Bindung an ebendiesen Konsens zu bejahen, wenn eine einseitige Einwirkung den Inhalt der Verpflichtung dergestalt abgeändert hat, dass eine relevante Unzumutbarkeit resultiert. Dass eine Unzumutbarkeit entsteht, wäre im Einzelfall durch den Privaten zu belegen; wird bei Ausübung des Kündigungsrechts durch den Staat dem privaten Vertrauensschutzinteresse vollständig entsprochen, dürfte dies im Grundsatz nicht der Fall sein. Erfolgt demgegenüber eine einseitige staatliche Einwirkung gänzlich ohne Rechtsfolge, erscheint die Geltendmachung der Unzumutbarkeit durchaus als valable Option.

Damit wird vorliegend folgende Schlussfolgerung vertreten: Betreffend das Kündigungsrecht gelten für den Staat und den Privaten unterschiedlich gelagerte Regeln.⁸¹⁶ Währenddem der Staat je nach Sachlage das Argument der Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt wird anführen können, steht der privaten Vertragspartei im Grundsatz die Option offen, sich bei Dauerverträgen auf das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu berufen, um einen aufgrund einseitiger staatlicher Einwirkung unter Art. 27 ZGB unzumutbar gewordenen verwaltungsrechtlichen Vertrag zu beenden.

Zum Schluss ist noch auf den Einwand einzugehen, wonach die staatliche Aufgabenerfüllung dadurch blockiert werden könnte, dass eine private Vertrags-

⁸¹⁶ In gleicher Weise wird diese Aussage im Zusammenhang mit der Nichterfüllung des Vertrags und Art. 97 OR gemacht. Siehe dazu *infra* S. 220 ff., insbesondere S. 227 f.

partei den verwaltungsrechtlichen Vertrag unvermittelt beendet. Nicht alle Verträge betreffen die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe; in vielen Konstellationen, so etwa bei einem Subventionsvertrag, ist denkbar, dass durch die Kündigung des Privaten noch keine aus staatlicher Sicht unhaltbare Situation entsteht. Würde bei einem Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe die Beendigung dazu führen, dass eine unhaltbare Situation eintreten würde, fragt sich, ob es in einem solchen Fall andere Beendigungsregeln bräuchte. Denkt man an den Betrieb des zentralen Registers von .ch-Domain-Namen durch die private Registrierungsstelle,⁸¹⁷ würde die Kündigung mit sofortiger Wirkung dazu führen, dass die zentrale Datenbank der «.ch»-Domain-Namen ausgeschaltet würde, was auch das Internet der Schweiz (resp. alle Internetanwendungen mit der Endung «.ch») ausschalten würde. Eine solche Wirkung könnte verhindert werden, indem entweder verhandlungsweise eine Übergangslösung gefunden wird, die den Betrieb der staatlichen Aufgabe weiterhin ermöglicht und gleichzeitig die Unzumutbarkeit aufhebt – was dem Wesen des Vertrags am ehesten entspricht –, oder indem für derartige Verträge dogmatisch begründet wird, weshalb eine Kündigung mit sofortiger Wirkung nicht zulässig sein sollte. In einer Linie mit der als Erstes angeführten Verhandlungsoption wäre zudem zu befürworten, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits eine Übergangslösung definiert wird, die in solchen Fällen zu gelten hat. Ob im Einzelfall auch aus dogmatischer Sicht die Position eingenommen werden könnte, in einem solchen Fall stehe das ganz überwiegende öffentliche Interesse einer sofortigen Kündigung des verwaltungsrechtlichen Vertrags entgegen, wäre zu klären. Wenn eine solche Position dazu führt, dass die private Vertragspartei während der entsprechenden Kündigungsfrist den Vertrag zu unwirtschaftlichen Konditionen weiterführen muss, ist darin wohl am ehesten eine Spielart des entschädigungslosen Polizeieingriffs zu erkennen.⁸¹⁸

⁸¹⁷ Art. 28 Abs. 2 FMG sieht vor, dass das zuständige Bundesamt die Verwaltung und Zuteilung bestimmter Adressierungselemente, zu denen auch Domain-Namen gehören, an Dritte übertragen kann.

⁸¹⁸ Siehe zum Polizeieingriff *supra* S. 170 ff.

§ 9 Seitenblicke: Widerruf und *clausula rebus sic stantibus*

An dieser Stelle soll ein Seitenblick geworfen werden auf zwei Konstrukte, deren Anwendung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag regelmässig postuliert wird: den Widerruf des verwaltungsrechtlichen Vertrags analog des Verfügungswiderrufs (*infra* A.) und die *clausula rebus sic stantibus* (*infra* B.). Die beiden Lösungen sollen auf ihre Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Ankerpunkten des verwaltungsrechtlichen Vertrags geprüft werden. Kann diese bejaht werden, fragt sich, ob und inwiefern sich die beiden Lösungen in die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags einflechten lassen.

A. Zum Ersten: Widerruf des verwaltungsrechtlichen Vertrags?

I. Einleitung

Der Rechtsprechung lassen sich regelmässig Hinweise entnehmen, wonach die Behörde einen heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag in gewissen Fällen gleich wie eine Verfügung widerrufen können soll. Teilweise wird explizit der Begriff des Widerrufs erwähnt,⁸¹⁹ teilweise wird von einer möglichen «Aufhebung» des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags gesprochen, ohne deren Urheber (vertragsschliessende Behörde, Aufsichtsbehörde oder Rechtsmittelinstanz) näher zu spezifizieren.⁸²⁰ Auch die Lehre setzt sich mit dieser Option als mögliche Lösung für die Fehlerhaftigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags auseinander.⁸²¹

Im vorliegenden Zusammenhang wird unter Widerruf mit TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER die «Änderung einer formell rechtskräftigen Verfügung durch die verfügende Behörde» verstanden, auf Gesuch der betroffenen Partei oder von Amtes wegen.⁸²² Ähnlich spricht sich auch HANGARTNER aus und

⁸¹⁹ BGE 103 Ia 505 E. 4a) S. 54; Bundesverwaltungsgericht A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 E. 4.3.3; Verwaltungsgericht Zürich VB.2009.00279 vom 8. Juli 2009 E. 4.2; Schiedsgerichtsurteil vom 26. Juni 2007, in: RDAF 2008 I S. 361–396, E. 8 a)–b) S. 389–391.

⁸²⁰ Bundesverwaltungsgericht A-2583/2007 vom 17. Dez. 2007 E. 5.6. Eine dritte Kategorie von Urteilen thematisiert das Schicksal des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags unter den Stichworten der *Anfechtbarkeit* und der *Nichtigkeit* nach erfolgter *Interessenabwägung*, ohne den Widerruf als Bezeichnung des möglichen Umsetzungsverfahrens anzuführen: Bundesgericht 2A.414/2006 vom 19. März 2008 E. 11.2; Bundesgericht 1P.296/2003 vom 22. August 2003 E. 4.2; BGE 105 Ia 207 E. 2b) S. 210–211; BGE 99 Ib 115 E. 3b) S. 121. Siehe für denselben Hinweis auch KLEIN, S. 156. Vgl. ferner die Hinweise *supra* im Kapitel zu *pacta sunt servanda*, S. 65.

⁸²¹ Siehe dazu sogleich *infra* S. 193 ff.

⁸²² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 22 (Hervorhebung im Original).

meint die «Beseitigung einzelner oder aller Rechtswirkungen eines Verwaltungsakts durch einen andern Verwaltungsakt auf gleicher oder benachbarter materieller Grundlage ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens».⁸²³

Mit der Bezugnahme auf den Widerruf werden potenziell zwei Dinge angesprochen: zum einen, dass inhaltliche Beurteilung und Konsequenzen der Fehlerhaftigkeit beim verwaltungsrechtlichen Vertrag gleich zu handhaben sein sollen wie bei der Verfügung (materielle Ebene). Zum andern, und diese Aussage ist seltener explizit ausformuliert, dass es in der Hand der vertragsschliessenden Behörde liegen soll, selbst die Beurteilung vorzunehmen und je nachdem, gleich wie bei einer Verfügung, den Vertrag zu widerrufen (formelle oder verfahrensmässige Ebene).

Im Folgenden soll das Widerrufsrecht daraufhin untersucht werden, was sich daraus zur Übernahme in die Dogmatik des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags anbietet und was nicht.

Dazu soll zuerst ein grober Grundriss der Prinzipien des Widerrufs von Verfügungen gezeichnet werden (*infra* II.). Es folgt eine Darstellung einiger Meinungen zugunsten und zuwider der Anwendung im Rahmen des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags (*infra* III.). Abschliessend wird eine eigene Stellungnahme formuliert (*infra* IV.): Problematisch ist weder die Interessenabwägung, die über den Widerruf entscheidet, noch die materielle Unterscheidung zwischen den Parteien, wonach nur die öffentliche Vertragspartei über eine Einwirkungsbefugnis verfügt; problematisch sind auch nicht die Wirkungen des Widerrufs. Problematisch sind die Terminologie und namentlich deren psychologische Konsequenzen.

II. Grundsätzliches zum Widerruf von Verfügungen

Erlässt die Behörde eine Verfügung, beginnt eine Frist zu laufen, während der die Adressaten sowie allenfalls weitere Personen die Überprüfung der Korrektheit durch eine Einsprache- oder Rechtsmittelinstanz veranlassen können. Kann

⁸²³ HANGARTNER, Widerruf, S. 15. Bei GUCKELBERGER, S. 294, wird der Widerruf leicht restriktiver definiert; gemäss der Autorin bezeichnet er die «Änderung einer (formell rechtskräftigen) Verfügung durch die Verwaltung *wegen eines Widerspruchs zur geltenden Rechtsordnung*» (Hervorhebung hinzugefügt). Bei GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 221, bezeichnet der Widerruf das Vorgehen auf Initiative der Behörde, die Wiedererwägung das Vorgehen auf Ersuchen des Privaten hin. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2644, verfolgen einen ganz anderen Ansatz und bezeichnen das Zurückkommen auf eine rechtskräftige Verfügung auf Gesuch oder von Amtes wegen als *Wiedererwägung*, währenddessen der *Widerruf* nur die materielle Evaluation einer möglichen Änderung durch die Behörde bezeichnet.

ebendiese Verfügung mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr infrage gestellt werden, erlangt sie formelle Rechtskraft; sie wird definitiv.⁸²⁴ Dieser Grundsatz gilt aber nicht absolut. Wo bei einem zivil- oder strafrechtlichen Urteil die gerichtlich austarierte Interessenlage mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft auch in materielle Rechtskraft erwächst und somit ausserhalb von restriktiv formulierten Revisionsgründen kein weiteres Mal infrage gestellt werden kann,⁸²⁵ so ist der Fall der formell rechtskräftigen erstinstanzlichen Verfügung ein anderer: Verändert sich die rechtliche oder tatsächliche Lage, kann sich der Behörde eine Anpassung oder Aufhebung der Verfügung aufdrängen.⁸²⁶ Mit anderen Worten: Die materielle Rechtskraft geht der Verfügung ab;⁸²⁷ das Verfahren mag abgeschlossen sein, die inhaltliche Fixierung der Beurteilung ist aber nicht absolut. Die Feststellung wurde bereits weiter oben gemacht: Es fliesst aus dem Legalitätsprinzip, dass Verwaltungsakte, die dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen, nicht unabänderlich sind, sondern im Grundsatz angepasst werden.⁸²⁸ Als Gegenpol zu diesem Anliegen der richtigen Rechtsanwendung besteht mit der rechtskräftigen (begünstigenden) Verfügung eine Vertrauensgrundlage zugunsten des Adressaten⁸²⁹ und damit ein privates Interesse an der Beibehaltung des geschaffenen Zustands.

Genauso kann sich aber die Frage im umgekehrten Fall stellen, nämlich wenn nicht die Behörde, sondern der Adressat die Anpassung der Verfügung, diesmal zu seinen Gunsten, erwirken will.⁸³⁰

⁸²⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 5.

⁸²⁵ Definition der materiellen Rechtskraft als «Massgeblichkeit eines formell rechtskräftigen Urteils in jedem späteren Verfahren unter denselben Parteien»; BGE 142 III 210 E. 2 S. 212; ferner BGE 139 III 126 E. 3.1 S. 128–129. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft «schliesst Angriffe auf sämtliche Tatsachen aus, die im Zeitpunkt des Urteils bereits bestanden hatten, unabhängig davon, ob sie den Parteien bekannt waren, von diesen vorgebracht oder vom Richter beweismässig als erstellt erachtet wurden»; BGE 142 III 210 E. 2.1 S. 212–213.

⁸²⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 19.

⁸²⁷ FHB-HETTICH, n. 20.58; MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 143. Anders aber HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1231, die von erschwert widerruflichen Verfügungen schreiben, ihr Status «nähere» sich dem Zustand der materiellen Rechtskraft «an».

⁸²⁸ BGE 112 V 387 E. 3c) S. 393–394: «Insbesondere zeitlich unbefristet fortwirkende Anordnungen sind zu ändern, wenn sie dadurch einer nachträglich verwirklichten Änderung des objektiven Rechts anzupassen sind; die Rechtsänderung erlaubt nicht nur die Anpassung, sie verlangt diese» (Hervorhebung hinzugefügt). Siehe zum Legalitätsprinzip *supra* S. 77 f.

⁸²⁹ Bundesgericht 2C_230/2012 vom 24. September 2012 E. 3.1; BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1228.

⁸³⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 31.

Im Folgenden ist zu unterscheiden zwischen Gründen, die Anlass für eine Neu Beurteilung geben können (sogleich 1.), und Argumenten, die für oder gegen eine *abweichende* Neu Beurteilung der Lage sprechen (sogleich 2.).

1. Gründe für das Zurückkommen auf eine Verfügung

Infrage kommt ein Widerruf in folgenden Fällen (bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER «Rückkommensgründe» genannt):⁸³¹

- Ursprüngliche Fehlerhaftigkeit;
- nachträgliche Veränderung der Sachlage;
- nachträgliche Veränderung der Rechtslage;
- Vorliegen von revisionsähnlichen Gründen, die auch zur Änderung eines Gerichtsurteils führen könnten.⁸³²

Eine blossе Praxisänderung der Verwaltungsbehörde soll nur ausnahmsweise als Rückkommensgrund zulässig sein, etwa dann, wenn in der Nichtanwendung der neuen Praxis eine unzulässige Ungleichbehandlung zu finden wäre⁸³³ oder wenn «besonders wichtige öffentliche Interessen, wie Polizeigüter, auf dem Spiele stehen».⁸³⁴

Es liegt in der Natur der Sache, dass nur rechtserhebliche Veränderungen⁸³⁵ geeignet sein sollen, die Möglichkeit der Neu Beurteilung zu eröffnen. Verlangt wird etwa eine «wesentliche», «erhebliche» Fehlerhaftigkeit,⁸³⁶ die dann gegeben ist, wenn bei korrekter Beurteilung resp. Rechtsanwendung und in einer Gesamtbetrachtung⁸³⁷ eine andere inhaltliche Entscheidung zu erwarten wäre, «ernstlich in Betracht [fiele]».⁸³⁸

Das Vorliegen von Rückkommensgründen wird entweder von Amtes wegen durch die Behörde festgestellt oder im Rahmen eines Antrags auf Wiedererwägung des Adressaten geprüft.⁸³⁹

⁸³¹ Dies die Terminologie von TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 30. Bei diesen Autoren wird der erste Schritt des Prüfverfahrens als verfahrensrechtlicher Schritt bezeichnet, der zweite als materiell-rechtlicher (n. 29). Dasselbe findet sich auch bei WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2644.

⁸³² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 42.

⁸³³ BGE 135 V 201 E. 6.1.1 S. 206–206; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1230; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 45.

⁸³⁴ BGE 127 II 306 E. 7a) S. 314; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 45.

⁸³⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 42.

⁸³⁶ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2660.

⁸³⁷ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2662.

⁸³⁸ BGE 136 II 177 E. 2.2.1 S. 181–182; derselbe Entscheid geht noch weiter und statuiert, es sei «im Einzelnen darzulegen, inwiefern das neue Recht zu einer anderen Beurteilung führen muss» (Hervorhebung hinzugefügt); WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2661.

⁸³⁹ Der Antrag auf Wiedererwägung, der an sich als formloser Rechtsbehelf ausgestaltet ist, gewährt dem Einzelnen ausnahmsweise einen eigentlichen Eintretensanspruch: Nach der

2. Interessenabwägung

Steht fest, dass ein Rückkommensgrund vorliegt, wird die formelle Rechtskraft der Verfügung aufgehoben,⁸⁴⁰ damit mittels Interessenabwägung bestimmt werden kann, ob ein Widerruf effektiv durchzuführen ist oder ob das Interesse am Weiterbestand der ursprünglichen Verfügung überwiegt.⁸⁴¹ Als Gründe *pro* Abänderung gelten etwa folgende:

- die Einwirkung auf den Erlass der Verfügung durch unrichtige oder unvollständige Angaben oder durch Täuschung,⁸⁴²
- das Vorliegen besonders gewichtiger öffentlicher Interessen,⁸⁴³
- der Umstand, dass der rechtswidrige Zustand lange andauern würde,⁸⁴⁴ oder
- das Vorliegen eines zulässigen Widerrufsvorbehalts.⁸⁴⁵

Im Gegensatz dazu werden als Gründe *contra* Widerruf angeführt:

- das Vorliegen subjektiver Rechte,⁸⁴⁶

Rechtsprechung des Bundesgerichts leitet sich ein solcher aus Art. 29 BV bei wesentlicher Veränderung der Umstände seit dem ersten Entscheid oder bei revisionsähnlichen Gründen ab; BGE 138 I 61 E. 4.3 S. 72–73; zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n. 1272–1276; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 46–47.

⁸⁴⁰ Siehe dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 32. Dieser Schritt findet aber nicht in einem formell getrennten Verfahrensschritt statt, sondern stellt vielmehr die notwendige Voraussetzung für die erneute Prüfung dar.

⁸⁴¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 32–33; «Prüfung der Änderungsgründe». Die Darstellung dieser Autoren hat den Vorteil, dass sie den ersten Teil des Verfahrens, die Prüfung der Rückkommensgründe, gewissermassen die «Eintretensfrage», zumindest begrifflich klar abgrenzt von der danach folgenden Interessenabwägung, der «Prüfung der Änderungsgründe». Diese Unterscheidung wird in der Praxis nicht immer ganz deutlich, so etwa Bundesgericht 2C_765/2010 vom 20. September 2011 E. 4: «Die Gebührenverfügungen litten damit bereits von Anfang an unter einem Mangel. Es fragt sich daher einzig, ob diese ursprüngliche Fehlerhaftigkeit ein wichtiges öffentliches Interesse darstellt, das gemäss § 22 VRG/SO einen Widerruf rechtfertigt bzw. ob die fraglichen Abgabeverfügungen nach § 22 Abs. 2 VRG/SO aufgrund ihrer Natur überhaupt oder nur unter erschwerten Voraussetzungen widerrufen werden können.»

⁸⁴² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 57; GUCKELBERGER, S. 303.

⁸⁴³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 58, geben das Beispiel des Widerrufs einer Baubewilligung, weil sich herausstellte, dass das Grundstück lawinengefährdet war; ferner GUCKELBERGER, S. 303; HANGARTNER, Meinungswandel, S. 174: «Anzuerkennen ist hingegen, dass auch üblicherweise nur beschränkt widerrufliche Verwaltungsakte aus *dringenden Gründen des öffentlichen Wohles* frei widerrufen werden dürfen» (Hervorhebung im Original).

⁸⁴⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 59.

⁸⁴⁵ GUCKELBERGER, S. 304, wobei die Autorin einräumt, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen solcher Widerrufsvorbehalte weitgehend ungeklärt sind.

⁸⁴⁶ BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71; GUCKELBERGER, S. 300.

- die Tatsache, dass die Verfügung in einem Verfahren erging, in dem alle Interessen umfassend abgewogen wurden und genügend Gelegenheiten zur Mitwirkung und Einsprache bestanden,⁸⁴⁷
- getätigte Dispositionen, die nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden können,⁸⁴⁸ oder
- die privatrechtsgestaltende Wirkung der Verfügung.⁸⁴⁹

Betrachtet man die obigen Elemente, lässt sich feststellen, dass es sich um Gewichtungen des öffentlichen Interesses an der richtigen Rechtsanwendung und des gegenteiligen privaten Vertrauensschutzinteresses handelt,⁸⁵⁰ womit materiell dieselbe Interessenabwägung über den Widerruf entscheidet, wie sie der Rechtsfolge beim verwaltungsrechtlichen Vertrag zugrunde liegt.

Die soeben genannten Gründe werden zuweilen zu «Fallgruppen» gebündelt, bei denen Verfügungen grundsätzlich nicht widerruflich sein sollen, weil das Interesse am Vertrauensschutz (resp. der Rechtssicherheit) gewichtiger ausfallen soll als dasjenige an der richtigen Rechtsanwendung.⁸⁵¹ Typischerweise sind dies etwa folgende:

- Die Verfügung hat ein «subjektives Recht» des Adressaten begründet;⁸⁵²
- die Verfügung erging in einem Verfahren mit eingehender Interessenabwägung, so etwa wenn ein gründliches Einsprache- und Ermittlungsverfahren dem Erlass voranging;⁸⁵³

⁸⁴⁷ Bundesgericht 2C_230/2012 vom 24. September 2012 E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1250–1251; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 54; GUCKELBERGER, S. 301.

⁸⁴⁸ Zu diesen ersten drei Gründen gesamthaft etwa BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71–72; Bundesgericht 2A.303/2000 vom 15. Februar 2001 E. 5a); BGE 106 Ib 252 E. 2b) S. 256; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1252–1256; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 55; GUCKELBERGER, S. 302; KNAPP, n. 1283.

⁸⁴⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1257–1260; bei WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2781: Verfügung als «Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags».

⁸⁵⁰ Zu Legalitätsprinzip und Vertrauensschutzinteresse als massgebliche Gegenpole Verwaltungsgericht Zürich VB.2011.00639 vom 26. Januar 2012 E. 3.1. Ferner BGE 94 I 336 E. 4 S. 343–344: «Ob ein Verwaltungsakt von der Behörde zurückgenommen oder abgeändert werden kann, hängt daher, soweit darüber nicht positive gesetzliche Bestimmungen bestehen, von einer Abwägung der beiden sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte ab: des Gebots der richtigen Durchführung des objektiven Rechts auf der einen und der Anforderungen der Rechtssicherheit auf der andern Seite.» Siehe dazu, dass oftmals in der älteren Rechtsprechung die Rechtssicherheit anstelle des Vertrauensschutzes aufgeführt wird, KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 126–130.

⁸⁵¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1231.

⁸⁵² BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 53; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1237–1249 («wohlerworbenes Recht»); GUCKELBERGER, S. 300.

⁸⁵³ Bundesgericht 2C_230/2012 vom 24. September 2012 E. 3.2; BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 54; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN,

- von der Verfügung wurde gutgläubig bereits Gebrauch gemacht; eine Rückgängigmachung wäre ohne erhebliche Nachteile nicht möglich.⁸⁵⁴

Darauf basierend werden Steuerveranlagungen und Gebührenverfügungen regelmässig als «grundsätzlich unwiderruflich[e]»⁸⁵⁵ Kategorie von Verwaltungsakten bezeichnet. In einem Streit zwischen einem Grundeigentümer und einer Gemeinde über die nachträgliche Korrektur einer fehlerhaften Verfügung über Wasseranschlussgebühren wurde auf dieser Basis das Vertrauensinteresse des Grundeigentümers geschützt, obwohl die fälschlicherweise erhobene Gebühr nur ca. 11 Prozent des korrekterweise geschuldeten Betrags ausmachte und trotz Vorliegens eines «beachtliche[n] öffentliche[n] Interesse[s] an einer rechtsgleichen Anwendung der kommunalen Gebührenregelung».⁸⁵⁶ Die Praxis zeigt jedoch, dass diese *prima facie*-Feststellung der Unwiderruflichkeit einer gewissen Kategorie von Verfügungen nicht in quasi automatischer Rechtsfolge dazu führt, dass das Vertrauensschutzinteresse überwiegt, sondern dass es immer im Einzelfall einer Abwägung aller Interessen bedarf.⁸⁵⁷ In einem anderen Streit über Wasseranschlussgebühren mit einer ebenfalls fehlerhaften Gebührenverfügung, die in derselben Grössenordnung zu korrigieren war wie im obigen Fall (ebenfalls Erhöhung auf das Zehnfache des ursprünglichen Betrags, von CHF 19'500 auf CHF 188'416), urteilte das Verwaltungsgericht Zürich anders: Obwohl es einräumte, dass der Veranlagungsfehler für die betroffene Grundeigentümerin nicht offensichtlich war, musste Letztere den korrigierten, höheren Betrag bezahlen. Ausschlaggebendes Argument hierfür war das «eklatante Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung», die dadurch entstand, dass dem betreffenden Grundstück «[m]it dem Anschluss an die öffentliche

n. 1250–1251; GUCKELBERGER, S. 301. Dieses Element wird zu Recht mit verschiedenen Einwänden kritisiert, u.a. dass die Pflicht zur Vornahme einer umfassenden Interessenabwägung auf jedes Verwaltungsverfahren anwendbar sei.

⁸⁵⁴ Bundesgericht 2C_230/2012 vom 24. September 2012 E. 3.2; BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71–72; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n. 55; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1252–1256; GUCKELBERGER, S. 302. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1257–1260, erwähnen zudem die privatrechtsgestaltenden Verfügungen.

⁸⁵⁵ Bundesgericht 2C_230/2012 vom 24. September 2012 E. 3.2; 2C_765/2010 vom 20. September 2011 E. 4.

⁸⁵⁶ Bundesgericht 2C_230/2012 vom 24. September 2012 E. 5.1. Zusätzlich ins Gewicht fiel im zitierten Urteil aber auch, dass der Mangel trotz zahlenmässig grosser Diskrepanz nicht ohne Weiteres erkennbar war.

⁸⁵⁷ BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 72: «Diese Regel gilt allerdings nicht absolut; auch in diesen drei Fällen kann ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist.» Ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1233. Zur Notwendigkeit einer expliziten Interessenabwägung und kritisch zu den Unwiderruflichkeitskategorien GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 225; SALADIN, Wiedererwägung und Widerruf, S. 124–126.

Wasserversorgung [...] ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen» sei, der bisher kaum abgegolten worden war.⁸⁵⁸

Diese Notwendigkeit der Abwägung im Einzelfall hat dazu geführt, dass gewisse Autoren die Bildung von Fallgruppen ablehnen – zugunsten der besagten eingehenden Interessenabwägung im Einzelfall.⁸⁵⁹ Es lässt sich feststellen, dass sich die Unwiderruflichkeit auf die Vermutung beschränkt, dem Vertrauensinteresse des Adressaten käme ein besonders hohes Gewicht zu.

III. Meinungen zur Widerruflichkeit des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags durch die Behörde

Wir haben es soeben gesehen: Die Lösungsfindung im Widerrufsrecht findet im Spannungsfeld zwischen denselben materiellen Gegenpolen statt, wie dies auch für den verwaltungsrechtlichen Vertrag der Fall ist: Das Legalitätsprinzip gebietet die richtige Anwendung des Rechts, das private Vertrauensschutzinteresse kann dieser Rechtsanwendung entgegentreten. Was davon lässt sich auch auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag übertragen? Es soll unterschieden werden zwischen der materiellen und der formellen Ebene. Auf der materiellen Ebene sind die konkreten Widerrufsgründe sowie die Beurteilung der Bestandeskraft des Vertrags im Vergleich zur Verfügung von Interesse (sogleich 1.). Auf der formellen Ebene geht es darum, ob es in der Hand der vertragsschliessenden Behörde liegen soll, den Vertrag einseitig aufzuheben (*infra* 2.).⁸⁶⁰

1. Materielle Ebene: Widerrufsgründe und Bestandeskraft des verwaltungsrechtlichen Vertrags

Auf der materiellen Ebene kann festgestellt werden, dass die meisten Autoren die Lösung des Problems der ursprünglichen Fehlerhaftigkeit mithilfe der dem Widerruf von Verfügungen zugrunde liegenden Interessenabwägung zu begrüssen scheinen; zumindest lassen sich gegenüber dieser Vorgehensweise kaum explizit ablehnende Haltungen ausmachen.⁸⁶¹ Damit sind aber auch noch keine

⁸⁵⁸ Verwaltungsgericht Zürich VB.2011.00639 vom 26. Januar 2012 E. 5.

⁸⁵⁹ So u.a. SALADIN, Wiedererwägung und Widerruf, S. 124–126. G.L.M. wohl auch GRIFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht, n. 225. HANGARTNER, Meinungswandel, S. 173, weist darauf hin, dass der auch im Widerrufsrecht geltende Grundsatz der Interessenabwägung bedeutet, dass weder von einer grundsätzlichen Widerruflichkeit noch von einer grundsätzlichen Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten gesprochen werden könne.

⁸⁶⁰ Diese Frage deckt sich teilweise mit derjenigen, ob die Behörde als Vertragspartei grundsätzlich vertragsdogmatisch gesehen mittels Verfügung gegenüber dem privaten Vertragspartner handeln können soll; auch in etwa so dargestellt bei MOOR/POLTIER, S. 468–469.

⁸⁶¹ Bereits diese Aussage ist aber zugegebenermassen heikel, denn nicht alle Autoren, die den Widerruf als auf den Vertrag unpassend erachten, führen im Detail aus, ob sich diese

neuen Erkenntnisse gewonnen. Konkret ziehen es einige dann für den verwaltungsrechtlichen Vertrag aber dennoch vor, die Bestandeskraft stattdessen anhand der *clausula rebus sic stantibus*,⁸⁶² der Theorien des französischen Rechts⁸⁶³ oder der Thematik der wohlerworbenen Rechte⁸⁶⁴ zu prüfen.⁸⁶⁵ Der Grund für das Zurücktreten des Widerrufs als Option zur Lösung des Problems der nachträglichen Fehlerhaftigkeit scheint darin zu finden sein, dass letztere Modelle auf eine Vertragssituation als besser zugeschnitten erscheinen; die Rechtfertigung wird soweit ersichtlich von den betreffenden Autoren nicht explizit thematisiert. Wird der Widerruf des Vertrags befürwortet,⁸⁶⁶ dringt man zur zentralen Frage vor: Wie ist das Vertrauensschutzinteresse des privaten Vertragspartners in der Interessenabwägung im Vergleich zu demjenigen des Verfügungsadressaten zu gewichten? Die Aussagen zu dieser Thematik – in ihrer Anzahl durchaus überschaubar – wurden bereits weiter oben im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz betrachtet.⁸⁶⁷ Zusammenfassend lässt sich vorsichtig ein gewisses, nicht quantifiziertes Gewicht des privaten Vertrauensschutzinteresses aus Vertrag im Vergleich zur Verfügung feststellen.

Beim Thema des Zeitpunkts der Rechtswirkungen des Widerrufs des verwaltungsrechtlichen Vertrags – soll dieser *ex tunc* oder *ex nunc* dahinfallen? – überwiegt wohl tendenziell im Zusammenhang mit der nachträglichen Fehlerhaftigkeit das Votum *ex nunc*.⁸⁶⁸ Wenige Aussagen finden sich zu den Rechtsfolgen eines Vertragswiderrufs, namentlich zur Frage der Entschädigung.⁸⁶⁹

Ablehnung auf die formelle Ebene beschränkt oder ob dahinter auch materiell-rechtliche Bedenken zu finden sind; so z.B. bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n. 1374; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER § 35 n. 4–9. MÄCHLER, § 11 n. 127, und RHINOW, Wohlerworbene Rechte, S. 16, sehen in den wohlerworbenen Rechten ein Hindernis für den Widerruf bei nachträglicher Fehlerhaftigkeit.

⁸⁶² NGUYEN, S. 234–240, 243–245; TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 263–265.

⁸⁶³ NGUYEN, S. 240–245; TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 263–265.

⁸⁶⁴ TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 232, 254.

⁸⁶⁵ Siehe zu diesen Optionen bereits *supra* S. 64 ff. (*pacta sunt servanda*).

⁸⁶⁶ U.a. MÄCHLER, Auflösung, S. 98–100; KLEIN, S. 156–161.

⁸⁶⁷ Siehe dazu *supra* S. 126 f.

⁸⁶⁸ Bei KLEIN, S. 160, soll der Widerruf bei ursprünglicher Fehlerhaftigkeit *ex tunc*, bei nachträglicher *ex nunc* stattfinden; bei NGUYEN, S. 134, soll es zwar von der Interessenabwägung im Einzelfall abhängen, als Grundprinzip sollen die Rechtswirkungen aber *ex nunc* eintreten. Ausnahme davon ist die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit wegen Willensmängeln. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 227: «Aufhebung» *ex nunc*.

⁸⁶⁹ Bei KLEIN, S. 160, findet nach erfolgtem Widerruf eine Rückabwicklung, ggf. unter Schadenersatz- oder Genugtuungsfolge, statt. Bei KNAPP, n. 1532, scheint der Schadenersatz aus Vertrauensschaden der doppelten Bedingung unterworfen zu sein, dass der Private Dispositionen getätigt hat *und* die Fehlerhaftigkeit der Behörde zuzurechnen ist. Bei WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 227, wird Ersatz des negativen Vertrauensschadens propagiert sowie bei Verschulden der Behörde eine weitergehende Ersatzpflicht

2. Formelle Ebene: Soll die Behörde alleine über das Schicksal des Vertrags entscheiden können?

Die Kontroverse zwischen den verschiedenen Lehrmeinungen zeigt sich primär auf der formellen Ebene: Die Meinungen gehen auseinander in Fragen der Widerrufskompetenz, insbesondere deren Rechtfertigung und Logik, sowie auch der Bedeutung und Gewichtung des Verfahrensrechts in der Lösungsfindung. Von den beigezogenen Autoren, die sich mit der Kompetenzfrage gesondert auseinandersetzen,⁸⁷⁰ trifft die Widerrufskompetenz der vertragsschliessenden Behörde auf explizite Ablehnung etwa bei WIEDERKEHR/RICHLI,⁸⁷¹ KLEIN,⁸⁷² TH. MÜLLER,⁸⁷³ KNAPP⁸⁷⁴ und RHINOW.⁸⁷⁵ Es wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Widerrufbarkeit zum Vertrag nicht passt.⁸⁷⁶ Hingegen ha-

nach Art. 97 OR. Nach U. MÜLLER, S. 190–212, ist eine Entschädigung geschuldet, wenn trotz privaten Vertrauensschutzinteresses ein Widerruf stattfindet, der einen Schaden zur Folge hat. Aufgrund der Tatsache, dass die Entschädigung im Recht des Vertrauensschutzes die Umwandlung des Bestandesinteresses des Betroffenen in ein Wertinteresse repräsentiert (d.h. den monetären Ausgleich des Vertrauens bewerkstelligt), besteht sicherlich ein gewisser Konnex zwischen der «Eingriffsschwelle» im Widerrufsrecht und der Entschädigungsfrage: Findet nach erfolgtem Verfügungswiderruf kein wertmässiger Ausgleich des Vertrauens statt, d.h. wird keine Entschädigung geleistet, müssen an die Rückkommensgründe sicherlich tendenziell höhere Anforderungen gestellt werden, als wenn der monetäre Ausgleich die Regel darstellte. Betrachtet man das Widerrufsrecht von Verfügungen als Anwendungsfall der Mechanik des Vertrauensschutzes, wie sich dies unzweifelhaft aus den zugrunde liegenden Interessen ergibt und wie dies von HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1228, explizit erwähnt wird, so fällt auf, dass die Entschädigung resp. die *Rechtsfolge* trotz überwiegenden öffentlichem Interesses, wie sie Teil des Vertrauensschutzes bildet, im Widerrufsrecht weitgehend abwesend ist.

⁸⁷⁰ In gewissen Publikationen werden zwar Vorbehalte gegenüber der Rechtfertigung der Widerrufslösung allgemein geäussert, die Frage nach der Kompetenz wird aber nicht gesondert angesprochen; siehe etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1374 und TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 35 n. 4, 7.

⁸⁷¹ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 2999, 3022.

⁸⁷² KLEIN, S. 157.

⁸⁷³ Bei diesem Autor aus systemtheoretischer Sicht betrachtet; TH. MÜLLER, *Verwaltungsverträge*, S. 236–237, 239.

⁸⁷⁴ KNAPP, n. 1531.

⁸⁷⁵ RHINOW, *Wohlerworbene Rechte*, S. 16 – aber bei diesem Autor ist die Ablehnung der formellen Kompetenz eine logische Folge der inhaltlichen Verneinung der Befugnis der Behörde, die eigenen vertraglichen Zusicherungen zu widerrufen, da diese wohlerworbene Rechte begründen.

⁸⁷⁶ WIEDERKEHR/RICHLI, Band I, n. 2999 («problematisch[...] aus vertragssystematischen Gründen»); n. 3022 («Der Widerruf, entsprechend der Rechtslage bei Verfügungen, widerspricht aber dem Vertragsdenken» [...] «ist vertragsfeindlich»); n. 3067 («Terminologisch ist die Figur des Widerrufs eines fehlerhaften öffentlich-rechtlichen Vertrags fragwürdig»); KLEIN, S. 157, spricht von einer «einseitige[n] Bevorzugung einer Vertragspartnerin [...], [die] dem Grundgedanken des Vertragserhältnisses diametral zu-

ben MOOR/POLTIER nichts dagegen, den Widerruf in die Hand der vertragschliessenden Behörde zu legen, da deren Aufgabe ja gerade in der korrekten Umsetzung des öffentlichen Interesses liege.⁸⁷⁷ Die Kompetenz zur Vornahme des Widerrufs wird bei MÄCHLER⁸⁷⁸ und NGUYEN⁸⁷⁹ als reine Frage der konkreten Ausgestaltung des Verfahrensrechts abdelegiert.⁸⁸⁰

IV. Eigene Stellungnahme: «Widerruf» als begriffliches Problem

Auf der materiellen Ebene zeigt sich, dass sich die dem Verfügungswiderruf zugrundeliegenden Gegenpole mit denjenigen der privilegierten einseitigen Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag decken, wie sie in den vorangehenden Kapiteln umrissen wurde: Über die Rechtsfolge entscheidet eine Interessenabwägung, in welcher u.a. das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegen das Vertrauensschutzinteresse des Privaten antritt.

1. Keine eigentliche Regelbildung im Widerrufsrecht

Geht es darum, aus den einzelnen Widerrufsgründen und Fallgruppen des Verfügungsrechts etwas zugunsten des Vertragsrechts abzuleiten, so gebietet sich bereits von Anfang an die Feststellung: Die Lösungen, die diese Kategorien zu bieten scheinen, sind selbst für das Verfügungsrecht nicht stabil. Eine Systematisierung über die Benennung der widerstreitenden Interessen am Widerruf und am Weiterbestand findet in Tat und Wahrheit nicht statt.⁸⁸¹ Als Illustration stellen sie durchaus hilfreiche Gedankenanstösse für die Lösung von Vertragsproblemen bereit; als eigentliche Regeln können sie aber nicht übernommen wer-

widerlaufen würde». Siehe dazu ferner die Meinungen zur Einwirkung der Behörde auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag durch Verfügung, *infra* Fn. 1045.

⁸⁷⁷ MOOR/POLTIER, S. 468–469.

⁸⁷⁸ MÄCHLER, Vertrag, § 11 n. 127.

⁸⁷⁹ NGUYEN, S. 130–132.

⁸⁸⁰ Zur allgemeinen Frage, ob die am verwaltungsrechtlichen Vertrag beteiligte Behörde dafür zuständig sein soll, die Einwirkung vorzunehmen, oder nur das Gericht, siehe *infra* S. 231 f.

⁸⁸¹ KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 154–155, äussert sich im Zusammenhang mit dem Widerruf bei Rechtsänderungen folgendermassen: «Die rechtsstaatlich zweifelhafte, am Einzelfall orientierte Kasuistik schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden zum Widerruf von Verwaltungsakten infolge Rechtsänderung zeigt die Folgen fehlender gesetzlicher Regeln deutlich.» Der Autor fordert vermehrt explizite gesetzliche Übergangsregeln, u.a. aus Motiven der Rechtsgleichheit. Ferner bezeichnet derselbe Autor in derselben Publikation die Gründe, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegen den Widerruf einer Verfügung bei verändertem Recht sprechen sollen, als «wenig tragfähig; das Bundesgericht relativiert sie bisweilen selbst derart stark, dass man sich fragen muss, ob nicht die ganze Widerrufspraxis neu gefasst werden sollte» (S. 196–197).

den. Hilfreich, wenn auch im Grunde genommen aus der Logik folgend, ist die Präzisierung, wonach für eine Abänderung der Verfügung – und damit *a fortiori* auch des verwaltungsrechtlichen Vertrags – zu substantzieren ist, inwiefern sich eine andere Regelung aufgrund des hier interessierenden veränderten Rechts geradezu aufdrängt.

In der hier vertretenen Ansicht wird dem privaten Vertrauensschutzinteresse im verwaltungsrechtlichen Vertrag tendenziell ein höheres Gewicht zukommen als im Verfügungskontext.⁸⁸² Auch wenn in Vertragssachverhalten zweifellos eine grosse Diversität vorherrscht, so ist ihnen dennoch gemeinsam, dass die übereinstimmende Willenserklärung für die Entstehung des Vertrags ursächlich ist und damit der Wille des Privaten in der Entstehung und im Umfang der vertraglichen Pflichten eine grössere Rolle einnimmt. Diese Prägung durch den Willen des Privaten sowie die Planungs- resp. Stabilisierungsfunktion des Vertrags sind Elemente, die in vielen Situationen dem Vertrauensschutzinteresse des privaten Vertragspartners ein gewisses Gewicht verschaffen, das in der Interessenabwägung besonders zu Buche schlägt. Damit wird tendenziell die Bestandskraft des verwaltungsrechtlichen Vertrags grösser ausfallen als diejenige der Verfügung.

2. *Widerruf des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags aus psychologischer resp. terminologischer Sicht abzulehnen*

Betrachtet man das Widerrufsrecht auf der formellen Ebene, so ist es auf den ersten Blick die Einseitigkeit, die aus vertraglicher Sicht systemfremd erscheint; einige der soeben zitierten Meinungen aus der Literatur bestätigen diese Ansicht. Allerdings hat sich anlässlich der Analyse der Ausnahmen von *pacta sunt servanda* bereits gezeigt, dass einseitige Rechte zugunsten einer Partei auch im Privatrecht eine gewisse Verbreitung aufweisen und ihre Rechtfertigung immer aus der dem materiellen Recht zugrunde liegenden Interessenlage schöpfen.⁸⁸³

Abzulehnen ist eine Widerrufskompetenz der Behörde denn auch nicht aus materieller, sondern aus terminologischer Sicht resp. aufgrund der psychologischen Wirkungen des Widerrufsbegriffs: Ein einseitiges Recht zugunsten der staatlichen Vertragspartei, das als Kündigungsrecht ausgestaltet ist, dürfte durchaus Platz haben.⁸⁸⁴ Ein einseitiges Recht zugunsten der Behörde, das die

⁸⁸² Aber im Wissen darum, dass vielerlei Sachverhalte mit Verfügungen (Personalrecht) oder Bewilligungen (so z.B. Bewilligungen zum Betrieb von Kernanlagen, Art. 19–21 KEG) bewältigt werden, wird auch in solchen Fällen das Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten ein gewisses Gewicht aufweisen.

⁸⁸³ Siehe dazu *supra* S. 72 ff.

⁸⁸⁴ Damit ist freilich über dessen inhaltliche Rechtfertigung noch nichts gesagt; siehe zu den Grundlagen des staatlichen Privilegs *supra* S. 76 ff.

Bezeichnung «Widerrufsrecht» trägt, ist deshalb abzulehnen, weil es terminologisch im Verfügungsvokabular verfangen bleibt.⁸⁸⁵ Es ist Ausdruck eines Vorgehens, das konzeptionell darauf basiert, dass die Erstbeurteilung einer Situation durch die verfügende Behörde in einer Doppelrolle als Partei und Entscheidungsinstanz selbst vorgenommen wird.⁸⁸⁶ In dieser Doppelrolle hat die Behörde die Pflicht, eine umfangreiche Abwägung aller Interessen vorzunehmen, bevor sie einen Entscheid fällt; der Widerruf von Amtes wegen drückt aus, dass das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber dem privaten Interesse an der Bestandeswahrung überwiegt, oder, mit anderen Worten, dass diese Abwägung bereits gemacht wurde. Es ist zu vermuten, und dies ist der psychologische Effekt, dass Rechtsmittelinstanzen grössere Zurückhaltung in der Beurteilung eines Ermessensentscheids der Behörde an den Tag legen, die im Normalfall als Vorinstanz handelt. Es dürfte daher schwieriger sein, eine gänzlich neue und in derselben Weise umfassende gerichtliche Beurteilung der Situation herbeizuführen, als dies in einem Klageverfahren zur Überprüfung einer Kündigung geschehen dürfte. Im Gegenzug zum Widerruf wird die Kündigung des verwaltungsrechtlichen Vertrags, die im Klageverfahren infrage gestellt wird, vermutungsweise eher als Handeln einer Vertragspartei begriffen, das durch das eigene Interesse geleitet wird und daher der gerichtlichen Neuurteilung ohne Weiteres zugänglich ist.⁸⁸⁷

⁸⁸⁵ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, n. 3067: «Terminologisch ist die Figur des Widerrufs eines fehlerhaften öffentlich-rechtlichen Vertrags fragwürdig. Hier ist die Loslösung vom Verfügungsdenken noch zu wenig weit fortgeschritten. Die richtige Sichtweise ist, von Rücktritt vom Vertrag zu sprechen (so zutreffend Art. 31 SuG).»

⁸⁸⁶ Zur Urteilsfunktion der Verfügung MOOR/POLTIER, S. 177.

⁸⁸⁷ Wobei dies nicht bedeutet, dass das eigene Interesse der Behörde vom öffentlichen Interesse abweicht. Ausgedrückt werden soll damit vielmehr, dass die Ausübung des Kündigungsrechts nicht als Endresultat einer umfassenden Interessenabwägung verstanden wird. Dass die Kündigung mit dem Klageverfahren in Verbindung gebracht wird und der Widerruf mit dem Beschwerdeverfahren, wie dies in diesem Abschnitt angedeutet wird, ist keinesfalls zwingend. Vielmehr ist die konkrete Ausgestaltung der verschiedenen Verfahrensschritte eine Frage des jeweiligen Verfahrensrechts. Es ist durchaus möglich, die *Kündigung* als *Verfügung* zu betrachten und die Anfechtung dieser Verfügung im Beschwerdeverfahren vorzusehen, wie dies etwa in Verwaltungsgericht Zürich VB.2018.00376 vom 23. Januar 2019 E. 3.4 der Fall war: «Dass ein Rechtsverhältnis zwischen einem Gemeinwesen und Privaten teilweise oder sogar weitgehend durch einen (verwaltungsrechtlichen) Vertrag festgelegt wurde, schliesst eine Verfügungskompetenz des Gemeinwesens nicht von vornherein aus; sowohl die Willensäusserung zum Abschluss eines Vertrags wie auch jene zur Auflösung bzw. Beendigung eines bestehenden Vertrags durch das Gemeinwesen können als Verfügung qualifiziert werden.» Im Gegenteil kann auch vorgesehen werden – wie dies in Art. 5 Abs. 3 VwVG der Fall ist –, dass «Erklärungen von Behörden über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind», nicht als Verfügungen gelten. In derselben Weise wäre durchaus auch denkbar, dass das anwendbare Verfahrensrecht zwar einen

Dass es sich um eine terminologische Forderung handelt, zeigt der Vergleich des Widerrufs mit seinem vertraglichen Gegenstück, der Kündigung resp. dem Rücktritt: Das eine unterscheidet sich bei näherem Hinsehen weder in den Rechtswirkungen noch in der Frage der Ein- oder Zweiseitigkeit fundamental vom anderen.⁸⁸⁸ Der vertragliche Rücktritt, resp. die Kündigung, ist ein aufhebendes Gestaltungsrecht, mithin die «Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen (ohne dessen Mitwirkung) zu verändern»⁸⁸⁹ und zwar so, dass diesem eine Rechtsposition entzogen wird. Mit der Ausübung des Gestaltungsrechts endet der Vertrag grundsätzlich auf den entsprechend definierten Gültigkeitszeitpunkt. Sowohl in der Frage der Einseitigkeit als auch hinsichtlich der Rechtswirkungen lassen sich Widerruf und Rücktritt resp. Kündigung durchaus gleichstellen.

B. Zum Zweiten: Die *clausula rebus sic stantibus* als Gefäss für Veränderungen bei verwaltungsrechtlichen Dauerverträgen?

Im Zusammenhang mit Änderungen an verwaltungsrechtlichen Verträgen wird oftmals auf die *clausula rebus sic stantibus* verwiesen; ihre Anwendung auch im öffentlichen Recht wird von Rechtsprechung und Lehre weitgehend anerkannt. Die *clausula* soll nicht nur wie im Privatrecht für Veränderungen der Umstände verwendet werden können; sie soll auch und insbesondere dazu dienen, verwaltungsrechtliche Verträge an verändertes Recht anzupassen.⁸⁹⁰

In diesem Kapitel sollen zuerst die Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der *clausula* im Privatrecht betrachtet werden (*infra* I.); danach wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen Rechtsprechung und Lehre die *clausula* auch im Verwaltungsrecht zur Anwendung bringen wollen (*infra* II.), bevor mit einem Fazit geschlossen wird (*infra* III.).

Vertragswiderrief anerkennt, dieser aber als reines vertragliches Gestaltungsrecht betrachtet wird, das mit verwaltungsrechtlicher Klage anzufechten ist.» Zur Vielfalt der Möglichkeiten siehe MERKER, S. 100: «Die Unterschiede zwischen Klage- und Beschwerdeverfahren sind nur so gross, wie dies die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, welche den beiden Verfahrensarten zugrunde liegen, zulassen. Allein die Tatsache, dass im Beschwerdeverfahren die Behörde das Anfechtungsobjekt setzt und der Betroffene (innert Frist) reagieren muss, im Klageverfahren aber der Kläger die Initiative ergreift und versucht, ein Urteil in seinem Sinn durchzusetzen, macht aus den beiden Verfahren noch keine Gegensätze.»

⁸⁸⁸ NGUYEN, S. 120, weist darauf hin, dass auch das OR verschiedentlich den Begriff des Widerrufs verwendet, sei dies im Zusammenhang mit der Stellvertretung (Art. 34 OR), der Schenkung (Art. 249 OR), des Auftrags (Art. 404 OR) oder anderen.

⁸⁸⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 65, 72. Das Gestaltungsrecht stellt demnach eine Ausnahme vom Prinzip dar, wonach es der (vertraglichen) Zustimmung der betroffenen Person bedarf, um in deren Rechtsstellung einzugreifen.

⁸⁹⁰ Siehe zum Ganzen sogleich *infra* im Text.

I. Die *clausula* im Privatrecht

1. Anwendungsvoraussetzungen

Einem jeden Vertrag wird gewissermassen eine implizite Bestimmung zugerechnet, wonach die Parteien davon ausgehen, dass sich die Umstände nicht über das vertraglich antizipierte Mass verändern werden.⁸⁹¹ Dabei trifft das Risiko im Normalfall einseitig diejenige Partei, die von der Veränderung der Umstände betroffen ist, ohne dass ausgleichende Überlegungen eine Rolle zu spielen hätten.⁸⁹² Eine Ausnahme macht das Privatrecht nur dann, wenn eine unvorhersehbare Entwicklung dazu führt, dass das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags derart stark gestört wird, dass es unzumutbar erscheint, den Betroffenen die vollen Konsequenzen tragen zu lassen; in solchen Fällen erlaubt die *clausula* eine Abweichung vom obigen Risikotragungsprinzip.⁸⁹³ Entsprechend wird sie selten angewendet.⁸⁹⁴

Die Anwendung der *clausula* verlangt:

- eine Veränderung der Umstände,
- die vom betroffenen Schuldner weder vorhergesehen⁸⁹⁵ noch vermieden⁸⁹⁶ werden konnte und
- die eine gravierende Störung der vertraglichen Äquivalenz durch übermässige Erschwerung oder Verteuerung der vertraglichen Leistungserbringung mit sich bringt.⁸⁹⁷

Je nach Formulierung findet sich etwa auch noch das Erfordernis, dass die von der Störung betroffene Leistung noch nicht vorbehaltlos erfüllt wurde⁸⁹⁸ oder

⁸⁹¹ LEU, S. 113, zu den historischen Wurzeln.

⁸⁹² KRAMER, S. 274.

⁸⁹³ Zum Prinzip: Bundesgericht 4C.34/2000 E. 3c)bb) vom 24. April 2001 (unveröffentlichte Erwägung von BGE 127 III 300; in der konkreten Erwägung geht es um Irrtum nach Art. 24 OR); zur Risikotragung ferner auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1300.

⁸⁹⁴ PICHONNAZ, S. 41; LEU, S. 108. PICHONNAZ weist darauf hin, dass die geringe Anzahl an Gerichtsurteilen nicht bedeutet, dass das Thema von nachrangiger Bedeutung wäre; vielmehr geht die oftmals vorgesehene vertragliche Regelung für den Umgang mit unvorhergesehenen Äquivalenzstörungen vor.

⁸⁹⁵ Fehlende Vorhersehbarkeit als Voraussetzung: BGE 127 III 300 E. 5b)aa) S. 305; kritisch zu diesem Erfordernis vor dem Hintergrund der Herleitung der *clausula* als Vertragsergänzung KRAMER, S. 281.

⁸⁹⁶ Sowohl fehlende Vorhersehbarkeit als auch fehlende Vermeidbarkeit: BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 10.

⁸⁹⁷ BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 9–10. Zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1281, n. 1297–1300; PICHONNAZ, S. 27–29; LEU, S. 117–122.

⁸⁹⁸ Bundesgericht 2A.232/2005 E. 3.5 vom 18. Juli 2007; BGE 127 III 300 E. 5b) S. 305. Bei WIEGAND, BSK OR I, Art. 18 n. 100, wird verlangt, dass der Vertrag «Zeit für eine Veränderung der Verhältnisse lässt», was Einmalschuldverhältnisse ausschliesst. In dieser Formulierung kommt das Element der Vertragsdauer deutlicher zum Ausdruck als in der Formulierung des Bundesgerichts.

dass angesichts der Störung der vertraglichen Äquivalenz das unveränderte Festhalten am Vertrag zu einer missbräuchlichen Situation führen muss.⁸⁹⁹

Die Rechtsprechung betrachtet Rechtsänderungen gerade nicht als unvorhersehbar, was die Anwendung der privatrechtlichen *clausula* in solchen Fällen ausschliesst. Es ist die Meinung des Bundesgerichts und gewisser Autoren, dass bei längerfristigen Verträgen Rechtsänderungen durchaus zu erwarten sind.⁹⁰⁰ Ausnahmsweise anders sind Rechtsänderungen zu betrachten, die als solche zwar vorhersehbar waren, «nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag».⁹⁰¹ Dass Rechtsänderungen im Normalfall nicht als unvorhersehbar gelten, wird mit Ablauf und Transparenz der gesetzgeberischen Prozesse begründet.⁹⁰²

2. Dogmatische Abstützung und Rechtsfolgen

Die dogmatische Abstützung der *clausula* wird in der privatrechtlichen Lehre kontrovers diskutiert, wobei sie entweder als Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots von Art. 2 Abs. 2 ZGB (und somit als Ausnahme zu *pacta sunt servanda*) oder als Anwendungsfall richterlicher Lückenfüllung resp. Vertragsergänzung dargestellt wird.⁹⁰³ Auch das Bundesgericht hat in der Vergangenheit sowohl die eine wie auch die andere Fundierung beigezogen und die Frage in neueren Urteilen offengelassen.⁹⁰⁴

Kommt die *clausula* zum Zuge, sind verschiedene Rechtsfolgen denkbar: Der Vertrag kann zeitlich verlängert, verkürzt (resp. aufgehoben) oder inhaltlich abgeändert werden.⁹⁰⁵ Massgeblich ist zumindest in der Konzeption der *clausula* als Lückenfüllung der hypothetische Parteiwille – wie hätten die Vertragsparteien nach Treu und Glauben das Problem gelöst, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die entsprechende Veränderung der Umstände voraus-

⁸⁹⁹ Bundesgericht 4A_595/2008 vom 20. März 2009 E. 6 (unveröffentlichte Erwägung von BGE 135 III 295): «[...] *que le maintien du contrat se révélerait abusif*».

⁹⁰⁰ BGE 127 III 300 E. 5b)aa) S. 305; WIEGAND, BSK ORI, Art. 18 n. 103.

⁹⁰¹ BGE 127 III 300 E. 5b)aa) S. 305.

⁹⁰² KRAMER/SCHMIDLIN, BK OR, Art. 18 n. 339; BISCHOFF, S. 188–189. Bei BISCHOFF hingegen, der für die Anwendung der *clausula* das Vorliegen einer eigentlichen Sozialkatastrophe verlangt, kann eine Gesetzesänderung dann unter dem Gesichtspunkt der *clausula* massgeblich sein, wenn ein ausserordentlicher gesetzgeberischer Vorgang dazu führt, dass viele Personen besonders intensiv nachteilig betroffen werden.

⁹⁰³ Für einen Überblick KRAMER, S. 275–276; ferner WIEGAND, BSK OR, Art. 18 n. 117; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1293–1296; PICHONNAZ, S. 27–29; CHAPPUIS, CR ZGB I, Art. 2 n. 56.

⁹⁰⁴ BGE 127 III 300 E. 5b) S. 304; WIEGAND, BSK ORI, Art. 18 n. 117; CHAPPUIS, CR ZGB I, Art. 2 n. 56.

⁹⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1282; PICHONNAZ, S. 23–24, fügt zudem an, dass keine Klage auf Erfüllung der strittigen Vertragspflicht möglich ist; ferner BISCHOFF, S. 229–237.

gesehen hätten?⁹⁰⁶ Die Vertragsanpassung soll aber nur die stossendsten Effekte ausgleichen; Anspruch auf ein wirtschaftlich lohnenswertes Geschäft entsteht der betroffenen Vertragspartei daraus keiner.⁹⁰⁷

II. Was Rechtsprechung und Lehre im Verwaltungsrecht damit machen wollen

1. Anwendungsvoraussetzungen

Gemäss Rechtsprechung und Lehre soll die *clausula rebus sic stantibus* auch im Verwaltungsrecht zur Anwendung kommen.⁹⁰⁸ Folgende Voraussetzungen werden in der Rechtsprechung dafür angeführt:

- «Wesentliche»,⁹⁰⁹ «starke»⁹¹⁰ oder «objektiv ausserordentliche»⁹¹¹ Veränderungen;
- angesichts der Veränderung muss das Beharren auf der Vertragserfüllung als «geradezu rechtsmissbräuchlich» erscheinen,⁹¹² als ausbeuterisch,⁹¹³ (nach Treu und Glauben) unzumutbar;⁹¹⁴ die wortgetreue Erfüllung des Vertrags würde zu ungerechten Ergebnissen führen.⁹¹⁵

⁹⁰⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1293–1294; KRAMER, S. 276–278. KRAMER weist darauf hin, dass der Pfad zur Lösungsfindung durch das Gericht nicht genau derselbe ist, wenn die *clausula* nicht als Problematik der Lückenfüllung, sondern als Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots verstanden wird.

⁹⁰⁷ LEU, S. 123. In derselben Weise kann die *clausula* in einem komplexen Vertragsgeflecht auch nicht beigezogen werden, um sich eines lästigen Vertragsverhältnisses zu entledigen; Bundesgericht 4A_595/2008 vom 20. März 2009 E. 6 (unpublizierte Erwägung von BGE 135 III 295).

⁹⁰⁸ SUTTER/MÜLLER, S. 479–480. Von den beigezogenen Lehrmeinungen kann nur den Stellungnahmen IMBODENS, n. 101, 106, sowie ZWAHLENS, n. 250–263, eine offene Ablehnung der *clausula rebus sic stantibus* im Zusammenhang mit Rechtsänderungen im verwaltungsrechtlichen Vertrag entnommen werden. Weiter weisen etwa KLEIN und NGUYEN darauf hin, dass die *clausula* im Verwaltungsrecht an Konturen verliert und nur teilweise die privatrechtliche *clausula* im verwaltungsrechtlichen Vertrag wiederzufinden ist; KLEIN, S. 209–210; NGUYEN, S. 244–245.

⁹⁰⁹ BGE 122 I 328 E. 7b) S. 341.

⁹¹⁰ Verwaltungsgericht Zürich VK.2006.00007 vom 10. Juli 2008 E. 4.1.

⁹¹¹ Verwaltungsgericht Obwalden vom 17. Dezember 1991 E. 3b), in: ZBI 94/1993 S. 231–234.

⁹¹² Bundesgericht 2C_698/2008 vom 6. März 2009 E. 3; Verwaltungsgericht Zürich VK.2006.00007 vom 10. Juli 2008 E. 4.1.

⁹¹³ Verwaltungsgericht Zürich VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000 E. 4, in: ZBI 102/2001 S. 368–378.

⁹¹⁴ BGE 122 I 328 E. 7b) S. 341; Bundesverwaltungsgericht B-1990/2009 vom 6. Februar 2012 E. 4.6.1; Verwaltungsgericht Zürich VK.2006.00007 vom 10. Juli 2008 E. 4.1.

⁹¹⁵ Verwaltungsgericht Obwalden vom 17. Dezember 1991 E. 3b), in: ZBI 94/1993 S. 231–234.

Als weitere Voraussetzungen der *clausula* im öffentlichen Recht verlangen einzelne Urteile Zusätzliches:

- Fehlendes Eigenverschulden;⁹¹⁶
- Unvorhersehbarkeit der Veränderung;⁹¹⁷
- Interessenabwägung.⁹¹⁸

Im Gegensatz zum Privatrecht sucht man das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im öffentlichen Recht als Anwendungsvoraussetzung weitgehend vergeblich.⁹¹⁹

Auch bei VOGEL fehlt das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung als Anwendungsvoraussetzung der öffentlich-rechtlichen *clausula*. In einem Aufsatz spricht auch er sich dafür aus, dass die *clausula* – als vertragliches Gegenstück zum Widerruf – Grundlage für die Anpassung oder Aufhebung verwaltungsrechtlicher Verträge bieten soll.⁹²⁰ Ihre Herleitung sieht er für das öffentliche Recht im Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV sowie in den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns von Art. 5 BV.⁹²¹ Die Anwendungsvoraussetzungen lauten gemäss diesem Autor folgendermassen:

- Noch nicht restlos abgewickelter Rechtsgeschäft;
- wesentliche Veränderung der Verhältnisse;
- ausserhalb des Machtbereichs der betroffenen Partei;
- Interessenabwägung.⁹²²

Die Kriterien der fehlenden Vorhersehbarkeit resp. Vermeidbarkeit der Veränderung werden – gleich wie das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung⁹²³ – nicht als eigene Anwendungsvoraussetzungen aufgeführt.⁹²⁴ VOGEL

⁹¹⁶ Bundesverwaltungsgericht B-1990/2009 vom 6. Februar 2012 E. 4.6.5, 4.7.3.

⁹¹⁷ Verwaltungsgericht Obwalden vom 17. Dezember 1991 E. 3b), in: ZBI 94/1993 S. 231–234.

⁹¹⁸ Bundesverwaltungsgericht B-1990/2009 vom 6. Februar 2012 E. 4.6.1.

⁹¹⁹ Siehe dazu aber Bundesgericht 8C_75/2019 vom 17. Mai 2019 E. 6.4.3, wo das Kriterium Erwähnung findet (Anwendung der *clausula* verneint). Ferner Verwaltungsgericht Zürich VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000 E. 4a). In BGE 67 I 277 E. 7 S. 300–301 wird das Missverhältnis zwar angesprochen und als wesentlich dargestellt, gleichzeitig weist das Bundesgericht aber auch darauf hin, dass nicht das Missverhältnis ausschlaggebend sei, sondern die im konkreten Fall entstandene Rechtswidrigkeit der vertraglichen Regelung.

⁹²⁰ VOGEL, S. 304–308.

⁹²¹ VOGEL, S. 300. So auch hinsichtlich Treu und Glauben MOOR/POLTIER, S. 478. Sehr kritisch gerade auch aufgrund der unklaren Abstützung ZWAHLEN, n. 251–254.

⁹²² VOGEL, S. 304–308.

⁹²³ Aber VOGEL, S. 307–308: «Damit im öffentlichen Recht die Rechtsfolge der Vertragsanpassung bzw. -aufhebung zum Zug kommt, ist *nicht nur* auf das Gleichgewicht der geschuldeten Leistungen, sondern auch auf das Verhältnis der involvierten Interessen abzustellen» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁹²⁴ VOGEL, S. 304–308.

ist auch nicht der Einzige, der das Kriterium der Äquivalenzstörung fallen lässt; dieses findet sich im Gegenteil auch in anderen öffentlich-rechtlichen Lehrmeinungen kaum wieder.⁹²⁵

2. Anwendung der *clausula* zur Anpassung an verändertes Recht?

Wie sieht es nun aber aus mit der hier interessierenden Frage der Anpassung von verwaltungsrechtlichen Verträgen an verändertes Recht? Wo das Bundesgericht in einem älteren Entscheid zu einer Vereinbarung zwischen dem Bund und einem Kanton meinte, ausschlaggebend sei für die Anwendung der *clausula* im öffentlichen Recht, dass die Erfüllung des Vertrags gegen zwingendes Recht verstossen würde oder durch das behördliche Ermessen nicht mehr gedeckt sei,⁹²⁶ nahm das Verwaltungsgericht Zürich in einem vor einigen Jahren ergangenen Urteil eine andere Haltung ein: Dem Urteil lag die Frage zugrunde, was mit einer vertraglich unter altem Recht vereinbarten Sondernutzungskonzession zu geschehen habe. Diese enthielt nebst der Exklusivität der Benutzung des Bodens auch die dazugehörigen Abgaben. Aufgrund einer Revision des RTVG und des FMG wurde ein System von Polizeibewilligungen eingeführt, mit welchem alle Weiterverbreitungskonzessionäre einen Anspruch auf Nutzung des Bodens im Gemeingebrauch für den Bau und Betrieb von Leitungen erhielten. Neu durften dafür nur noch kostendeckende Gebühren erhoben werden. Damit war die Sondernutzungskonzessionärin nicht mehr bereit, die vertraglich vereinbarte Mehrentschädigung an die Gemeinde abzugeben. Das Verwaltungsgericht untersuchte die möglichen Anspruchsgrundlagen und gelangte zum Schluss, die *clausula* sei «in erster Linie auf die Anpassung von Verträgen an veränderte Verhältnisse zugeschnitten».⁹²⁷ Es stützte sein Urteil denn auch primär auf die Unmöglichkeit von Art. 119 OR ab, kombiniert mit einer Interessenabwägung, wie sie der Vertrauensschutz verlangt, und meinte, mit der veränderten Gesetzeslage sei auch die Gegenleistung hinfällig geworden.⁹²⁸

VOGEL will die *clausula* nicht nur für veränderte Umstände, sondern auch für Rechtsänderungen zur Anwendung bringen;⁹²⁹ mit dieser Ansicht ist er nicht alleine.⁹³⁰ Er befürwortet für das öffentliche Recht eine weniger restrikt-

⁹²⁵ Erwähnt wird das Missverhältnis bei MOOR/POLTIER, S. 478; KLEIN, S. 208.

⁹²⁶ BGE 67 I 277 E. 7 S. 301.

⁹²⁷ Verwaltungsgericht Zürich VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000 E. 4a), in: ZBI 102/2001 S. 368–378 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁹²⁸ Verwaltungsgericht Zürich VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000 E. 5c)–d), in: ZBI 102/2001 S. 368–378.

⁹²⁹ VOGEL, S. 306.

⁹³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 1368; KLEIN, S. 214–215, 217; GRÄTZER, S. 95, wobei dieser die Änderung nur zulassen will, wenn das Gesetz die vormalig nur vertraglich

tive Handhabung als hinsichtlich des privatrechtlichen Vertrags.⁹³¹ Das Kriterium der Unvermeidbarkeit wird zwar im Aufsatz VOGELS nicht separat aufgeführt, es kommt aber im Zusammenhang mit Rechtsänderungen indirekt wieder zum Zuge: Stammt die Änderung von einem übergeordneten Gemeinwesen, kann eine Anpassung des Vertrags erwirkt werden.⁹³² Eine durch den staatlichen Vertragspartner selbst verursachte Rechtsänderung ist hingegen nicht geeignet, mithilfe der *clausula* die Abänderung oder Aufhebung des verwaltungsrechtlichen Vertrags zu rechtfertigen. Diese Einschränkung kann insofern im Sinne des Kriteriums der Unvermeidbarkeit gedeutet werden, als dass die vertragsschliessende Behörde für eine derartige Rechtsänderung nicht verantwortlich zeichnet.

IMBODEN vertritt hinsichtlich der Anwendung der *clausula* bei Rechtsänderungen eine andere Meinung und argumentiert folgendermassen: Konzipiert als Mittel zur Anpassung einer Situation, die sich gemessen an den subjektiven Beweggründen der Parteien abweichend entwickelt hat, habe die *clausula* mit einer objektiv richtigen Situation wenig zu tun und sollte daher auch nicht dafür eingesetzt werden, den «dem Wesen rechtsgeschäftlicher Vereinbarung widersprechenden Massstab der objektiven Richtigkeit einer konkreten Norm ins Vertragsrecht [einzufügen]». ⁹³³ Auch ZWAHLEN will die *clausula* nicht in das Verwaltungsrecht übernehmen: «*Or, à elle seule, la théorie générale de la clausula ne résout rien, car elle est trop incertaine dans ses fondements et trop imprécise dans ses effets pour qu'on puisse en déduire directement des règles utilisables quant au problème qui nous occupe ici. S'y référer, c'est simplement admettre que le contrat de droit administratif doit dans certains cas échapper à la rigueur du principe pacta sunt servanda.*»⁹³⁴

Die Rechtsfolgen der verwaltungsrechtlichen *clausula* kommen ungeachtet der Ausrichtung – ob für veränderte Umstände oder verändertes Recht – nur selten explizit zur Sprache.⁹³⁵ Für die «privilegierte» *clausula* zugunsten des Staats dürfte dies daran liegen, dass die Art der Vertragsanpassung vom veränderten Recht vorgegeben wird. Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist so weit anzupassen, dass er dem neuen Recht entspricht. Die Frage, ob in diesem Fall dem be-

geregelter Materie reglementiert oder wenn das Gesetz die vertragliche Regelung als solche aufhebt.

⁹³¹ VOGEL, S. 308–309.

⁹³² VOGEL, S. 306.

⁹³³ IMBODEN, n. 101, 106.

⁹³⁴ ZWAHLEN, n. 253.

⁹³⁵ Bundesverwaltungsgericht B-1990/2009 vom 6. Februar 2012 E. 4.6.5, 4.8.1: Rechtsfolge ist die Beseitigung der schädlichen Auswirkungen unter Wahrung der unternehmerischen Eigenverantwortung.

troffenen Privaten eine Entschädigung zusteht, und wenn ja, auf welcher Rechtsgrundlage diese entrichtet wird, wird selten thematisiert.⁹³⁶

III. Eigene Einschätzung zur Anwendung der *clausula* für den Umgang mit Rechtsänderungen

Es ist durchaus denkbar, dass sich im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag Situationen ergeben können, in denen eine Veränderung der Umstände mittels *clausula rebus sic stantibus* bewältigt werden könnte. Auch beim verwaltungsrechtlichen Vertrag sind Situationen möglich, wo eine Veränderung der Umstände dazu führt, dass ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eintritt. Dazu soll aber vorliegend nicht weiter Stellung genommen werden, denn der primäre Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist die nachträgliche Rechtsänderung.

Was die Anwendung der *clausula* für Rechtsänderungen angeht, so ist diese nur möglich, wenn auf die beiden zentralen Voraussetzungen des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung sowie der Unvorhersehbarkeit resp. Unvermeidbarkeit verzichtet wird. Dass dies auch tatsächlich getan wird, zeigte der Blick zu Rechtsprechung und Lehre. Es ist aber die hier vertretene Ansicht, dass mit dem Verzicht auf diese beiden Voraussetzungen wenig übrig bleibt, das gegenüber einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung und dem Interesse des Privaten an der unveränderten Vertragserfüllung (Vertrauensschutzinteresse) einen Mehrwert zu bieten vermöchte. Dies zeigt, dass die *clausula* des Privatrechts mit der Anpassung von Verträgen an verändertes Recht wenig gemeinsam hat: In der privatrechtlichen Version der *clausula* besteht der Grund der Änderung in einem stossenden wirtschaftlichen Ungleichgewicht, das Ziel derselben immer und alleine in einem «Erträglichmachen» des Vertrags. Mit der Anpassung eines geltenden Vertrags an den Massstab des neuen Rechts hat dies nichts gemeinsam: Die vorzunehmende Anpassung des Vertrags an neues Recht ist diejenige, die das neue Recht verlangt. Dafür ist weder ein Ungleichgewicht notwendig noch orientiert sich das Ausmass der Anpassung an der Rentabilität des Rechtsgeschäfts. Es orientiert sich am Gewicht des öffentlichen Interesses an der Anwendung des neuen Rechts sowie am Gewicht des entgegenstehenden Vertrauensschutzes.

⁹³⁶ MOOR/POLTIER, S. 478: Keine Entschädigung, aber ohne Begründung; KLEIN, S. 218–219: Entschädigung aus Vertrauensschutz oder Enteignung wohlverworbener Rechte; TH. MÜLLER, *Verwaltungsverträge*, S. 265, spricht sich für die Anwendung französischer Theorien aus, auf jeden Fall sollte eine Anpassung des Vertrags nur mittels finanziellen Ausgleichs erfolgen dürfen.

Problematisch ist ferner auch das Kriterium der Unvorhersehbarkeit resp. Unvermeidbarkeit: Die Anpassung an verändertes Recht ist aufgrund der Verfassung nicht der Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit zu unterstellen. Eine Rechtsänderung kann nicht nur dann auf einen Anwendungsakt durchschlagen, wenn sie unvorhersehbar war. Die Unvorhersehbarkeit könnte allenfalls derart zur Konkretisierung beigezogen werden, dass eine Änderung allerhöchstens dann vom Privaten entschädigungslos zu dulden ist, wenn der staatliche Vertragspartner nicht nur nachweist, dass die Änderung gewichtigen, dringenden öffentlichen Interessen entspricht, sondern ebenso, dass sie unvorhersehbar war und mit sorgfältiger Planung nicht hätte vorausgesehen werden können.

Zusammengefasst erfordert die Anwendung der *clausula* auf Rechtsänderungen im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag den Verzicht auf mindestens zwei wesentliche Kriterien: das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit sowie das gravierende Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung – die beiden Dreh- und Angelpunkte der privatrechtlichen *clausula*. Als wesentlicher Schwachpunkt verbleibt zudem auch bei der Anwendung einer so veränderten *clausula* die Tatsache, dass man für das öffentliche Recht damit noch keine Anhaltspunkte für den finanziellen Ausgleich der Anpassung des Vertrags gewinnt.

§ 10 Das Entschädigungsrecht, oder:
Wie hat der Private eine Entschädigung
aus staatlicher Einwirkung geltend zu machen?

A. Vertrauensschutz und Staatshaftungsrecht

I. Ausgangslage

1. Was tun bei fehlender gesetzlicher Grundlage?

Es hat sich gezeigt, dass sich aus dem Vertrauensschutz ableiten lässt, dass dem privaten Vertragspartner im verwaltungsrechtlichen Vertrag eine Entschädigungsforderung zusteht, wenn der Staat dessen vertragliche Ansprüche trotz der Existenz eines privaten Vertrauensschutzinteresses verkürzt.⁹³⁷ Geht es darum, einen solchen Anspruch konkret geltend zu machen, stellen sich verschiedene ungelöste Verfahrensfragen.

Erstens fehlt es oftmals an einer expliziten Gesetzesbestimmung für die vertrauensschutzrechtliche Entschädigung, was unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips Fragen aufwirft. Das Legalitätsprinzip verlangt, dass jede staatliche Leistungspflicht auf einer gesetzlichen Grundlage fusst.⁹³⁸ Das Bundesgericht stellt sich zuweilen auf den Standpunkt, dass eine Entschädigung in einem Gesetz vorgesehen zu sein hat (sog. «Entschädigungspositivismus»⁹³⁹), was von der Lehre beständig kritisiert wird.⁹⁴⁰ Umstritten ist, ob sich eine Schadenersatzpflicht in Abwesenheit einer Grundlage auf Gesetzesstufe auch direkt aus der Bundesverfassung ergeben kann.⁹⁴¹ Die beiden Ausnahmen, wo das Bundesgericht eine Entschädigungspflicht jedoch direkt auf der Basis der Bun-

⁹³⁷ Siehe dazu *supra* S. 129 ff. (zur Rechtsfolge allgemein), 177 ff. (zum positiven Interesse).

⁹³⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 60 n. 7.

⁹³⁹ So etwa Bundesgericht 2C_960/2013, 2C_968/2013 und 2C_973/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 3.5.1–3.5.2; Bundesgericht 2C_20/2011 und 2C_21/2011 vom 1. Juli 2011 E. 3.3.3; BGE 118 Ib 241 E. 5d) S. 250; BGE 102 Ib 198 E. 2a) S. 201. Gewisse Autoren stellen sich aber auf den Standpunkt, dass es sich gerade bei der Haftung für widerrechtliches Handeln, wie sie unter das hier diskutierte Entschädigungsrecht fällt, nicht um eine positive Leistungspflicht des Staates handelt, sondern einen Verzicht auf einen dauerhaften Eingriff in privates Vermögen; siehe dazu SCHAUB, S. 460 Fn. 10 sowie S. 463 Fn. 40.

⁹⁴⁰ SCHAUB, S. 460–461; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 146. GROSS, Grundrechtsschutz, S. 1431, weist darauf hin, dass ein zu strenger Entschädigungspositivismus den Schutzzweck des Legalitätsprinzips in sein Gegenteil verkehre und dazu führe, dass nicht der Bürger vor dem Staat geschützt werde, sondern der Staat vor dem Bürger.

⁹⁴¹ TANQUEREL, Acte licite, S. 92: «*Une disposition constitutionnelle peut en effet incontestablement constituer une base légale formelle et primer, en vertu de la hiérarchie des normes, les dispositions législatives, y compris l'éventuel silence qualifié de ces dernières.*» Ferner SCHAUB, S. 460; WIEDERKEHR, S. 65; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 156.

desverfassung hergeleitet und akzeptiert hat, sind die materielle Enteignung und die Entschädigung aus Art. 9 BV.⁹⁴²

Zweitens steht vielmals kein dediziertes Verfahren zur Verfügung, das den Weg von der Entstehung eines Nachteils hin zur Geltendmachung eines Anspruchs aus Vertrauensschutz aufzeigt.⁹⁴³

2. *Bestehende öffentlich-rechtliche Entschädigungsmöglichkeiten*

Vor dem soeben skizzierten Hintergrund stellt sich also die Frage, ob auf eines der anderen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsverfahren zugegriffen werden kann, um eine Schadenersatzleistung zu erhalten.⁹⁴⁴ In der Lehre wird ein Vorgehen und eine Zuständigkeitsregelung in direkter oder analoger Anwendung des Staatshaftungsrechts befürwortet, teilweise auch des Enteignungsrechts.⁹⁴⁵ Es ist die hier vertretene Ansicht, dass je nach Ausgestaltung des massgeblichen kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts eine Schadenersatzklage ohne Wei-

⁹⁴² SCHAUB, S. 460; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 146. Zusprechung einer Entschädigung aus Vertrauensschutz u.a. in Bundesgericht 2C_180/2017 vom 10. Januar 2018 E. 4; BGE 125 II 431 E. 6 S. 438–439; BGE 121 V 71 E. 2a)–b) S. 74–76 (alle bereits *supra* Fn. 583 zitiert). Die Lehre hat verschiedene Ansätze verfolgt, um ohne den Umweg über die (infrakonstitutionelle) gesetzliche Grundlage für einer Entschädigung aus der Verfassung zu gelangen, so u.a. mit der Annahme einer Generalklausel oder dem Beizug anderer Verfassungsnormen als direkte Grundlage für eine Entschädigung, so etwa Art. 8 BV, Art. 29a BV oder durch die Deutung von Art. 146 BV als eigenständiges verfassungsmässiges Recht. Siehe dazu u.a. SCHAUB, S. 461–463; WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht, S. 340–344.

⁹⁴³ WIEDERKEHR, S. 82; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 170. Vgl. für einige Beispiele kantonalen Bestimmungen, die immerhin die Haftung für falsche behördliche Auskunft gesetzlich ausformulieren, WIEDERKEHR, S. 71–72.

⁹⁴⁴ Auch wenn das massgebliche kantonale Recht eine gesetzliche Grundlage für die Geltendmachung einer Entschädigungsforderung aus Vertrauensschutz vorsieht, wie dies in Bundesgericht 2C_973/2013, 2C_960/2013 und 2C_968/2013 vom 28. Oktober 2014 (*Schweineinstallfall*) der Fall gewesen war, so stellt sich dennoch die Frage, in welchem Verhältnis sich dieses Verfahren zum kantonalen Staatshaftungsverfahren befindet. Entsprechend waren im obigen Fall beide kantonalen Rechtsgrundlagen zu prüfen.

⁹⁴⁵ Für eine Zuständigkeit analog des Haftungsrechts sprechen sich KLEIN, S. 235, sowie JAAG, Entschädigungsrecht, S. 170, aus. WIEDERKEHR, S. 82–83, enumeriert drei Optionen, zusätzlich zur analogen Anwendung der Zuständigkeiten des Haftungsrechts erwähnt er ein Vorgehen analog der formellen oder materiellen Enteignung – was aber an den engen Zuständigkeiten der Schätzungskommissionen zu scheitern droht, siehe dazu u.a. BGE 108 Ib 499 E. 1b) S. 500–501; Staatshaftungsrecht oder materielle Enteignung auch bei DICKE, S. 528. Ferner Verwaltungsgericht Zürich VB.2005.00015 vom 21. April 2005 E. 4. Siehe zudem im Zusammenhang mit der Enteignung wohlerworbener Rechte die *supra* S. 107 ff. zur Frage der Enteignung verwaltungsvertraglicher Rechte zitierte Rechtsprechung.

teres gestützt auf Art. 9 BV infrage kommen muss.⁹⁴⁶ Vorliegend soll aber nicht auf die Besonderheiten des Klageverfahrens eingegangen werden. Stattdessen geht es darum, die Grundzüge und materiell-rechtlichen Berührungs- resp. Divergenzpunkte dreier verschiedener Haftungsgrundlagen zu vergleichen.

Nebst dem Vertrauensschutz sollen folgende Haftungsgrundlagen betrachtet werden:

Erstens verfügt eine geschädigte Person im privatrechtlichen Kontext über die Möglichkeit, Art. 41 OR beizuziehen. Als Grundprinzip der ausservertraglichen Haftung verlangt Art. 41 OR, dass ein widerrechtlich zugefügter Schaden zu ersetzen ist.⁹⁴⁷ *In casu* fragt sich daher, ob es möglich ist, auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertragssachverhalt den aus nachteiliger staatlicher Einwirkung erlittenen Schaden auf der Grundlage der *Staatshaftung* geltend zu machen, die als öffentlich-rechtliches Pendant zu Art. 41 OR dienen soll (*infra* II.–IV.).⁹⁴⁸

Zweitens soll mit Art. 97 OR auch auf die andere, aus vertraglicher Sicht näherliegende Haftungsgrundlage eingegangen werden, deren Anwendbarkeit auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag ebenfalls teilweise befürwortet wird. Diese Bestimmung verfügt im Gegensatz zu Art. 41 OR über kein gleichgerichtetes öffentlich-rechtliches Konstrukt; entsprechend sind es die eigentlichen Anwendungsvoraussetzungen von Art. 97 OR, die auf ihre Eignung für den verwaltungsrechtlichen Vertrag zu prüfen sein werden (*infra* B.). Sind die Voraussetzungen sowohl der regulären Vertragshaftung nach Art. 97 OR als auch von Art. 41 OR gegeben, verfügt die betroffene Person zumindest im Privatrecht über Anspruchskonkurrenz.⁹⁴⁹

Die Entschädigung aus materieller Enteignung wird im vorliegenden Kontext nicht mehr im Detail aufgenommen.⁹⁵⁰

⁹⁴⁶ Auf Bundesebene sieht Art. 35 lit. a VGG vor, dass das Bundesverwaltungsgericht auf Klage hin über Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes entscheidet. Ferner Art. 81 lit. b VRG (ZH). Siehe zur Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes, d.h. zur Pflicht, die beanstandete behördliche Handlung vorerst auf dem Beschwerdeweg anzufechten, bevor ein Entschädigungsbegehren gestellt wird, *infra* S. 215 f.

⁹⁴⁷ Siehe dazu sogleich *infra*.

⁹⁴⁸ GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 152: «Die Haftung aus Gesetz (Verantwortlichkeitsrecht von Bund und Kantonen) ist somit der Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) und den verschiedenen Kausalhaftungstatbeständen gleichzustellen.»

⁹⁴⁹ WERRO, Responsabilité civile, n. 1656.

⁹⁵⁰ Siehe zu den Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang *supra* S. 100 ff., 113 ff.

II. Unterschiedliche Funktionsweisen und Kernbegriffe in Staatshaftung und Vertrauensschutz

Das gesamte öffentliche Entschädigungsrecht, angeführt vom Staatshaftungsrecht, der Enteignung und dem Vertrauensschutz, gleicht einem Flickwerk mit Haftungsgrundlagen, die sich historisch eigenständig entwickelt haben.⁹⁵¹ Entsprechend weisen sie nur punktuelle, teilweise zufällig anmutende Überschneidungen auf. Auf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Haftungsgrundlagen angesprochen, spricht die Lehre denn auch von «weitgehend ungelöste[n] Konkurrenzprobleme[n]».⁹⁵²

1. Rechtmässige staatliche Handlungen und solche, die es nicht sind

Die Staatshaftung knüpft typischerweise an die Dichotomie «rechtmässige» vs. «widerrechtliche» Schädigung an. Um Staatshaftungsansprüche auszulösen, bedarf es typischerweise einer *widerrechtlichen* Schädigung⁹⁵³ – wobei die Definition dieser Widerrechtlichkeit gewisse Tücken aufweist (dazu sogleich *infra* III.1.).

Dahingegen interessiert sich der Vertrauensschutz nicht für diese beiden Konzepte des rechtmässigen und widerrechtlichen Handelns; die Rechtsfolge wird hier aus einer Abwägung zwischen öffentlichem Interesse und privatem Vertrauensschutzinteresse abgeleitet.⁹⁵⁴ Es wird zwar typischerweise gesagt, die Vertrauenshaftung nach Art. 9 BV betreffe einen Fall der Haftung für rechtmässiges Staatshandeln.⁹⁵⁵ Dies ist aus haftungsrechtlicher Sicht dann der Fall, wenn ein Rechtfertigungsgrund für die Verletzung des absoluten Rechtsguts oder der Schutznorm vorliegt.⁹⁵⁶ Betrachtet man aber die verschiedenen oben diskutierten Konstellationen der Grundrechtsanwendung beim Vertrauensschutz,⁹⁵⁷ so fällt auf, dass diese Sichtweise zumindest aus haftungsrechtlicher Sicht unvollständig ist: Sofern das öffentliche Interesse das private Vertrauensschutzinteresse überwiegt,⁹⁵⁸ handelt es sich durchaus um eine Haftung für

⁹⁵¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 60 n. 2; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 146, 171.

⁹⁵² WIEDERKEHR, S. 81; ferner JAAG, Entschädigungsrecht, S. 170–171.

⁹⁵³ So auf Bundesebene gemäss Art. 3 Abs. 1 VG.

⁹⁵⁴ Dasselbe explizit auch bei U. MÜLLER, S. 193. In Verwaltungsgericht Zürich VB.2005.00015 vom 21. April 2005 E. 3 bezeichnet das Gericht den Vertrauensschutz als Haftung «im Grenzbereich der Haftung für widerrechtliches und für rechtmässiges Verhalten». Siehe zum Mechanismus der Grundrechtsanwendung *supra* S. 128 f.

⁹⁵⁵ Bundesgericht 2C_960/2013, 2C_968/2013 und 2C_973/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 3.4.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 60 n. 5.

⁹⁵⁶ WERRO, CR ORI, Art. 41 n. 95.

⁹⁵⁷ Siehe *supra* S. 128 f.

⁹⁵⁸ Vgl. dazu die dritte Konstellation *supra* S. 128.

rechtmässiges Staatshandeln, denn es wird dem Privaten zugunsten seines Anspruchs aus Art. 9 BV eine Rechtsfolge gewährt (u.U. eine Entschädigung), obwohl das öffentliche Interesse obsiegt und damit weder *rechtswidriges* Handeln noch *widerrechtliches* Handeln im haftungsrechtlichen Sinne vorliegt.⁹⁵⁹ Dass es sich beim Vorrang des privaten Interesses vor dem öffentlichen Interesse⁹⁶⁰ durchaus aber auch je nach Situation um eine *Grundrechtsverletzung*,⁹⁶¹ d.h. eine echte Haftung aus *rechtswidriger* Tätigkeit handeln kann, belegen Beispiele, in denen es nicht mehr möglich ist, einen bereits geschehenen staatlichen Eingriff ohne Nachteil rückgängig zu machen. Wenn aufgrund des *überwiegenden privaten Interesses* eine Entschädigung aus Vertrauensschutz zu leisten ist, ergibt sich diese in der hier vertretenen Ansicht aus *rechtswidrigem* staatlichem Eingriff. Diese Bezeichnung des staatlichen Eingriffs drängt sich deswegen auf, weil gerade keine Rechtfertigung durch überwiegendes öffentliches Interesse geschieht.⁹⁶² Beispielhaft kann auf BGE 121 V 71 verwiesen werden, wo es ein Auslandschweizer in Brasilien aufgrund einer falschen Auskunft der dafür zuständigen schweizerischen Gesandtschaft während zehn Jahren versäumte, AHV-Versicherungsbeiträge zu leisten. Als Konsequenz verringerte sich dessen Altersrente bedeutend. Das private Vertrauensschutzinteresse des Beschwerdeführers wurde als gegenüber dem öffentlichen Interesse überwiegend eingestuft, womit die Rente unter Schliessung der Beitragslücke neu zu berechnen war. Dies resultierte für den Staat in höheren Zahlungen. Diese höheren Rentenzahlungen ergaben sich aus der Tatsache, *dass das private Interesse des Beschwerdeführers nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse übertrumpft wurde* – also dadurch, dass der Staat, indem er das Vertrauen des Beschwerdeführers enttäuschte, nicht rechtmässig handelte.

2. *Rechtswidrigkeit und Widerrechtlichkeit*

Entsprechend der unterschiedlichen Struktur der beiden Haftungsgrundlagen fehlt ihnen auch eine erkennbare gemeinsame Terminologie. Dies zeigt sich am klarsten im obigen Abschnitt, wo von *rechtswidrigem* staatlichem Handeln die Rede war. Im Staatshaftungsrecht bedarf es aber nicht der Rechtswidrigkeit, sondern der *Widerrechtlichkeit*. Diese wiederum umfasst lediglich gewisse Arten von Rechtsverletzungen. Auf den Begriff der Widerrechtlichkeit soll sogleich eingegangen werden. Die Sonderfrage, ob eine Grundrechtsverletzung

⁹⁵⁹ Zu den verschiedenen Begrifflichkeiten siehe sogleich *infra* im Text.

⁹⁶⁰ Vgl. dazu die zweite Konstellation *supra* S. 128.

⁹⁶¹ Zum Begriff der Grundrechtsverletzung *supra* Fn. 671.

⁹⁶² Siehe zum Mechanismus der Grundrechtsbeschränkung beim Vertrauensschutz *supra* S. 152 ff.

zugleich den *Widerrechtlichkeitsbegriff* erfüllen kann, wird ebenfalls noch zu thematisieren sein (dazu *infra* III.4.).

III. Ein Grundriss der Staatshaftung

1. *Widerrechtlichkeit*

Kann der private Vertragspartner, der aufgrund einseitiger staatlicher Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag einen Schaden erleidet, Ansprüche aus Staatshaftung geltend machen? Auf Bundesebene sieht das Verantwortlichkeitsgesetz vor, dass der Bund für denjenigen Schaden haftet, «den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt», und zwar (scheinbar) «ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten».⁹⁶³

Nur wenn eine Schädigung *widerrechtlich* erfolgt, soll der Staat haften und daher Ersatz leisten müssen. Diese *Widerrechtlichkeit*, definiert nach der auch für Art. 41 OR massgeblichen objektiven *Widerrechtlichkeitstheorie*,⁹⁶⁴ kann sich in Form von *Erfolgsunrecht* oder von *Verhaltensunrecht* materialisieren.⁹⁶⁵ Beim *Erfolgsunrecht* (*illicéité de résultat*) soll es ausreichen, dass die Schädigung ein absolutes Rechtsgut betrifft, damit *Widerrechtlichkeit* angenommen wird.⁹⁶⁶ Ist nur ein relatives Recht verletzt (typischerweise das Vermögen),⁹⁶⁷ reicht es nicht aus, dass eine Gesetzesbestimmung verletzt wird und dieser Verstoss zu einem Schaden führt; vielmehr muss eine Verletzung einer Gesetzesbestimmung *mit konkreter Schutzrichtung zugunsten des geschädigten Rechtsguts* zu finden sein (*Verhaltens- oder Handlungsunrecht, illicéité de comportement*).⁹⁶⁸

⁹⁶³ Art. 3 Abs. 1 VG. Die dazugehörige Verfassungsbestimmung, Art. 146 BV, sieht vor: «Der Bund haftet für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen.» Eine uniforme Art der Staatshaftung gibt es nicht; vielmehr bestehen nebeneinander kantonale Bestimmungen und solche des Bundesrechts sowie Spezialregelungen.

⁹⁶⁴ BGE 123 II 577 E. 4c)bb) S. 581–582; BGE 91 I 449 E. 3 S. 453.

⁹⁶⁵ FHB-RYTER, n. 29.84. Zur objektiven *Widerrechtlichkeitstheorie* ferner WERRO, *Responsabilité civile*, n. 331.

⁹⁶⁶ FHB-RYTER, n. 29.85–29.86.

⁹⁶⁷ Die Auseinandersetzung mit typisch *ausservertraglichen* Themen wie dem *Widerrechtlichkeitsbegriff* oder – als Folge ebendieses *Widerrechtlichkeitsbegriffs* – dem Ersatz reiner Vermögensschäden, die dies bedingt, mag im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag erstaunen; schliesslich widmet sich diese Arbeit gerade den *vertraglichen* Rechtsfolgen einseitiger staatlicher Einwirkung, und es liegt im Wesen der vertraglichen Haftpflicht, dass reine Vermögensschäden ohne Umweg über das Konstrukt der *Widerrechtlichkeit* ersetzt werden können. Es ist die oben erwähnte Nähe zur «ausservertraglichen» Haftungsgrundlage der Staatshaftung, die die Auseinandersetzung mit dem Thema der *Widerrechtlichkeit* bedingt.

⁹⁶⁸ Zum Ganzen UHLMANN, *Staatshaftungsrecht*, n. 117–123. Ferner WERRO, *Responsabilité civile*, n. 342–346; FHB-RYTER, n. 29.89; POLTIER, *L'illicéité*, S. 48–51.

Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie und ihre Handhabung bereiten bereits im Privatrecht Mühe;⁹⁶⁹ sie werden verschiedentlich kritisiert.⁹⁷⁰ Es wird u.a. dafür votiert, alleine auf die Sorgfaltspflichtverletzung und damit die Vermeidbarkeit der Schädigung durch den Schädiger abzustellen,⁹⁷¹ womit nicht mehr nach Art des geschädigten Rechtsguts unterschieden würde.⁹⁷² Im öffentlichen Recht fällt auf, dass verschiedenste zusätzliche Kriterien bemüht werden, von denen die Schadenersatzpflicht *zusätzlich* zur Widerrechtlichkeit abhängig gemacht wird. So wird etwa bei Rechtsakten verlangt, dass geradezu eine «unentschuld bare Fehlleistung»,⁹⁷³ eine *wesentliche Amtspflichtverletzung* begangen worden sein soll, damit eine Haftung bejaht werden kann.⁹⁷⁴ Damit wird das Verschulden geprüft, obwohl dieses im Gegensatz zum Privatrecht für die Staatshaftung nicht wesentlich sein soll.⁹⁷⁵ Solche dogmatischen Konstrukte sind nicht immer auf den ersten Blick nachvollziehbar; zudem stehen sie in augenfälligem Kontrast etwa zur Rechtsprechung des EuGH, der die Haftung der Mitgliedstaaten für Verstösse gegen das Gemeinschaftsrecht auch im Zusammenhang mit Rechtsakten weniger einschränkend handhabt.⁹⁷⁶ Einschränkungen der Haftungsvoraussetzungen wie etwa die Beschränkung auf schuldhaftes Rechtsverstösse⁹⁷⁷ oder die Beschränkung des Entschädigungsumfanges auf be-

⁹⁶⁹ WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 345.

⁹⁷⁰ Siehe dazu u.a. FHB-RYTER, n. 29.88; POLTIER, L'illicéité, S. 50–51.

⁹⁷¹ WERRO, Öffentlichrechtliche Staatshaftung, S. 134–136.

⁹⁷² WERRO, CR ORI, Art. 41 n. 73.

⁹⁷³ BGE 132 II 449 E. 3.3 S. 457.

⁹⁷⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 62 n. 42–44 (Rechtsakte betreffend). Für eine Übersicht der Schwierigkeiten und Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem Erfordernis der wesentlichen Amtspflichtverletzung siehe UHLMANN, Staatshaftungsrecht, n. 124–128. Dieser Autor führt als erste Unsicherheit die Frage auf, auf welche Situationen das Erfordernis der wesentlichen Amtspflichtverletzung überhaupt anwendbar sei. Er schlägt vor, sowohl bei Rechtsakten als auch bei Realakten auf dem Erfordernis der wesentlichen Amtspflichtverletzung zu bestehen und im Gegenzug die zu strenge Praxis hinsichtlich der Schutzrichtung der verletzten Norm beim Verhaltensunrecht zu korrigieren, um ein ebenmässiges Haftungsniveau zu erreichen. Sehr breit formuliert scheint das Erfordernis der wesentlichen Amtspflichtverletzung in Bundesverwaltungsgericht A-793/2011 vom 20. Februar 2012 E. 4.1.

⁹⁷⁵ Art. 3 Abs. 1 VG. Dies im Gegensatz zu Art. 41 OR, der sich auf die *absichtliche oder fahrlässige* Schädigung bezieht. Vgl. dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 62 n. 44; WERRO, Öffentlichrechtliche Staatshaftung, S. 128; sehr kritisch dazu RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 377–378. Eine Übersicht zum Verhältnis zwischen Widerrechtlichkeit und Pflichtverletzung in der Staatshaftung findet sich bei WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung, S. 350–353.

⁹⁷⁶ Siehe etwa Urteil des EuGH vom 5. März 1996, RS. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, Slg. 1996 I-01029, n. 68–73, wo sich der Gerichtshof explizit dagegen stellt, gesetzgeberische staatliche Tätigkeit von der Staatshaftung auszunehmen.

⁹⁷⁷ EuGH, *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, n. 81–87.

stimmte, «besonders geschützte [...] individuelle [...] Rechtsgüter»⁹⁷⁸ wie das Eigentum, werden als unzulässig erachtet, weil sie geeignet sind, den Schutz des Einzelnen auszuhöhlen.⁹⁷⁹

Was wäre nun also im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag ein Fall von Widerrechtlichkeit? Ein denkbare Beispiel ist die Einführung stringenter Vorgaben hinsichtlich Datensicherheit durch die staatliche Vertragspartnerin im Zusammenhang mit der Erfüllung eines verwaltungsrechtlichen Vertrags, der die Verwaltung grösserer Datenbestände umfasst. Diese neuen staatlichen Vorgaben lassen die Kosten der Vertragserfüllung für die private Vertragspartnerin ansteigen, etwa weil zusätzliches Personal angestellt werden muss, auf eine andere IT-Lösung umgestellt oder weil die Pflicht zur Durchführung regelmässiger Audits eingeführt wird. Die Kosten des Unternehmens erhöhen sich, ohne dass die Verletzung eines absoluten Rechtsguts im Spiel steht; das Unternehmen erleidet einen reinen Vermögensschaden. Die Widerrechtlichkeit könnte also nur dann angenommen werden, wenn argumentiert werden könnte, damit werde eine Norm verletzt, die gerade den Schutz des Vermögens der privaten Vertragspartnerin zum Zweck habe. Damit dürfte je nach Norm viel Inspiration in der Auslegung gefragt sein. Eine solche Schutznorm könnte etwa darin erblickt werden, dass die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen, auf welchen der verwaltungsrechtliche Vertrag geschlossen wurde, der Behörde explizit vorgeben, eine bestimmte staatliche Aufgabe sei mittels Abschluss verwaltungsrechtlicher Verträge zu erfüllen. Wird aus der Gesetzesauslegung ferner klar, dass der Gesetzgeber beim Erlass der betreffenden Norm auch die wirtschaftliche Realität des entsprechenden Vertragskonstrukts für den privaten Vertragspartner im Auge hatte (d.h. die entsprechende Regelung darauf abzielte, auch die privaten Vermögensinteressen zu schützen), so könnte ein Eingriff durchaus als Verletzung einer Schutznorm zu qualifizieren sein. Das Beispiel zeigt jedoch, dass dies oftmals ein steiniger Weg sein dürfte.

2. Rechtsakte vs. Realakte

In Zusammenhang mit diesem Beispiel zeigt sich eine weitere Schwierigkeit: Die Staatshaftung ist geprägt vom Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes, resp. der Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes.⁹⁸⁰ Demnach sind *Rechtsakte* zuerst anzufechten, um die Korrektur der schädigenden Handlung im Rechtsmittelverfahren zu erzielen. Wurde eine Verfügung nicht angefochten oder blieb diese Anfechtung letztinstanzlich erfolglos, so bleibt der betroffenen

⁹⁷⁸ EuGH, *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, n. 86.

⁹⁷⁹ EuGH, *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, n. 74, 79, 87.

⁹⁸⁰ POLTIER, *L'illicéité*, S. 62.

Person das Staatshaftungsverfahren versagt.⁹⁸¹ Entsprechend findet die Staatshaftung ihre raison d'être bei schädigenden Realakten: dann nämlich, wenn amtliches Handeln zur Schädigung Einzelner führt, ohne dass dagegen ein Rechtsmittel ergriffen werden kann.⁹⁸² Die dornenvolle Frage, wie die einseitige behördliche Einwirkung auf den Vertrag vonstatten geht und wie diese Einwirkung zu qualifizieren ist, taucht an dieser Stelle wieder an die Oberfläche auf. Die Einführung neuer Vorschriften betreffend Datensicherheit im obigen Fall kann durch regulatorisches staatliches Handeln, mithin also indirekt durch Gesetz oder Verordnung, erfolgen. Denkbar ist auch die Situation, in der die Vertragsbehörde eine solche Pflicht direkt im Vertrag einführt, mittels vertraglicher Willensäußerung oder durch Verfügung.⁹⁸³ Verfügt im obigen Beispiel die Behörde die neue Pflicht im laufenden Vertrag, so stellt sich die Frage, ob auch hier die Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes spielt. Die *ratio* des Subsidiaritätsgrundsatzes sowie wohl auch die Pflicht zur Schadensminderung (Art. 44 Abs. 1 OR analog)⁹⁸⁴ dürften wohl dafür sprechen, dass in einem vertraglichen Sachverhalt vorerst gerade kein Staatshaftungsverfahren möglich wäre, sofern die umstrittenen Folgen des staatlichen Eingriffs durch ein anderes Vorgehen noch beseitigt werden könnten.⁹⁸⁵

Will jemand im Zusammenhang mit Schädigungen *aus Rechtsakten* ein Staatshaftungsbegehren geltend machen, so gelten erhöhte Anforderungen. Es wurde bereits erwähnt, dass zusätzlich zur Widerrechtlichkeit auch das Vorlie-

⁹⁸¹ Art. 12 VG; FHB-RYTER, n. 29.217–29.220; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 62 n. 51; RÜTSCHKE, Sicherheitsrisiken, n. 17.

⁹⁸² Ferner kann das Staatshaftungsverfahren dazu verwendet werden, den Ersatz zwischenzeitlicher Schäden zu erzielen; gemeint sind damit Schäden, die im Zuge des Rechtsmittelverfahrens nicht behoben werden können; vgl. dazu RÜTSCHKE, Sicherheitsrisiken, n. 18.

⁹⁸³ Zu dieser Frage, ob der Verfügung oder der vertraglichen Willensäußerung im verwaltungsrechtlichen Vertrag der Vorzug zu geben ist, siehe *infra* S. 230 f.

⁹⁸⁴ Art. 44 Abs. 1 OR findet zumindest im Zusammenhang mit der Nichterfüllung privatrechtlicher Verträge aufgrund des Verweises von Art. 99 Abs. 3 OR ebenfalls Anwendung; WERRO, Responsabilité civile, n. 1657.

⁹⁸⁵ Das Bundesgericht hat im bereits oben erwähnten Urteil 2P. 67/1995 vom 30. Mai 1995 E. 4a), in: ZBl 97/1996 S. 91–94, entschieden, dass auch vor der Geltendmachung von Forderungen aus Vertrauensschutz zuerst die strittige Massnahme anzufechten sei. Es handelte sich im zu entscheidenden Sachverhalt allerdings um den Widerruf einer Subventionszusage, wo es tatsächlich etwas eigenartig erschien, dass die Betroffenen die widerrufenen Subventionsbeträge auf dem Wege der Entschädigung aus Vertrauensschutz wieder zurückerhalten wollten. Gl.M. wohl auch WIEDERKEHR, S. 83. GROSS, S. 151–152, scheint diesbezüglich anderer Meinung zu sein und die Kumulierung vertraglicher und staatshaftungsrechtlicher Ansprüche zulassen zu wollen, gleich wie dies im Privatrecht mit Art. 97 und Art. 41 OR getan wird. Für den Verweis auf Art. 44 Abs. 1 OR siehe POLTIER, S. 62–63.

gen einer Sorgfaltspflichtverletzung geprüft wird.⁹⁸⁶ In Kombination ist für vermögenswerte Schäden aus Rechtsakten die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht notwendig, die gleichzeitig *dem Schutz des Vermögens des Geschädigten dient*.⁹⁸⁷

3. Regulatorische Staatstätigkeit

Findet zu guter Letzt die Einwirkung alleine durch regulatorische staatliche Tätigkeit statt – im Beispiel oben durch den Erlass einer Verordnung über die Datensicherung im betreffenden Bereich, so ist die Geltendmachung eines Staatshaftungsanspruchs zusätzlich erschwert. Die Fokussierung von Staatshaftungsregimes auf die «Ausübung einer Amtspflicht», mithin auf konkretes Handeln in Ausführung gesetzlicher Vorgaben, soll gesetzgeberische Tätigkeit von Staatshaftungsansprüchen ausnehmen.⁹⁸⁸

4. Widerrechtlichkeit durch Grundrechtsverletzung?

Es wurde weiter oben dargelegt, dass der heterogene verwaltungsrechtliche Vertrag ein privates Vertrauensschutzinteresse begründet, dessen genauer Umfang durch Vertragsauslegung auszuloten ist.⁹⁸⁹ Im Umfang dieses Vertrauensschutzinteresses fällt der Vertrag damit auch in den grundrechtlichen Schutzbereich von Art. 9 BV. Zwar wird das Grundrecht an sich als unmittelbar *entschädigungsbegründend* akzeptiert. Eine andere Frage ist jedoch die, ob die *Verletzung von Grundrechten* – und damit im vorliegenden Zusammenhang der Eingriff in das private Vertrauensschutzinteresse, der durch kein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist – auch als *widerrechtlich* im Sinne des Haftpflichtrechts gilt und damit auch unter dem Titel der Staatshaftung Entschädigungsansprüche auslösen könnte.

Es wurde bereits angetönt: Grundrechte selbst stellen gemäss herrschender Ansicht mit wenigen Ausnahmen weder absolute Rechtsgüter⁹⁹⁰ noch Schutznormen dar,⁹⁹¹ deren Verletzung als widerrechtlich im Sinne des Haftungsrechts

⁹⁸⁶ Siehe dazu *supra* S. 214.

⁹⁸⁷ BGE 123 II 577 E.4d)dd) S.582–583; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 62 n. 43–44.

⁹⁸⁸ Siehe dazu FHB-RYTER, n. 29.43; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 379. Siehe aber zur gesetzgeberischen Tätigkeit EuGH, *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, n. 68–73 (bereits *supra* erwähnt).

⁹⁸⁹ Siehe dazu *supra* S. 140 ff., 143 ff.

⁹⁹⁰ Davon ausgenommen sind die persönliche Freiheit und die Eigentumsgarantie, die den absoluten Rechtsgütern zugrunde liegen; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 375.

⁹⁹¹ Dies deshalb, weil sie keine Verhaltensvorgaben machen; RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen, S. 60, 375. Dasselbe auch bei WIEDERKEHR, S. 65–66. Aber siehe dazu Bundes-

gilt. RÜTSCHÉ jedoch legt dar, dass die Voraussetzungen von Art. 36 BV für die rechtmässige Einschränkung von Grundrechten Ausdruck des elementaren Rechts des Einzelnen darstellen, dass Grundrechte *nicht verletzt* werden.⁹⁹² Diesem Recht wird durch Art. 35 BV explizit Geltung verschafft, der besagt, dass Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung zu kommen haben.⁹⁹³ Daraus leitet der Autor eine *Pflicht des Staats* ab, Grundrechte nicht zu verletzen.⁹⁹⁴ Diese Pflicht wiederum stelle die Norm dar, die dem Schutz der Grundrechte und damit dem Schutz des Einzelnen diene.⁹⁹⁵ Damit kann bei einer Grundrechtsverletzung auch Widerrechtlichkeit im Sinne der Staatshaftung angenommen werden.⁹⁹⁶ Diese Deutung würde es für den verwaltungsrechtlichen Vertrag gewissermassen erlauben, auf eine separate Prüfung der Widerrechtlichkeit im Sinne des Staatshaftungsrechts zu verzichten, wenn erst einmal festgestellt ist, dass unter der Prüfung nach Art. 9 BV das private Vertrauensschutzinteresse überwiegt.⁹⁹⁷ Im obigen Beispiel der Einführung neuer Pflichten in einem laufenden verwaltungsrechtlichen Vertrag wäre ein solcher Ausgang der Interessenabwägung denkbar, wenn die Einführung der neuen Sicherheitspflichten sich auf keine gesetzliche Grundlage zurückführen lässt oder auf einer falschen Einschätzung der Lage beruht – und damit keinem überwiegenden öffentlichen Interesse entspricht.

Dieser Ansatz würde die beiden Haftungsgrundlagen einander ein kleines Stück annähern, was sich für den Privaten in einer besseren Abstützung seines Anspruchs auf vollen Schadenersatz äussern dürfte. Davon unbetroffen wären jedoch die verfahrensrechtlichen Herausforderungen, die beiden Ansprüche ohne kostspielige und aufwendige Vervielfachung der zu führenden Verfahren

verwaltungsgericht A-793/2011 vom 20. Februar 2012 E.4.1, wo ohne Weiteres festgehalten wurde, bei Art. 9 BV sowie dem Anspruch nach Art. 5 Abs. 3 BV, nach Treu und Glauben behandelt zu werden, handle es sich um solche Schutznormen. Siehe dazu auch sogleich *infra*.

⁹⁹² RÜTSCHÉ, Grundrechtsverletzungen, S. 62.

⁹⁹³ RÜTSCHÉ, Grundrechtsverletzungen, S. 62.

⁹⁹⁴ RÜTSCHÉ, Grundrechtsverletzungen, S. 62, 375–376.

⁹⁹⁵ RÜTSCHÉ, Grundrechtsverletzungen, S. 376. Als Ausnahmen sieht der Autor Verstösse gegen das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot, deren Verletzung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht selbstständig geltend gemacht werden kann.

⁹⁹⁶ RÜTSCHÉ, Grundrechtsverletzungen, S. 376. Ein ähnlicher Ansatz findet sich bei GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 179–180, der dafür votiert, etwa bei der Verletzung der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden auf Widerrechtlichkeit zu erkennen. Es ist nicht ganz klar, ob er darin einen Fall eines Handlungs- oder Erfolgsunrechts erkennt.

⁹⁹⁷ Siehe zur Frage, ob das Recht auf Vertrauensschutz beschränkt oder lediglich gewahrt resp. verletzt wird, *supra* S. 152 ff.

gleichzeitig geltend zu machen. Die von RÜTSCHKE verfochtene These hat zwar Widerhall gefunden,⁹⁹⁸ sie scheint sich aber bislang nicht durchgesetzt zu haben.

IV. Fazit

Der Vertrauensschutz und die Staatshaftung stehen in keinem vordefinierten Verhältnis zueinander; die Anwendungsvoraussetzungen der beiden Haftungsgrundlagen lassen sich nicht leicht in ein stimmiges Verhältnis zueinander bringen. Aufgrund seines Grundrechtscharakters kann immerhin festgehalten werden, dass der Vertrauensschutz bei ungenügenden kantonalen oder spezialgesetzlichen Regelungen der Staatshaftung ergänzend wirken kann.⁹⁹⁹ Die *Anwendungsvoraussetzungen* der beiden Haftungsgrundlagen finden nur, aber immerhin, zu partieller Übereinstimmung, wenn die von RÜTSCHKE verfochtene These der *Widerrechtlichkeit durch Grundrechtsverletzung* verfolgt wird; damit wäre bei Vorliegen eines überwiegenden privaten Vertrauensschutzinteresses nach Art. 9 BV die Widerrechtlichkeit der staatlichen Massnahme auch im staatshaftungsrechtlichen Sinn gegeben.

In Einzelfällen ist nicht auszuschliessen, dass ein Sachverhalt die Anwendungsvoraussetzungen sowohl des Vertrauensschutzes als auch des einschlägigen Staatshaftungsrechts erfüllt (*Anspruchskonkurrenz*).¹⁰⁰⁰ In praktischer Hinsicht sollte in solchen Fällen jedoch nicht vorschnell nur eine Anspruchsgrundlage beigezogen werden. Zu unwägbar ist dafür die staatshaftungsrechtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit sowie der Grundsatz der Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes, zu wenig gefestigt die verfahrensrechtliche Einbettung und Schadenersatzberechnung beim Vertrauensschutz.

Diese Anspruchskonkurrenz wird ferner nur für die Geltendmachung von *Entschädigungsforderungen* von Nutzen sein. Will der Betroffene die Beseitigung der schädigenden (widerrechtlichen) staatlichen Handlung erzielen,

⁹⁹⁸ SCHAUB, S. 461; WIEDERKEHR, S. 69. In der Rechtsprechung lassen sich vereinzelte interessante Hinweise finden: In der Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV durch Rechtsverweigerung erkennt das Bundesgericht, dass diese Widerrechtlichkeit im Sinne des Staatshaftungsrechts begründen kann; u.a. Bundesgericht 2C_132/2017 vom 16. Oktober 2018; BGE 144 I 318 E. 7.3–7.4 S. 334–337. Ferner Bundesverwaltungsgericht A-793/2011 vom 20. Februar 2012 E. 4.1 (bereits *supra* erwähnt), wo das Gericht in Art. 9 BV und Art. 5 Abs. 3 BV Schutznormen im Sinne des Staatshaftungsrechts erblickt.

⁹⁹⁹ Wohl anders diesbezüglich aber WIEDERKEHR, S. 82, der verschuldensabhängige Haftungsregimes in den Kantonen, trotz Verschlechterung des Schutzes gegenüber dem verschuldensunabhängigen Vertrauensschutz, als *leges speciales* zu Art. 9 BV zu akzeptieren scheint. SCHAUB, S. 462–463, schlägt vor, dass auch Art. 146 BV, der die Haftung des Staats vorsieht, als Grundrecht gedeutet werden kann, was auch hier dieselbe Funktion eröffnen würde. Dies scheint zurzeit aber eine Minderheitsmeinung zu sein.

¹⁰⁰⁰ Dazu WIEDERKEHR, S. 81.

kommt die Staatshaftung von vorneherein nicht infrage; Letztere fokussiert alleine auf den Schadenersatz,¹⁰⁰¹ währenddessen der Vertrauensschutz je nach Situation verschiedene Rechtsfolgen ermöglicht.¹⁰⁰²

Zwar geht es bei der Staatshaftung um Entschädigungsforderungen; im vertraglichen Kontext bedeutsam sind jedoch insbesondere *reine Vermögensschäden*, was den Weg der Staatshaftung wiederum erschwert: Nachzuweisen ist dafür der Verstoss gegen eine Schutznorm zugunsten des Vermögens des privaten Vertragspartners. Solche Schutznormen werden im öffentlichen Recht, und insbesondere dort, wo es um die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe geht, wohl nicht sehr leicht zu finden sein. Gelingt dies, so sieht das allgemeine Staatshaftungsrecht den Ersatz des vollen Schadens vor,¹⁰⁰³ wohingegen die Mehrheitsmeinung – entgegen der hier vertretenen Ansicht – den Ersatz des *Vertrauensschadens* oftmals auf punktuelle Aufwendungen, eine Billigkeitsentschädigung oder, für Ansprüche aus Vertrag, auf den Ersatz des negativen Interesses beschränken will.¹⁰⁰⁴ (Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass das Problem der Entschädigung reiner Vermögensschäden eine spezifische Thematik der ausservertraglichen Haftung darstellt – in der vertraglichen Haftung spielt das Erfordernis der Schutznorm keine Rolle.)

Geht es um die Geltendmachung von Schäden aufgrund nachteiliger *regulatorischer Tätigkeit*, dürfte der Vertrauensschutz im Vordergrund stehen. Die «Ausübung einer Amtspflicht», mithin die Fokussierung der allgemeinen Staatshaftung auf konkretes Handeln in Ausführung gesetzlicher Vorgaben, führt dazu, dass für die Geltendmachung von Schäden aus gesetzgeberischer Tätigkeit die Staatshaftung nicht das einfachste Terrain bietet.¹⁰⁰⁵ Zwar ist auch auf der Basis des Vertrauensschutzes die Geltendmachung von Schäden im Zusammenhang mit gesetzgeberischer Tätigkeit nicht einfach; rein strukturell zumindest dürfte der Vertrauensschutz aber die bessere Grundlage für solche Ansprüche darstellen als die Staatshaftung.

B. Haftung aufgrund von Art. 97 OR?

Weiter oben wurde dem Fragenkomplex nachgegangen, in welchem Verhältnis der Vertrauensschutz zum öffentlichen Staatshaftungsrecht steht und welche Überschneidungen sich ergeben. In einer Arbeit zum öffentlichen Vertragsrecht darf aber Art. 97 OR, der das privatrechtliche Grundprinzip der Vertragshaftung

¹⁰⁰¹ Resp. auch Genugtuung für seelische Unbill; siehe dazu Art. 6 VG.

¹⁰⁰² Zu den Rechtsfolgen aus Vertrauensschutz siehe *supra* S. 129 ff.

¹⁰⁰³ FHB-RYTER, n. 29.77; WIEDERKEHR, S. 85; JAAG, Entschädigungsrecht, S. 164–165.

¹⁰⁰⁴ Siehe dazu *supra* S. 177 f.

¹⁰⁰⁵ Siehe dazu bereits *supra* S. 215 ff.

statuiert, nicht unerwähnt bleiben. Dafür finden sich zu oft in der öffentlich-rechtlichen Lehre und Rechtsprechung Verweise darauf.¹⁰⁰⁶ Art. 97 OR sieht vor, dass der Schuldner bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung¹⁰⁰⁷ einer vertraglichen Verbindlichkeit Schadenersatz zu leisten hat, «sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle».¹⁰⁰⁸ Das objektive Verschulden, grob definiert als Sorgfalt, die im Vergleich zum durchschnittlichen, im jeweiligen Berufsfeld erwarteten Standard mangelhaft ausfällt,¹⁰⁰⁹ wird dabei

¹⁰⁰⁶ Für die Rechtsprechung: Bundesgericht 2C_1101/2016 E. 3 vom 24. Juli 2017 E. 3, betreffend einen Vertrag zur Wohnbauförderung: «*La responsabilité pour inexécution d'un contrat de droit administratif est régie par application analogique des art. 97 ss CO.*» BGE 122 I 328 E. 7b) S. 340–341: «Sofern das kantonale Recht keine besonderen Bestimmungen enthält, kommen im Falle von Vertragsverletzungen die Regeln des Obligationenrechts als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze zur Anwendung.» Bundesgericht vom 20. Juli 1981, in: ZBI 1982, S. 72–74. E. 2 S. 73–74: «Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen sind unter Heranziehung der Bestimmungen des Obligationenrechts zu beurteilen, soweit das öffentliche Recht keine eigenen Regeln vorsieht und die für privatrechtliche Verträge geltenden Grundsätze sich als sachgerecht erweisen.» Anders aber BGE 102 II 55 E. 1 S. 58: Weder Art. 97 OR noch Art. 2 ZGB sind auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag über die Erschliessung eines Grundstücks anwendbar. Massgeblich ist vielmehr das kantonale öffentliche Recht. Siehe für zusätzliche Entscheide, die auch in anderen Fragen Bezug nehmen auf die Regeln des OR, *supra* S. 66 f.

¹⁰⁰⁷ Zwischen dem (vorläufigen) Leistungsverzug gemäss Art. 102–109 OR und der (definitiven) Nichterfüllung gemäss Art. 97 OR stellen sich gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten, auf die vorliegend nicht eingegangen werden soll; siehe dazu WIEGAND, BSK ORI, Art. 97 n. 1–2. Art. 97 OR findet typischerweise Anwendung im Fall der Nichtleistung, bei Lieferung eines *aliud* oder in Fällen der positiven Vertragsverletzung («alle Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen, die sich weder dem Verzug noch der Nichterfüllung zuordnen lassen»); WIEGAND, BSK ORI, Art. 97 OR n. 25 [Hervorhebung im Original]). Öffnet man die «Büchse der Pandora» des OR-Vertragsrechts, könnte im Einzelfall auch für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag die Übertragbarkeit verschiedenster OR-Regelungen geprüft werden. Auch darauf wird in der vorliegenden Untersuchung aufgrund ungenügender thematischer Nähe zur privilegierten staatlichen Einwirkung auf den Vertrag nicht eingegangen.

¹⁰⁰⁸ Zur Thematik des Schadenersatzes *supra* S. 177 ff.

¹⁰⁰⁹ BGE 115 II 62 E. 3a) S. 64: «Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt [...]. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt [...]. Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen.» GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGER, n. 2989–2990. Die Definition des Verschuldens fällt nicht leicht; relevant ist angesichts des Mechanismus von Art. 97 OR, der das Verschulden vermutet, der «Negativabdruck» der Verschuldensfrage, nämlich was als Exkulpation ausreicht, mithin was als «genügende Sorgfalt» betrachtet werden könnte; dazu WIEGAND, BSK ORI, Art. 97 OR n. 42.

vermutet. Der betroffene Schuldner kann sich exkulpieren, indem er den Beweis erbringt, dass ihm gerade kein Verschulden anzurechnen sei.¹⁰¹⁰

I. Mögliche Sachverhalte

Für welche *Sachverhalte* die Haftung nach Art. 97 OR im öffentlichen Recht einerseits beizuziehen ist und wie die *gedankliche Begründung* ihrer Anwendung im öffentlichen Recht andererseits zu erfolgen hat, darüber besteht wenig Einigkeit. Im vorliegenden Kontext interessiert insbesondere, ob sich der private Vertragspartner mittels Art. 97 OR gegen eine einseitige staatliche Einwirkung im Zusammenhang mit verändertem Recht zur Wehr setzen kann. Betrachtet man Art. 97 OR und seine mögliche Rolle in der Dogmatik des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags, so wird das thematische Feld jedoch etwas ausgeweitet: Art. 97 OR kann dabei aufgrund seiner Anwendungsvoraussetzungen nicht nur für die einseitige Einwirkung des Staats beigezogen werden, sondern potenziell für andere, «nicht-privilegierte» Leistungsstörungen, seien diese von der Behörde oder der privaten Vertragspartnerin zu verantworten.¹⁰¹¹ Diese anderen möglichen Optionen der Anwendung von Art. 97 OR im öffentlichen Vertragsrecht sollen vorliegend lediglich kurz gestreift werden mit dem Ziel, eine Übersicht über das Terrain der öffentlich-rechtlichen Debatte zu ermöglichen. Zu unterscheiden sind daher folgende drei *Sachverhalte*:

Vertragsverletzung durch den Staat	Vertragsverletzung durch den Privaten
Staatlicher Vertragspartner beruft sich auf staatliches Privileg, um den Vertrag nicht zu erfüllen (verändertes Recht).	Privater erfüllt den verwaltungsrechtlichen Vertrag gar nicht oder nur schlecht (analoge Situation zu einem privatrechtlichen Vertrag).
Staatlicher Vertragspartner erfüllt den Vertrag nicht oder nur schlecht, ohne ein staatliches Privileg geltend zu machen (analoge Situation zur Nichterfüllung eines privatrechtlichen Vertrags).	

¹⁰¹⁰ Art. 97 OR; ferner WIEGAND, BSK ORI, Art. 97 n. 1, 42 (mit Hinweis auf die Begründung dieser Lösung, die in der Sonderverbindung liegt, die der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner entstehen lässt).

¹⁰¹¹ Für eine Übersicht zu den Leistungsstörungen im verwaltungsrechtlichen Vertrag siehe MÜLLER-TSCHUMI, Leistungsstörungen, *passim*.

II. Gedankliche Begründung der Anwendung von Art. 97 OR

Die *gedankliche Begründung der Anwendung von Art. 97 OR im öffentlichen Vertragsrecht* nimmt grob drei verschiedene Pfade:

- Die erste Kategorie will die Bestimmungen des OR in einer Form der *Analogie*, teilweise auch als *allgemeine Rechtsgrundsätze*, zur Anwendung bringen.¹⁰¹² Dieses Postulat findet sich in irgendeiner Form u.a. bei TANQUEREL,¹⁰¹³ MÜLLER-TSCHUMI,¹⁰¹⁴ wohl auch bei NGUYEN¹⁰¹⁵ sowie in der Rechtsprechung.¹⁰¹⁶
- Art. 97 OR als Vehikel zur *Erweiterung* von Vertrauensschutzansprüchen: Der zweite Ansatz besteht darin, Art. 97 OR als *Gefäss* für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen *aus einer typisch öffentlich-rechtlichen Haftungsgrundlage zu verstehen*, so etwa für Ansprüche auf Ersatz von Vertrauensschaden.¹⁰¹⁷ Diese Vorgehensweise wird bei KLEIN¹⁰¹⁸ sowie WEBER-DÜRLER¹⁰¹⁹ angedeutet. Bei WEBER-DÜRLER dient der Beizug der privatrechtlichen Haftung dazu, dem betroffenen Privaten positiven Schadenersatz zu ermöglichen – eine Option, die ansonsten in ihrer Sichtweise verwehrt bleibt.¹⁰²⁰ KLEIN scheint sich in seiner Sichtweise wesentlich an WEBER-DÜRLER anzulehnen.¹⁰²¹
- Der dritte Ansatz fragt danach, ob nebst denjenigen Haftungsgrundlagen, die sich aus Verfassung und Gesetz ergeben, die vertragliche Haftung, d.h. die Haftung aus *Rechtsgeschäft*, eine alternative Anspruchsgrundlage des

¹⁰¹² Zu Analogie und allgemeinem Rechtsgrundsatz siehe S. 50 ff. Der Einfachheit halber wird daraus vorliegend eine Kategorie gebildet.

¹⁰¹³ TANQUEREL, Droit administratif, n. 1021.

¹⁰¹⁴ MÜLLER-TSCHUMI, Leistungsstörungen, *passim*.

¹⁰¹⁵ NGUYEN, S. 204, 218–228.

¹⁰¹⁶ So in den bereits *supra* Fn. 1006 zitierten Urteilen.

¹⁰¹⁷ Dies scheint der von KLEIN, S. 234–235, verfolgte Ansatz zu sein. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 227, merkt nebenbei an, dass der Ersatz des positiven Vertrauensinteresses jedenfalls dann aufgrund von Art. 97 OR möglich sein sollte, wenn die Behörde schuldhaft gehandelt hat. Die Frage nach dem genauen Verhältnis zwischen Vertrauensschutz und privatrechtlicher Vertragshaftung wird damit nicht abschliessend beantwortet. Die Enttäuschung begründeten Vertrauens scheint damit die Nicht- oder Schlechterfüllung darzustellen, die Gewährung positiven Schadenersatzes wird der zusätzlichen Voraussetzung des Verschuldens untergeordnet.

¹⁰¹⁸ KLEIN, S. 234–235.

¹⁰¹⁹ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 227.

¹⁰²⁰ WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 227.

¹⁰²¹ KLEIN, S. 234–235. Er bringt jedoch den Vorbehalt an, die Schadenersatzzahlung dürfe nicht im Widerspruch zur Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz erfolgen, womit sowohl der Vertrauensschutz als auch der Beizug von Art. 97 OR in ihren Wirkungen bedeutend geschmälert werden.

Privaten für Schäden aus einseitiger behördlicher Einwirkung bietet. Die zu klärende Frage ist damit: Kann der staatliche Vertragspartner gegenüber dem Privaten bei Nichterfüllung des verwaltungsrechtlichen Vertrags *aus Rechtsgeschäft alleine* haftbar werden? Diese Meinung wird in der Lehre namentlich von GROSS,¹⁰²² MOOR/POLTIER¹⁰²³ sowie von IMBODEN¹⁰²⁴ vertreten. Sie unterscheidet sich von der eingangs thematisierten Analogie insofern, dass die vertragliche Willensübereinkunft, nicht das Gesetz, *direkte Quelle öffentlich-rechtlich durchsetzbarer Obligationen bildet*. Mit anderen Worten kann die staatliche Vertragspartnerin auch deswegen haftbar werden, weil sie ohne Rechtfertigung eine rein vertragliche Verpflichtung nicht honoriert. Auf diese spezifische Begründung wird im Folgenden nicht mehr eingegangen. Die oben gemachten Erkenntnisse zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage im Vertrag, zur Bedeutung des Legalitätsprinzips sowie zum Vertrauensschutz verlangen meines Erachtens, dass die Bindungswirkung und damit die Rechtsfolgen entlang der Konturen der betreffenden Grundsätze und Rechte bemessen werden. Vor diesem Hintergrund erscheint der Mehrwert dieses letzten Ansatzes als rechtfertigungsbedürftig.

III. Einordnung

Zur Einordnung und Beurteilung der Anwendung von Art. 97 OR muss unterschieden werden zwischen den bereits oben erwähnten drei Sachverhalten (vgl. Schema oben).

1. *Haftbarkeit des staatlichen Vertragspartners aufgrund «privilegierter» Einwirkung*

Geht es um *Ansprüche des Privaten gegen den Staat im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Privileg*, so steht das Erfordernis des Verschuldens von Art. 97 OR quer im Raum: Das staatliche Handeln folgt im Grundsatz einer Logik der objektiven Gesetzeskonformität, der objektiven Rechtmässigkeit. Sachverhalte sind gesetzeskonform auszugestalten und wenn nötig an das

¹⁰²² GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 147–148, 159–160.

¹⁰²³ MOOR/POLTIER, S. 453, 479. Diese beiden Autoren sehen die Grundlage der vertraglichen Pflichten im gemeinsamen Parteiwillen, weisen aber darauf hin, dass eine der grossen Schwierigkeiten des verwaltungsrechtlichen Vertrags darin liegt, vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips denjenigen Spielraum zu identifizieren, der dem Parteiwillen zukommen kann. Auch diese Autoren wollen das Regime der einseitigen Einwirkung (*fait du prince*) nicht unbesehen nach Art. 97 OR abhandeln, sondern sehen dafür explizit einen Vorbehalt vor.

¹⁰²⁴ IMBODEN, n. 103.

(neue) Recht anzupassen.¹⁰²⁵ Will sich eine private Vertragspartnerin gegen eine staatliche Handlung zur Wehr setzen, weil diese mit ihrem Vertrauensschutzinteresse kollidiert, so wird sie nach den Kriterien von Art. 97 OR oftmals deswegen keinen Erfolg haben, weil kein Verschulden der Behörde vorliegen dürfte. In einem Klagefall dürfte der Behörde die Exkulpation zumindest immer dann gelingen, wenn keine offensichtlichen Fehler (darunter auch sicherlich der Ermessensmissbrauch) in der Rechtsanwendung geschehen sind. Würde man in dieser Art vorgehen und aufgrund von Art. 97 OR die Exkulpationsmöglichkeit zulassen, müsste die Lösung vor dem Hintergrund des Vertrauensschutzes, der die Verschuldensfrage gerade *nicht* als relevante Komponente aufnimmt, als ungenügend bezeichnet werden.¹⁰²⁶ Aufgrund seiner Ausrichtung auf schuldhafte Nichterfüllung eines privatrechtlichen Vertrags hält Art. 97 OR ferner naturgemäss keine Antwort bereit auf die Frage, in welchem Umfang privilegierte staatliche Einwirkung aufgrund von Art. 97 OR haftungsfrei bleiben soll: Haftungsfrei nach Art. 97 OR ist ein Akt, der ohne Verschulden geschieht. Dahingegen fällt ein Akt im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag unter Umständen deswegen haftungsfrei aus, weil er der entschädigungslos zu ertragenden regulatorischen Staatstätigkeit angehört¹⁰²⁷ oder einem überwiegenden, dringenden öffentlichen Interesse entspricht.¹⁰²⁸

Damit fällt das Fazit negativ aus: Art. 97 OR bietet für die Beurteilung der Rechtsfolgen der «privilegierten» staatlichen Einwirkung keinen Mehrwert. NGUYEN thematisiert dies und kommt zu folgendem Schluss: *«L'insuffisance du système de la responsabilité contractuelle pour faute montre à quel point il faudrait, pour la théorie de la responsabilité contractuelle des contrats de collaboration, plus qu'un simple renvoi au CO.»*¹⁰²⁹

¹⁰²⁵ Siehe dazu *supra* S. 77 f.

¹⁰²⁶ Siehe für die Feststellung, dass der grundrechtliche Vertrauensschutz die Messlatte für den Schutz der Ansprüche des privaten Vertragspartners darstellt, *supra* S. 135.

¹⁰²⁷ Siehe zur Abgrenzung *supra* S. 163 ff.

¹⁰²⁸ Siehe zur Abgrenzung *supra* S. 170 ff.

¹⁰²⁹ NGUYEN, S. 217–218. Dieser Autor weist ganz eindeutig hin auf die fehlende Eignung der privatrechtlichen Vertragshaftung, für die Frage der einseitigen Einwirkung der Behörde auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag eine Antwort zu bieten: *«En effet, [...] l'intérêt public exige de l'administration contractante qu'elle fasse usage de ses prérogatives pour surveiller, diriger, modifier ou résilier unilatéralement le contrat de collaboration. Bien qu'une mesure prise dans de telles conditions puisse avoir pour effet de rendre l'exécution du contrat plus difficile ou plus onéreuse pour le particulier cocontractant, elle est tout à fait régulière et l'administration contractante ne commet aucune faute en l'ayant prononcée. Dans une telle hypothèse, les règles de la responsabilité contractuelle telles qu'elles sont prévues par le CO sont inapplicables, car il manque une condition: la faute de l'administration contractante (art. 97 CO, par analogie).»* Er befürwortet auf der Basis dieser Feststellung die Einführung einer kausalen vertraglichen Haftpflicht des

2. *Haftbarkeit des Staats aufgrund eines nicht-privilegierten Vertragsverstosses*

Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Behörde durch unsachgemässe Aufsicht oder Unterlassungen ohne Rechtfertigung den objektiven Verschuldenstatbestand in derselben Weise erfüllt, wie dies für den privaten Vertragspartner der Fall wäre.¹⁰³⁰ Als Beispiel gibt NGUYEN die missbräuchliche Ausübung des einseitigen Einwirkungsrechts an.¹⁰³¹ Wird kein öffentlich-rechtliches Privileg für die Einwirkung oder die Schlechterfüllung angeführt, so erscheint eine Anwendung von Art. 97 OR durchaus als mögliche Option. Die Vorteile des gesicherten Vorgehens und der klaren Rechtsfolgen könnten für den Beizug von Art. 97 OR sprechen. Jedoch gilt es zu beachten, dass auch hier der Vertrauensschutz womöglich Abweichungen «nach oben» gebietet, indem er Rechtsfolgen von der Enttäuschung eines Vertrauensschutzinteresses abhängig macht, nicht von einem Verschulden. Bietet dieser Vertrauensschutz bereits Rechtsfolgen, so wäre wohl erst nachzuweisen, dass sie einer dogmatisch sinnvollen Lösung nicht genügen, womit eine planwidrige Unvollständigkeit des öffentlichen Rechts vorläge. Erst bei Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des öffentlichen Rechts (und sofern keine anderen öffentlich-rechtlichen Regelungen auszumachen wären, die beigezogen werden können), drängt sich der Schritt zur Anwendung von Art. 97 OR auf.¹⁰³²

3. *Haftbarkeit des privaten Vertragspartners*

Wo es für *Ansprüche des staatlichen Vertragspartners gegen den Privaten* an gesetzlichen Regelungen der Haftbarkeit der Privatperson fehlt, erscheint der Beizug von Art. 97 OR mangels alternativer öffentlich-rechtlicher Haftungsgrundlage durchaus sinnvoll. Dies insbesondere deswegen, weil das objektive Verschulden von Art. 97 OR auch in diesem Kontext für die Beurteilung der Haftbarkeit des Privaten als geeignetes Kriterium erscheint.¹⁰³³ In der Tat ist der private Vertragspartner nicht mit derselben Doppelrolle betraut, die die Behörde

Staats aus verwaltungsrechtlichem Vertrag, nach dem Vorbild des französischen Verwaltungsrechts.

¹⁰³⁰ NGUYEN, S. 220–221.

¹⁰³¹ NGUYEN, S. 221.

¹⁰³² Siehe dazu *supra* S. 50 ff.

¹⁰³³ Diesbezüglich könnte eingewendet werden, je nach Vertrag könnte die Bedeutung des öffentlichen Interesses für eine abweichende Handhabung der Vertragshaftung sprechen. Die Abänderung des Haftungsregimes, etwa durch Einführung einer Kausalhaftung des Privaten, erscheint hier jedoch als ungeeignetes Mittel, weil damit das Risiko der staatlichen Aufgabenerfüllung in einer Weise auf den Privaten abgewälzt wird, die sich angesichts der Bundesverfassung nicht verantworten lässt; vielmehr ist im Rahmen anderer

als Vertragspartnerin wahrnimmt. Hat die private Vertragspartei keine hoheitliche Macht inne, ist es sinnvoll, ihre Haftbarkeit danach abzugrenzen, ob ihr die Verfehlung im Sinne des objektiven Verschuldens zugerechnet werden kann oder nicht.

IV. Fazit

Die allgemeine privatrechtliche Vertragshaftung nach Art. 97 OR erscheint aus zwei Gründen für den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag verlockend: Es ist zum einen eine Regelung, die sich im zivilen Vertragsrecht bewährt hat. Zum andern erlaubt sie es allem Anschein nach, Ansprüche des einen Vertragspartners gegen den anderen in beide Zielrichtungen – Ansprüche des Privaten gegen den Staat sowie Ansprüche des staatlichen Vertragspartners gegen den Privaten – über denselben tatbestandlichen Kamm zu scheren und damit eine einheitliche Lösung zu erzielen. Inmitten der unklaren Lage, die im öffentlichen Recht mangels gesetzlicher Verankerung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags herrscht, stellt Art. 97 OR einen willkommenen Rettungsanker dar.

Es ist aber die hier verfochtene Ansicht, dass es im Zusammenhang mit der vertraglichen Haftpflicht im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht sinnvoll sein kann, den tatbestandlichen Einheitskamm zu verwenden. Zu fundamental unterschiedlich sind die verschiedenen Sachverhalte und damit auch jeweils die Rollen der beiden Vertragsparteien, als dass alle Sachverhalte über Art. 97 OR abgehandelt werden könnten. Ist – immer unter dem Vorbehalt einer fehlenden öffentlich-rechtlich normierten Lösung – ein vertragliches Versagen des staatlichen Vertragspartners zu beurteilen, so sind die Grundrechte des privaten Vertragspartners, allen voran der Vertrauensschutz, als Ausgangspunkt zu nehmen. Diese elementare Schicht fehlt, wenn es in der umgekehrten Richtung darum geht, eine Nichterfüllung durch den Privaten zu beurteilen: Der Private hat über Treu und Glauben und die Bindung an das gegebene vertragliche Wort hinaus keine weiteren öffentlich-rechtlichen Pflichten, aus denen der Staat zu seinen Gunsten eine allfällige Schadenersatzpflicht ableiten kann.¹⁰³⁴ Unterschiedlich sind die zu beurteilenden Situationen ferner auch, wenn man die Doppelrolle des Gemeinwesens betrachtet: Beruft sich die Behörde auf ein staat-

vertragsrechtlicher Gestaltungsmittel sowie der Aufsichtsfunktion der Behörde die korrekte Vertragserfüllung sicherzustellen.

¹⁰³⁴ Eine ähnliche Aussage findet sich bei GÄCHTER, S. 148: Er stellt fest, dass Geltungsbereich und Inhalt von Treu und Glauben für den Privaten und den Staat nicht identisch sein können, weil diese je «nach unterschiedlichen Gesichtspunkten handeln müssen oder dürfen». Für den Privaten «bilden Verfassung und Gesetz lediglich Schranken der Betätigung, nicht deren Motiv».

liches Privileg, um ihre vertragliche Nichterfüllung zu rechtfertigen, ist die Begründetheit dieses Privilegs zu prüfen. Und gerade dies gelingt mit einer Haftungsgrundlage, die die Schadenersatzpflicht am *objektiven Verschulden* des fehlbaren Vertragspartners festmacht, nicht. Leistet hingegen der *private Vertragspartner* nicht, erscheint das objektive Verschulden in Abwesenheit einer konkreten vertraglichen Regelung grundsätzlich als geeignetes Kriterium für die Beurteilung der Schadenersatzpflicht.

Der Mehrwert von Art. 97 OR reduziert sich ferner, wenn man bedenkt, dass die Gewährung von positivem Schadenersatz aus Vertrag auch unter Art. 9 BV möglich ist.¹⁰³⁵ Zielführender ist es für die spezifische Frage des staatlichen Privilegs, den Vertrauensschutz weiterzuentwickeln, ihn in seine Bestandteile zu zerlegen und basierend darauf die Rechtsfolgen für den betroffenen Privaten zu definieren.¹⁰³⁶

¹⁰³⁵ Siehe dazu *supra* S. 181.

¹⁰³⁶ Dieselbe Schlussfolgerung bietet sich nach der hier vertretenen Ansicht auch im Vergleich mit der privatrechtlichen Figur der *culpa in contrahendo* an, die im Privatrecht dazu dient, treuwidrig enttäushtes Vertrauen im vorvertraglichen Stadium einer Haftung zuzuführen. Bejaht u. a. gegen die ehemalige *Swissair* im Zusammenhang mit gewecktem Konzernvertrauen (BGE 120 II 331), liegt der Vorteil im Privatrecht darin, dass treuwidrig provozierte Schädigungen im Schnittpunkt zwischen Vertrag und Delikt abgegolten werden können. Im Mechanismus liegt diese «Vertrauenshaftung» des zivilen Vertragsrechts sehr nahe beim Vertrauensschutz des öffentlichen Rechts. Jedoch muss in der privatrechtlichen *culpa* eine treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens stattgefunden haben (BGE 120 II 331 E. 5a) S. 336), was gegenüber dem Vertrauensschutz des öffentlichen Rechts für den betroffenen Privaten eine Verschlechterung darstellt. Siehe zur *culpa in contrahendo* WERRO, *Responsabilité civile*, n. 357–372.

§ 11 Verfahrensrechtlicher Exkurs

Die Auseinandersetzung mit dem vorliegenden Thema ist auf einer durchwegs materiell-rechtlichen Ebene erfolgt. Trotzdem konnten gewisse Verfahrensfragen, die in der Lehre kontrovers beurteilt werden, aus dem Forschungsgegenstand nicht mit Erfolg verbannt werden. *Erstens* geht es um die Frage, ob die Behörde mittels Verfügung auf den heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag einwirken können soll (*infra* A.). *Zweitens* ist jeweils unklar, ob eine direkte einseitige Einwirkung durch die Vertragsbehörde selbst vorgenommen werden kann oder ob Letztere im Gegenteil dafür das Gericht anrufen muss (*infra* B.).¹⁰³⁷ Aufgrund der Ausrichtung dieser Untersuchung werden die beiden Fragen nicht im Detail behandelt. Beabsichtigt ist stattdessen lediglich ein kurzer Grundriss der Thematik.

Der Themenkomplex kann aus drei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet werden: Der erste Blickwinkel nimmt sich die «reine» Vertragsdogmatik zum Ausgangspunkt und befürwortet diejenige Lösung, die sich mit der grössten dogmatischen Kohärenz in das vertragliche Handeln einfügt. Der zweite Blickwinkel beantwortet die obigen Fragen anhand des Schutzbedürfnisses des betroffenen Privaten, insbesondere aus verfahrensgrundrechtlicher Sicht. Hier wird dann auf eine Verfügung zu erkennen sein, wenn ansonsten der gerichtliche Rechtsschutz weniger solide ausfällt, typischerweise, weil er mit Unsicherheiten behaftet ist.¹⁰³⁸ Der dritte Blickwinkel stützt sich auf die Vorgaben des effektiv geltenden Prozessrechts ab, sofern klar eruiert werden kann, was gilt.

¹⁰³⁷ Daneben gibt es die bereits erwähnten Fälle, in denen das veränderte Recht von sich aus auf den Vertrag, resp. den betroffenen privaten Vertragspartner, wirkt, ohne dass in irgendeiner Form – sei dies von der am Vertrag beteiligten Behörde oder von einem Gericht – eine Änderung des Vertrags durchgeführt wird.

¹⁰³⁸ Siehe zum Ganzen HÄNER, Verfahrensfragen, *passim*. Ferner HAFNER, Verfügung als Risiko, S. 270 («künstliche Streckung des Verfügungsbegriffs»). In einer solchen Situation ist es verständlich, wenn Parteien und Gerichte einseitigen behördlichen Erklärungen die Verfügungseigenschaft zusprechen. Siehe als Beispiel eines solchen Vorgehens (aber vermutlich aus anderen Beweggründen) Verwaltungsgericht Zürich VB.2018.00376 vom 23. Januar 2019 E. 3.4: «Wie es sich mit alledem verhält, kann vorliegend indes offenbleiben: Dass ein Rechtsverhältnis zwischen einem Gemeinwesen und Privaten teilweise oder sogar weitgehend durch einen (verwaltungsrechtlichen) Vertrag festgelegt wurde, schliesst eine Verfügungskompetenz des Gemeinwesens nicht von vornherein aus; sowohl die Willensäusserung zum Abschluss eines Vertrags wie auch jene zur Auflösung bzw. Beendigung eines bestehenden Vertrags durch das Gemeinwesen können als Verfügung qualifiziert werden. Entsprechend sind der Anfechtungs- und Klageweg nicht nahtlos gegeneinander abgegrenzt und kann die öffentliche Vertragspartei eine Verfügung treffen, um den Rechtsschutz im Anfechtungsverfahren zu gewährleisten. Bei Annahme eines öffentlichrechtlichen Nutzungsverhältnisses erschiene es vorliegend sachgerecht, die Kündigung des Beschwerdegegners mit der Beschwerdeführerin als verwaltungs-

Schliesslich fallen die Differenzen nur so gross aus, wie dies vom massgeblichen Verfahrensrecht vorgegeben wird.¹⁰³⁹

A. Vertragliche Willensäusserung oder Verfügung?

Allgemein geht mit der unmittelbaren Zuständigkeit einer Behörde zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe auch deren Verfügungsbefugnis einher.¹⁰⁴⁰ Er gibt sich also aus dem massgeblichen Gesetzesrecht kein Ausschluss der Verfügungsbefugnis zugunsten rein vertraglichen Handelns, stellt die Verfügung auch in einem heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag theoretisch eine mögliche Option dar.¹⁰⁴¹ Damit kann eine Behörde ohne Weiteres auch in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag eine Verfügung erlassen.¹⁰⁴² Alternativ kann auch eine informelle Willenserklärung als Verfügung gedeutet werden, wenn sie die relevanten Eigenschaften des materiellen Verfügungsbegriffs aufweist, mithin erscheint als «individueller, an den Einzelnen gerichtete[n] Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird».¹⁰⁴³

Grundsätzlich ist die Frage gerade beim Abschluss des verwaltungsrechtlichen Vertrags auch aus der Perspektive möglicher Dritter relevant, die vom Vertragsschluss betroffen sein können. Hier stellt sich die Frage, ob mit der behördlichen Willensäusserung ein Anfechtungsobjekt vorliegt oder nicht. Hierzu sind verschiedene Ansätze entwickelt worden, die aus der Perspektive des Dritten die Deutung der behördlichen Erklärung als Verfügung erlauben, u.a. die sogenannte Zweistufentheorie, wonach jeder behördlichen Willensäusserung eine anfechtbare Verfügung vorangehe.¹⁰⁴⁴

Aus der Perspektive einer idealen Vertragsdogmatik ist die Option der einfachen vertraglichen Willensäusserung – mit anschliessendem Klageverfahren –

rechtlichen Akt, mithin als materielle Verfügung zu betrachten [...], weshalb die Beschwerdeführerin zu Recht den Anfechtungsweg beschritten hätte [...].»

¹⁰³⁹ MERKER, S. 100; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 672.

¹⁰⁴⁰ Bundesverwaltungsgericht B-5483/2014 und B-7516/2014 vom 10. März 2016 E. 1.2.4; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 n. 19.

¹⁰⁴¹ Deziert dazu Bundesgericht 1A.266/2005 vom 13. März 2006 E. 2.5; in diesem Urteil hält das Bundesgericht fest, dass die grundsätzliche Zulässigkeit des Vertragshandelns im Umweltrecht nicht zur Konsequenz habe, dass die Durchsetzung nur durch die Vertragsparteien geschehen könne; vielmehr bleibe die Verfügung zum Vollzug jederzeit möglich. Zu den – teilweise ablehnenden – Lehrmeinungen siehe sogleich *infra* Fn. 1045.

¹⁰⁴² RICHLI, Regelungsdefizit, S. 199, bezeichnet dies als «Liquidation vertragsrechtlichen Denkens».

¹⁰⁴³ UHLMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 5 n. 17, 19–20; ferner dazu auch Bundesverwaltungsgericht A-6800/2009 vom 29. Juli 2010 E. 3.2.

¹⁰⁴⁴ Dazu zusammenfassend THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, n. 101, m.w.H.

der Verfügung vorzuziehen.¹⁰⁴⁵ Zwar kann bei der Verfügung die Meinung vertreten werden, dass sich die private Vertragspartei so den Aufwand spart, eine Klage vorzubereiten und einzureichen; das Verfahren beginnt durch die Verfügung der Behörde, die damit den Streitgegenstand vor- und aufbereitet. Allerdings widerfahren der privaten Vertragspartei so mehrere Nachteile: *Erstens* wird damit der Streitgegenstand in die Hand der Behörde gelegt. Dies wird nicht in jeder Situation, aber regelmässig zu Ungunsten der betroffenen privaten Vertragspartei ausfallen, die im Rahmen des Anfechtungsverfahrens durch den Verfügungsgegenstand eingeschränkt sein wird.¹⁰⁴⁶ *Zweitens* stellt die Verfügung eine verbindliche Erstbeurteilung der Situation dar, analog einem Gerichtsurteil, was zumindest aus psychologischer Perspektive für die private Vertragspartnerin nachteilig ausfallen kann.¹⁰⁴⁷ *Drittens* steht zumindest bei Verfügungen auf Bezahlung einer Geldsumme die privilegierte Vollstreckung offen, was aus vertraglicher Perspektive nicht sachgerecht erscheint.¹⁰⁴⁸

B. Vertragsbehörde oder Gericht?

Mit der soeben erfolgten Gegenüberstellung der einfachen vertraglichen Willensäusserung und der Verfügung wurde eine besondere Kategorie der Willensäusserung ausgeblendet: das Gestaltungsrecht. Das Gestaltungsrecht gibt der betreffenden Person die Möglichkeit, durch eine einfache Willenserklärung, d.h. ohne einen Konsens erzielen zu müssen, in die Rechtsstellung des anderen Vertragspartners einzugreifen.¹⁰⁴⁹ Als prominentestes Beispiel sind gesetzliche oder

¹⁰⁴⁵ Ablehnend gegenüber einem Verfügungsrecht TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 n. 20, die davon ausgehen, dass die Verfügungsbefugnis entfällt, wenn das Gesetz der Behörde vorgibt, dass sie die Vertragsform zu wählen hat. Ferner ABEGG, Verwaltungsvertrag, S. 109–110; TH. MÜLLER, Verwaltungsverträge, S. 236–239. Für ein Verfügungsrecht der Vertragsbehörde in der einen oder anderen Form votierend ZWAHLEN, n. 239. Bei MOOR/POLTIER, S. 476–477, soll ein gesetzlich nicht vorgesehenes Verfügungsrecht nur restriktiv angenommen werden können, lediglich bei Verträgen über die Erfüllung staatlicher Aufgaben und nur insoweit, als dass die Verfügung durch die Notwendigkeit gerechtfertigt werden kann, die Erfüllung der staatlichen Aufgabe sicherzustellen. Differenzierte Antworten für verschiedene Arten heterogener verwaltungsrechtlicher Verträge bei KNAPP, n. 1539–1546.

¹⁰⁴⁶ UHLMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 5 n. 4.

¹⁰⁴⁷ Siehe zu den psychologischen Wirkungen im Zusammenhang mit dem Widerruf bereits *supra* S. 197 ff.

¹⁰⁴⁸ Vollstreckung von Verfügungen auf Geldzahlung und Leistung von Sicherheiten auf dem Wege der Schuldbetreibung; dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 32 n. 38. Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sieht vor, dass eine Verfügung als definitiver Rechtsöffnungstitel gilt.

¹⁰⁴⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 65. Siehe dazu im Zusammenhang mit dem Widerruf und der Kündigung bereits *supra* S. 199.

vertragliche Kündigungs- oder Rücktrittsrechte anzuführen,¹⁰⁵⁰ daneben gibt es aber weitere Arten von Gestaltungsrechten, so etwa das gesetzliche Minderungsrecht des Bestellers im Werkvertrag, das Letzterem erlaubt, bei gewissen Mängeln eine Reduktion des Werklohns eigenmächtig vorzunehmen.¹⁰⁵¹ Es folgt aus dem Wesen des Gestaltungsrechts, dass die Rechtswirkung durch dessen Geltendmachung herbeigeführt wird (der Vertrag endet, etc.), womit es der davon betroffenen anderen Vertragspartei zukommt, im Streitfall Klage zu erheben, so sie diese Rechtswirkung aufheben will. Bei der zweiten oben angekündigten Frage, nämlich ob es an der staatlichen Vertragspartei oder am Gericht liegen soll, eine Änderung des verwaltungsrechtlichen Vertrags vorzunehmen, geht es letztlich um die Kehrseite der Frage der Ausgestaltung einer vertraglichen Willensäußerung. In der ersten Variante nimmt die staatliche Vertragspartei die Änderung einseitig vor (was der Geltendmachung eines Gestaltungsrechts entspricht) und es liegt an der betroffenen privaten Vertragspartei, die Änderung mittels Klage anzufechten. In der zweiten Variante verfügt die staatliche Partei über kein Gestaltungsrecht, sondern hat eine Klage auf Vornahme der entsprechenden Vertragsänderung einzureichen. Somit trägt die Antwort auf die Frage, wer für die einseitige Einwirkung zuständig sein soll, viel zur Gleichstellung oder Subordination der Parteien des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags bei. Es kann vorliegend keine abschliessende Aussage dazu gemacht werden, welche Arten von Eingriffen in den verwaltungsrechtlichen Vertrag als Gestaltungsrechte zugunsten der staatlichen Vertragspartei auszugestalten wären. Es bietet sich an, sicherlich das Kündigungsrecht in gleicher Weise wie im Privatrecht als Gestaltungsrecht zu verstehen, bei anderen einseitigen Einwirkungsrechten hingegen in dieser Hinsicht Zurückhaltung zu üben, womit die staatliche Partei für eine Abänderung des verwaltungsrechtlichen Vertrags das Gericht anzurufen hätte.

¹⁰⁵⁰ Sogenanntes aufhebendes Gestaltungsrecht; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 72.

¹⁰⁵¹ Art. 368 Abs. 2 OR, zitiert als Beispiel eines sog. ändernden Gestaltungsrechts bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 70.

Vierter Abschnitt Zusammenfassung in Thesen

Eingangs wurde das Bestreben explizit gemacht, dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zu einer Dogmatik zu verhelfen, die seinen Funktionen, insbesondere seiner Erwartungssicherungsfunktion, gerecht wird: Der Vertrag steckt einen Raum von Rechten und Pflichten ab, die nach den so vereinbarten Regeln funktionieren. Diese Dogmatik sollte sich insbesondere auch in einer sinnvollen, rechtssicheren Entschädigungsregelung für Einschränkungen vertraglicher Rechte des Privaten durch einseitiges Handeln des Gemeinwesens niederschlagen.

Die Suche nach Lösungselementen wurde in einem Rahmen veranstaltet, der durch zwei gegensätzliche Pole abgesteckt wird: Zum einen wurden mögliche Grundlagen für staatliche Privilegien im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag untersucht – das Legalitätsprinzip, das öffentliche Interesse, der Grundsatz der Veränderlichkeit des Rechts sowie die staatliche Aufgabe wurden als mögliche Fundierungen für privilegierte Vertragsregeln genauer beleuchtet. Zum anderen wurde untersucht, welche Schutzpositionen dem Privaten aus einem mit dem Staat geschlossenen verwaltungsrechtlichen Vertrag erwachsen. Als Grundlagen wurden diesbezüglich der Vertrauensschutz und die Eigentums-garantie unter die Lupe genommen.

Schliesslich wurde die Suche um eine dritte Kapitelkategorie mit Seitenblicken ergänzt, zur *clausula rebus sic stantibus* und zum Widerruf als bereits in der Rechtsprechung gewählte oder von der Lehre befürwortete Ansätze zur Bewältigung der nachträglichen Fehlerhaftigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags. Diese wurden auf Erkenntnisse und Inspiration geprüft. Im vorliegenden Kapitel sollen die gemachten Folgerungen aus dem besonderen Teil dieser Arbeit thesenartig zusammengefasst werden.

A. Pacta sunt servanda

Im historischen Verlauf haben sich sowohl die Begründung als auch der Gehalt des Prinzips *pacta sunt servanda* mehrfach geändert. Das Prinzip dient lediglich als Richtschnur, die kaum Aussagen über den konkreten Ausgang eines bestimmten Vertragsproblems zulässt. Vielmehr hat jedes Rechtsgebiet – das Privatrecht, aber auch das öffentliche Recht – den Grundsatz mit denjenigen Konturen (d.h. auch: Ausnahmen) zu versehen, die sich aus den für den konkreten Sachverhalt jeweils massgeblichen Interessen ergeben.

In Rechtsprechung und Lehre besteht eine gefestigte Meinung weder zum Inhalt von *pacta sunt servanda* im öffentlichen Recht noch zu seinem Verhältnis zu den anwendbaren öffentlich-rechtlichen Prinzipien und den Grundrechten. Für das Verwaltungsrecht kann die Herleitung der Vertragsbindung und damit der Vertragstreue nicht ohne Weiteres aus dem Privatrecht transplantiert werden. Die Rechtfertigung von *pacta sunt servanda* aus den Funktionen des Vertrags, genauer gesagt aus der Planungsfunktion (Funktion der Zukunftsregelung) sowie der Rechtssicherheitsfunktion, lässt sich jedoch unverändert ins öffentliche Recht übertragen. Wenn das verwaltungsvertragliche Handeln von der Behörde gewählt wird, um sich diese Funktionen zunutze zu machen, hat daraus auch eine irgendwie geartete Vertragsbindung und damit Vertragstreue zu erfolgen.

Geht es darum, diese Vertragsbindung im öffentlichen Recht zu begründen und mit Gehalt zu versehen, erweist sich das Privatrecht strukturell als schlechte Inspirationsquelle: Dem Privatrecht fehlen die Mittel, das ihm grundsätzlich fremde «öffentliche Interesse an der richtigen Anwendung des Rechts» – Kern der Privilegierungsbemühungen im öffentlichen Recht – in das Vertragsrecht einzuordnen. Dafür ist Orientierung im öffentlichen Recht und namentlich in der Verfassung zu suchen. Für die Frage nach der Rechtsfolge einer festgestellten Ausnahme von der Vertragsbindung sieht es jedoch anders aus: In dieser Frage können die im Privatrecht entwickelten Schadenersatzlösungen durchaus übernommen werden.

B. Mögliche Grundlagen des staatlichen Privilegs

I. Das Legalitätsprinzip

Aus dem Legalitätsprinzip folgt das Postulat, dass das Handeln der Verwaltung sich mit dem geltenden Recht in Übereinstimmung zu befinden hat. Damit fordert das Legalitätsprinzip auch eine Anpassung von Dauersachverhalten an das neue Recht. Insofern ist festzustellen, dass das Legalitätsprinzip der privilegierten staatlichen Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag eine Grundlage bildet.

II. Das öffentliche Interesse

Das öffentliche Interesse stellt im öffentlichen Recht naturgemäss eine omnipräsente Erscheinung dar; es begrenzt namentlich das Vertrauensschutzinteresse des privaten Vertragspartners aus Art. 9 BV. Dennoch bedarf es zur einseitigen staatlichen Einwirkung auf einen verwaltungsrechtlichen Dauervertrag in der hier vertretenen Auffassung mehr als ein blosses öffentliches Interesse: Es hat sich um das öffentliche Interesse *an der Anwendung des neuen Rechts* zu han-

deln, mithin bedarf es veränderten Rechts, um eine privilegierte direkte staatliche Einwirkung auf den Vertrag zu begründen. Einzige Ausnahme bilden die dringlichen, überwiegenden «Polizeiinteressen».

III. Die Veränderlichkeit der Rechtsordnung

Die Veränderlichkeit der Rechtsordnung ist ein Fakt, der die Erwartung des Bürgers in das staatliche Handeln formt: Es besteht aus der Bundesverfassung heraus kein Anspruch auf Beibehaltung einer einmal gegebenen Rechtsordnung. Diese Feststellung ist zwar wesentlich, sie kann aber nicht als eigentliche Begründung des staatlichen Privilegs in der verwaltungsvertraglichen Dogmatik hinhalten, denn die Tatsache, dass sich die Rechtsordnung ändert, gibt noch keine Auskunft darüber, welche Änderung, d.h. welcher Eingriff in den laufenden Vertrag, im Einzelfall geboten ist. Diese Veränderlichkeit ist vielmehr auf das bereits erwähnte Legalitätsprinzip sowie das Demokratieprinzip zurückzuführen.

IV. Die staatliche Aufgabe

Handelt es sich im Einzelfall um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, mit welchem dem Privaten die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe übertragen wird, können aus dem Vertragsgegenstand selbst einseitige Rechte zugunsten der staatlichen Vertragspartei resultieren, wie sie auch in Geschäftsbesorgungsverträgen des Privatrechts existieren. Diese folgen aus der Tatsache, dass der jeweilige Vertrag den Interessen der einen Partei, im Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe konkret den Interessen der staatlichen Vertragspartei, dient.

C. Verfassungsrechtliche Schutzpositionen des Privaten

I. Die Eigentumsgarantie

Hinsichtlich der Eigentumsgarantie zeigt sich, dass sie den vertraglichen Ansprüchen des Privaten im verwaltungsrechtlichen Vertrag keinen reellen Schutz zu bieten vermag. Dies ist deshalb der Fall, weil öffentlich-rechtliche vertragliche Ansprüche nicht *per se* durch die Eigentumsgarantie geschützt werden. Dafür bedarf es des Kriteriums der Wohlerworfenheit; dieses wiederum ist ein flüchtiges, tautologisches Konzept. Nicht nur ist es in sich schwer verständlich; es ist zudem für den verwaltungsrechtlichen Vertrag unklar, welche Rechte als wohlerworfen zu gelten haben und wie die Enteignung dieser wohlerworfenen Rechte vonstatten geht. Entsprechend kann die Eigentumsgarantie im jetzigen Zeitpunkt nicht als tragfähiges Fundament für die Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags beigezogen werden.

Wo sie aber als Illustration durchaus Beachtung verdient, ist in der Abgrenzung zwischen regulatorischer, d.h. indirekter staatlicher Beschränkung von Grundrechtspositionen, die entschädigungslos hinzunehmen ist, und solchen Eingriffen, die eine Entschädigung nach sich zu ziehen haben. Die Bestimmung der materiellen Enteignung liefert dafür Anhaltspunkte. Dort wurde mit dem Bezug von Aspekten des Vertrauensschutzes bereits eine Verbindungslinie zum Vertrauensschutz geschaffen. Aufgrund der Tatsache, dass es sich sowohl bei der materiellen Enteignung als auch bei der regulatorischen Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag um dieselbe Abgrenzungsfrage handelt, können die anderen Abgrenzungskriterien der materiellen Enteignung, zusammen mit dem umstrittenen Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Polizeieingriffen, auch im Vertrauensschutz beigezogen werden.

II. Der Vertrauensschutz

Die wesentlichen Schlussfolgerungen wurden in Hypothesenform bereits einleitend zum Kapitel über den Vertrauensschutz vorweggenommen.¹⁰⁵² An dieser Stelle folgt deshalb eine thematisch konzentrierte Zusammenfassung der vorgeschlagenen Konkretisierung des Vertrauensschutzes für den Vertrag.

1. Anwendungsvoraussetzungen: Umfang des Vertrauensschutzinteresses

Geht es um die Wirkungen des Vertrauensschutzes *in zeitlicher Hinsicht*, stellt sich die Frage nach der Dauer der Vertrauensgrundlage. Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Vertrauensgrundlage liefert diesbezüglich durch die Vertragsdauer bestimmte, resp. durch Kündigungsfristen bestimmbare, eindeutige Aussagen. Das private Vertrauensschutzinteresse richtet sich auf die Vertragserfüllung im Umfang seiner Dauer resp. der ordentlichen Kündigungsfrist. Die Kündigung des Vertrags durch den Staat zerstört das private Vertrauensschutzinteresse für die Zukunft.

In persönlicher Hinsicht ist vom Grundsatz auszugehen, dass auch Handlungen von Drittbehörden geeignet sind, in das vertragliche Vertrauensschutzinteresse einzugreifen und damit Rechtsfolgen auszulösen. Ein Ausschluss *ex ante* der Handlungen gewisser staatlicher Akteure ist mit dem Grundmechanismus des Vertrauensschutzes nicht vereinbar; dies trifft sowohl auf das Handeln anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts zu als auch auf das Handeln der anderen Organe, insbesondere der Legislative, innerhalb derselben juristischen Person des öffentlichen Rechts, der auch die vertragsschliessende Behörde angehört.

¹⁰⁵² Siehe dazu *supra* S. 135 ff.

In sachlicher Hinsicht besteht ein Spannungsverhältnis, das den Kern dieser Arbeit bildet: Einerseits erlaubt es der Vertrauensschutz nicht, die regulatorische Staatsfunktion aus dem Anwendungsbereich des Vertrauensschutzes auszunehmen. Damit können auch Gesetzesänderungen in ein vertragliches Vertrauensschutzinteresse eingreifen. Andererseits ist aber auch davon auszugehen, dass die Anwendung neuen Rechts ohne besondere Rechtsfolgen zugunsten des Einzelnen den Normalfall darstellt. Die Auslegung des Vertrags liefert grundsätzlich auch in sachlicher Hinsicht Antworten darauf, was im Einzelfall vom privaten Vertrauensschutzinteresse umfasst ist. Allerdings stellen sich hier besonders schwierige und wohl oftmals aus der Auslegung alleine nicht lösbare Fragen, wie etwa die, ob der Private mit einer konkreten nachteiligen Gesetzesänderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu rechnen hatte oder nicht.

Im Zusammenhang mit dem sachlichen Umfang des privaten Vertrauensschutzinteresses im Vertrag über die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe wird ferner als Sonderfall davon ausgegangen, dass sich gewisse einseitige Einwirkungsrechte aus dem Vertragsgegenstand ergeben können. Gleich wie bei den Geschäftsbesorgungsverträgen des Privatrechts wird diesfalls der Vertrag im Interesse der einen Vertragspartei, hier im Interesse des Staats, abgeschlossen. Daraus können insbesondere Weisungsrechte zugunsten des Staats und Rechenschaftsablagepflichten zulasten des Privaten resultieren.

Zur Abgrenzung im Einzelfall zwischen solchen regulatorischen Eingriffen, gegen die sich der private Vertragspartner mit Ansprüchen aus Vertrauensschutz zur Wehr setzen kann, und solchen, die entschädigungs- resp. rechtsfolgenlos zu ertragen sind, hilft ein Blick zur Eigentumsgarantie: Einerseits können die für die Bestimmung der materiellen Enteignung massgeblichen Kriterien der *Eingriffsintensität* und der *Lastengleichheit* beigezogen werden. Andererseits weisen verschiedene Aspekte des Grundsatzes der Entschädigungslosigkeit von Polizeieingriffen, nämlich die *Zielrichtung des Eingriffs* einerseits sowie das *überragende Gewicht des öffentlichen Interesses* andererseits, in die richtige Richtung. Die Problematik bleibt aber auch damit noch sowohl komplex als auch abstrakt und wird durch die Praxis noch zu konkretisieren sein.

2. Rechtsfolgen

a) Der Ersatz des positiven Interesses

Die Auseinandersetzung mit der im öffentlichen Recht vertretenen Meinung, als Ersatz des vertraglichen Vertrauensschadens komme nur das negative Interesse infrage, zeigt Folgendes: Erstens kann mit der Abstützung auf das negative Interesse das Ziel, den entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) auszuschliessen, nicht erreicht werden, denn auch beim negativen Interesse ist dieser zu entschä-

digen. Zweitens zeigt sich, dass der Ersatz des positiven Interesses der Funktion des Vertrags und der Ausrichtung der Erwartung des Privaten auf die Erfüllung desselben besser entspricht.

b) Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund

Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund des Privatrechts kann auch im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag einen Beitrag zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragserfüllung und nachträglicher Rechtsänderung beitragen. Allerdings ist es in seiner Begründung nur für den Privaten gleichermaßen wie im Privatrecht auf Art. 27 ZGB abzustellen; für den Staat leitet es sich aus dem Grundsatz der Unveräusserlichkeit der staatlichen Gewalt ab.

D. Seitenblicke: Widerruf und *clausula rebus sic stantibus*

I. Der Widerruf

Die Untersuchung des Widerrufsrechts zeigte Folgendes:

- In materieller Hinsicht sind die widerstreitenden Interessen des Vertrauensschutzes und der richtigen Anwendung des (neuen) Rechts, die die Lösungsfindung im Widerrufsrecht leiten, dieselben wie im verwaltungsrechtlichen Vertrag.
- Der Vertrauensmehrwert des Vertrags gegenüber der Verfügung lässt sich nicht genau definieren. Tendenziell wird dem Vertrag ein eher grösseres Vertrauensschutzinteresse entnommen werden können, was zu einer grösseren Bestandeskraft des Vertrags gegenüber der Verfügung führen dürfte. Der Mehrwert des Vertrags liegt auch darin, dass sich das Vertrauen in zeitlicher und sachlicher Sicht eindeutig umreissen lässt.
- Das Widerrufsrecht vermag keine weitergehende inhaltliche Konkretisierung für die Dogmatik des heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrags zu bieten. Dies liegt zum einen an der Instabilität der jeweils angeführten Fallkategorien im Widerrufsrecht, insbesondere der angeblich «unwiderruflichen» Verfügungen, zum anderen daran, dass der Entschädigung als Rechtsfolge des Widerrufs wenig Beachtung geschenkt wird.
- Aus formeller Sicht ist die Begrifflichkeit «Widerrufsrecht» im Vertragskontext zugunsten eines einseitigen Abänderungs- oder Kündigungsrechts abzulehnen.

II. Die *clausula rebus sic stantibus*

Auch die *clausula rebus sic stantibus* leistet keinen besonderen Beitrag zur Verfeinerung der öffentlichen Vertragsdogmatik: Wo gegen ihre Anwendung im gleichen Zusammenhang wie im Privatrecht (d.h. bei veränderten Sachumständen, die zu einer Äquivalenzstörung führen) nichts einzuwenden ist, sind ihre Anwendungsvoraussetzungen ohne eine gewisse mentale Akrobatik schlecht auf die Anpassung des verwaltungsrechtlichen Vertrags an neues Recht übertragbar. Die Anwendung der *clausula* in diesem Zusammenhang führt zu einem Verzicht auf alle wesentlichen Anwendungsvoraussetzungen der Figur. Entsprechend ist auf die Verwendung dieses Konstrukts im Recht des verwaltungsrechtlichen Vertrags zu verzichten, ohne dass daraus ein Nachteil für die Rechtsanwendung entstände.

E. Das Entschädigungsrecht

I. Vertrauensschutz und Staatshaftung

Von der Feststellung eines möglichen Anspruchs unter Art. 9 BV bis zur konkreten Geltendmachung ist der prozessuale Weg oftmals unklar. Nebst der Klage, sofern diese vom anwendbaren Prozessrecht vorgesehen ist, finden sich in der Lehre Befürworter eines Vorgehens u.a. nach Staatshaftungsrecht oder analog des Enteignungsrechts.

Obwohl das Vorgehen nach Staatshaftungsrecht gesetzlich ausgestaltet und daher im Vergleich zum Vertrauensschutz gesichert ist, gilt es in diesem Zusammenhang verschiedene Hürden zu bewältigen. Zum einen bedarf es für die Haftpflicht bei reinen Vermögensschäden der Feststellung eines Handlungsunrechts, mithin der Verletzung einer Norm mit konkreter Schutzrichtung zugunsten des geschädigten Vermögens, was im Einzelfall selten angenommen werden dürfte. Zum andern dürfte der Grundsatz der Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes dazu führen, dass in einem Vertragssachverhalt zuerst der Beschwerde- oder Klageweg zu beschreiten ist, bevor ein Staatshaftungsanspruch geltend gemacht werden kann. Ferner sind Ansprüche aus schädigender regulatorischer Tätigkeit im Staatshaftungsrecht schlecht aufgehoben.

Den Vertrauensschutz und die Staatshaftung zu einer teilweisen tatbestandlichen Übereinstimmung zu bringen, kann nur geschehen, wenn man die von RÜTSCHKE verfochtene These der Widerrechtlichkeit durch Grundrechtsverletzung verfolgt: Demnach wäre ein Eingriff in ein privates Vertrauensschutzinteresse, der durch keine überwiegenden öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden könnte, als Grundrechtsverletzung zu werten und damit widerrechtlich im Sinne des Haftpflichtrechts.

Es gelingt aufgrund der unterschiedlichen Ausrichtung von Staatshaftung und Vertrauensschutz nicht, die Staatshaftung als im Grundsatz geeignetes Vehikel für die Geltendmachung von Schäden auf der Basis des Vertrauensschutzes zu mobilisieren. Der zu beschreitende Weg bleibt einer Prüfung im Einzelfall unterstellt.

II. Haftung aufgrund von Art. 97 OR

Zur Beurteilung der Eignung von Art. 97 OR zur Anwendung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag müssen drei Sachverhalte unterschieden werden:

- Die Haftpflicht des privaten Vertragspartners,
- die Haftpflicht der Behörde aus privilegierter Einwirkung sowie
- die Haftpflicht der Behörde aus verschuldeter Nichterfüllung.

Art. 97 OR eignet sich nur für die Haftpflicht des privaten Vertragspartners. Für diesen erscheint es sinnvoll, die Haftpflicht mangels anderer Grundlagen von den Voraussetzungen von Art. 97 OR abhängig zu machen, zu denen auch das (vermutete) Verschulden gehört. Für den zweiten Sachverhalt, d.h. die Haftpflicht des Staats aus privilegierter Einwirkung, stellt sich dasselbe Verschuldenserfordernis hingegen als ungeeignet heraus: Führt die staatliche Einwirkung zur Verkürzung eines privaten Vertrauensschutzinteresses, verlangt der Vertrauensschutz, dass dieses Vertrauensschutzinteresse geschützt wird – und dies ungeachtet eines allfälligen staatlichen Verschuldens an der Verkürzung. Gelingt der Behörde der Exkulpationsbeweis, was in Fällen der privilegierten Einwirkung aufgrund veränderten Rechts notwendigerweise zu erwarten sein müsste, scheitert der Entschädigungsanspruch des Privaten, was eine Missachtung seines grundrechtlichen Vertrauensschutzanspruchs mit sich bringt. Für den letzten Sachverhalt, die verschuldete Nichterfüllung durch die Behörde analog einer gewöhnlichen Vertragssituation im Privatrecht, wäre eine Anwendung von Art. 97 OR durchaus denkbar, es müsste dafür wohl aber sowohl festgestellt werden, dass der Vertrauensschutz der Problemlösung nicht genügt, als auch, dass Art. 97 OR dafür besser geeignet wäre. Es ist die hier vertretene Ansicht, dass der Vertrauensschutz mit der Möglichkeit einer Entschädigung des positiven Interesses auch für den Fall der verschuldeten behördlichen Nichterfüllung die sachlich geeignetere Grundlage bildet als Art. 97 OR.

F. Verfahrensrechtlicher Exkurs

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildete das materielle Recht. Namentlich im Zusammenhang mit dem Kapitel zum Entschädigungsrecht war die Frage kurz zu betrachten, ob eine Behörde im heterogenen verwaltungsrechtlichen Vertrag sollte verfügen können oder ob es sachgerechter erscheint, von

vertraglichen Willensäußerungen auszugehen. Darauf wurde geantwortet, dass eine vertragliche Willensäußerung aus psychologischer Sicht vorzuziehen sei. Die angefochtene Verfügung stellt im Beschwerdeverfahren eine Erstbeurteilung durch die Vorinstanz dar, was hinsichtlich der Überprüfung durch die Beschwerdeinstanz zu Nachteilen für die private Vertragspartnerin führen kann.

Ferner wurde die Frage gestellt, ob es in der Hand der Vertragsbehörde liegen sollte, eine Erstbeurteilung der Situation vorzunehmen, oder ob stattdessen das Mittel der gerichtlichen Klage vorzuziehen sei. Angesichts der Tatsache, dass letztere Frage eng mit der Ausgestaltung einseitiger vertraglicher Rechte als einfache Willensäußerungen oder eigentliche Gestaltungsrechte zusammenhängt und letztere auch im Privatrecht bei entsprechender Interessenlage zugestanden werden, ist beides denkbar. Tendenziell sind mit Ausnahme des Kündigungsrechts Gestaltungsrechte nur zurückhaltend zu bejahen; besteht kein Gestaltungsrecht, hat die Behörde die gewünschte Änderung dem Gericht mit Klage zu beantragen.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
allg.	allgemein, -e, -es, -er
A.M., a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Kanton Bern
betr.	betreffend
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1898
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BK OR	Berner Kommentar, Obligationenrecht
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1)
BSK	Basler Kommentar
BSK BV	Basler Kommentar, Bundesverfassung
BSK OR I	Basler Kommentar, Obligationenrecht I
BSK ZGB I	Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil
CHF	Schweizer Franken
CR OR I	Commentaire romand, Code des obligations I
CR ZGB I	Commentaire romand, Code civil I
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, SR 0.101)

EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (EntG, SR 711)
EntG (BE)	Gesetz über die Enteignung vom 3. Oktober 1965 des Kantons Bern
EntG (FR)	Gesetz über die Enteignung vom 23. Februar 1984 (EntG) des Kantons Freiburg
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union (vor 1. Dezember 2009: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)
f., ff.	folgende
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10)
Fn.	Fussnote
FR	Kanton Freiburg
GE	Kanton Genf
GGA	geschützte geografische Angabe
Gl.M., gl.M.	gleicher Meinung
GUB	geschützte Ursprungsbezeichnung
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.f.	in fine
i.Ue.	im Üechtland
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291)
i.V.m.	in Verbindung mit
JdT	Journal des Tribunaux
KEG	Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (KEG, SR 732.1)
KEV	Kostendeckende Einspeisevergütung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
kt.	kanton(e)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP, RS 291)
LEx	Loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930 (LEx, RS 711)
LEx (GE)	Loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 10 juin 1933 (LEx-GE) des Kantons Genf
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera
LVG	Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 17. Juni 2016 (Landesversorgungsgesetz LVG, SR 531)
m.w.H.	Mit weiteren Hinweisen
n.	Randnote
Nr.	Nummer

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p.a.	per annum
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (PatG, SR 232.14)
Pra	Die Praxis, Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RTVG	Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40)
S.	Seite(n)
SchlT	Schlusstitel
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1)
SGK	St. Galler Kommentar
SGK BV	St. Galler Kommentar, Bundesverfassung
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannt, -e, -r, -es
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz SuG, SR 616.10)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
u.a.	unter anderem
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
URP	Umweltrecht in der Praxis
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241)

VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz VG, SR 170.32)
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz VGG, SR 173.32)
Vgl., vgl.	vergleiche
VID	Verordnung über Internet-Domains vom 5. November 2014 (VID, SR 784.104.2)
VRG (ZH)	Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG) des Kantons Zürich
VRG (SO)	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970 (Verwaltungsrechtspflegegesetz) des Kantons Solothurn
VWLV	Verordnung über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 10. Mai 2017 (VWLV, SR 531.11)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021)
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Wasserrechtsgesetz WRG, SR 721.80)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZP EMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung ZPO, SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

Soweit nichts anderes angegeben ist, werden die nachstehenden Werke jeweils mit Nachnamen der Autorin bzw. des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert. Wo sich die Abfolge der Zitate nicht aus der Reihenfolge der Aussagen im jeweiligen Fussnotentext ergibt, werden sowohl Rechtsprechung als auch Literatur in chronologischer, absteigender Reihenfolge zitiert. Rechtsprechung wird in solchen Fällen vor Literaturverweisen aufgeführt.

ANDREAS ABEGG Die Bewertung von Kooperationen zwischen Staat und Privaten in der staatsrechtlichen Diskussion der Schweiz, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Public Private Partnership) in/nach der Weltwirtschaftskrise, Baden-Baden 2011, S. 177–197 (zit. ABEGG, Bewertung).

ANDREAS ABEGG Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten – Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge, Habil. Freiburg i.Ue, Zürich 2009 (zit. ABEGG, Verwaltungsvertrag).

ANDREAS ABEGG Die Vertragsfreiheit der Verwaltung, in: ZSR 2009 I, S. 387–411 (zit. ABEGG, Vertragsfreiheit).

ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER Droit constitutionnel suisse, Bd. I, L'Etat, 3. Aufl. Bern 2013.

ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Les droits fondamentaux, 3. Aufl. Bern 2013.

HARTMUT BAUER Verwaltungsverträge, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhardt Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. München 2012, S. 1255–1387.

EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN/EVA MOLINARI Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren, Zürich 2012.

EVA MARIA BELSER Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 2000.

JÜRIG BICKEL Auslegung von Verwaltungsrechtsakten, Diss. Freiburg i.Ue., Bern 2014.

JACQUES BISCHOFF Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Risikozuordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Diss. Zürich 1983.

- CHRISTINE CHAPPUIS Kommentierung von Art. 2 ZGB, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Commentaire romand, Code civil I, art. 1–359 CC*, Basel 2010 (zit. CHAPPUIS, CR ZGBI, Art. 2 n ...).
- ELISABETH CHIARIELLO Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Bern 2004.
- THOMAS COTTIER Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Diss. Bern, 2. ergänzte Aufl. Chur/Zürich 1991.
- DETLEV DICKE Der Irrtum bei der Verwaltungsmassnahme, in: ZSR 103/1984, Erster Halbband, S. 525–547.
- JACQUES DUBEY Droits fondamentaux, Bd. I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Basel 2018 (zit. DUBEY, Droits fondamentaux, Bd. I).
- JACQUES DUBEY Droits fondamentaux, Bd. II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. DUBEY, Droits fondamentaux, Bd. II).
- JACQUES DUBEY Espace – Temps – Propriété, Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Habil. Freiburg i.Ue, Genf/Zürich/Basel 2012 (zit. DUBEY, Propriété).
- JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Droit administratif général, Basel 2014.
- RAPHAËL EGGS Les «autres préjudices» de l'expropriation, L'indemnisation au-delà du modèle fondé sur la valeur vénale, Diss. Freiburg i.Ue., Genf 2013.
- BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2014 (zit. BEARBEITER(-IN), SGK BV, Art ... n ...).
- ASTRID EPINEY Kommentierung von Art. 5 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. EPINEY, BSK BV, Art. 5 n ...).
- ASTRID EPINEY Kommentierung von Art. 36 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. EPINEY, BSK BV, Art. 36 n ...).
- MICHAEL FAJNOR Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, ein Beitrag zur Diskussion um Widerrechtlichkeit, Legalitätsprinzip und verfassungsrechtlich fundierte Entschädigungsansprüche für rechtmässige Hoheitsakte, Diss. Zürich 1987.

- WALTER FELLMANN Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. FELLMANN, BK OR, Art ... n ...).
- CHARLES FRIED Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation, 2. Aufl. New York 2015.
- THOMAS GÄCHTER Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts: Ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2005.
- PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 10. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014.
- PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014.
- ZACCARIA GIACOMETTI Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), Bd. I, Zürich 1960.
- SERGIO GIACOMINI Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis «Staat-Privater», Diss. Freiburg i.Ue. 1992.
- PHILIPPE GILLIÉRON Les dommages-intérêts contractuels, Habil. Freiburg i.Ue., Lausanne 2011.
- JAMES GORDLEY The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford 1992.
- PAUL GRÄTZER Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Diss. Zürich, Einsiedeln 1953.
- ALAIN GRIFFEL Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht).
- ALAIN GRIFFEL Dynamik und Stillstand im Verwaltungsrecht, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 1–14 (zit. GRIFFEL, Dynamik und Stillstand).
- ALAIN GRIFFEL Bauen im Spannungsfeld zwischen Eigentumsgarantie und Bauvorschriften, in: ZBl 103/2002 S. 169–187 (zit. GRIFFEL, Spannungsfeld).
- ETIENNE GRISEL La définition de la police, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 91–113.

- JOST GROSS Staatshaftung und Grundrechtsschutz, in: AJP 2002, S. 1429–1434 (zit. GROSS, Grundrechtsschutz).
- JOST GROSS Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl. Bern 2001 (zit. GROSS, Staatshaftungsrecht).
- HUGO GROTIUS De iure belli ac pacis libri tres, In quibus ius naturae & Gentium: item iuris publici praecipua explicantur, Bd. I, Liber primus, liber secundus, Nachdruck der Ausgabe Paris 1625, Hildesheim/Zürich/New York 2006.
- ANNETTE GUCKELBERGER Der Widerruf von Verfügungen im schweizerischen Verwaltungsrecht, in: ZBl 108/2007, S. 293–312.
- MICHÈLE GUTH Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht, Diss. Zürich 2017.
- PASCAL HACHEM Die Konturen des Prinzips «Pacta sunt servanda», in: Andrea Bühler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Private law, national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bd. I, Bern 2011, S. 647–667.
- ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016.
- ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich/St. Gallen 2016.
- FELIX HAFNER Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, in: BJM 2004, S. 281–308 (zit. HAFNER, Staatsaufgaben).
- FELIX HAFNER Verfügung als Risiko – Unschärfen des Verfügungsbegriffs als Rechtsschutzrisiko, in: Thomas Sutter-Somm/Felix Hafner/Gerhard Schmid/Kurt Seelmann (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, S. 257–275 (zit. HAFNER, Verfügung als Risiko).
- FELIX HAFNER Aufgaben der NGOs: Staatsaufgaben oder private Aufgaben?, in: Denise Buser/Felix Hafner/Béatrice Speiser/Barbara Werner (Hrsg.), Menschenrechte konkret – die Rolle der lokalen NGOs, Referate des 1. Basler Menschenrechtssymposiums, Basel/Genf/München 2003, S. 153–180 (zit. HAFNER, NGOs).
- SUSANNE HÄHNCHEN/FRIEDRICH EBEL/GEORG THIELMANN Rechtsgeschichte – Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 5. Aufl. Heidelberg 2016.
- ISABELLE HÄNER Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Verfahrensfragen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 39–55 (zit. HÄNER, Verfahrensfragen).

- ISABELLE HÄNER Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, in: ZBl 103/2002, S. 57–76 (zit. HÄNER, Einwilligung).
- ISABELLE HÄNER Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in: AJP 2002, S. 1144–1153 (zit. HÄNER, Grundrechtsgeltung).
- ISABELLE HÄNER Der verwaltungsrechtliche Vertrag als effizienteres Instrument für den Umweltschutzvollzug?, in: URP 2001, S. 591–614 (zit. HÄNER, Umweltschutzvollzug).
- YVO HANGARTNER Widerruf von Verwaltungsakten bei Meinungswandel der Behörde und bei Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, in: ZBl 62/1961, S. 169–178 (zit. HANGARTNER, Meinungswandel).
- YVO HANGARTNER Widerruf und Aenderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Ein Beitrag zum allgemeinen Teil des schweizerischen und deutschen Verwaltungsrechtes, Diss. St. Gallen, Au 1959 (zit. HANGARTNER, Widerruf).
- HERBERT HAUSMANINGER/WALTER SELB Römisches Privatrecht, 9. Aufl. Wien 2001.
- PETER HETTICH Handlungsformen, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Sauer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 823–844 (zit. FHB-HETTICH).
- HEINRICH HONSELL Kommentierung von Art. 1 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl. Basel 2018 (zit. HONSELL, BSK ZGB I, Art. 1 n ...).
- HEINRICH HONSELL Römisches Recht, 8. Aufl. Berlin/Heidelberg 2015 (zit. HONSELL, Römisches Recht).
- HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl. Basel 2015 (zit. BEARBEITER(-IN), BSK OR I, Art ... n ...).
- CLAIRE HUGUENIN Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlichrechtlichen Vertrag, ZBJV 118/1982, S. 489–521.
- MAX IMBODEN Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: ZSR Neue Folge 77/1958, Zweiter Halbband, S. 1a–218a.
- TOBIAS JAAG Öffentliches Entschädigungsrecht – Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Formen öffentlich-rechtlicher Entschädigungen, in: ZBl 98/1997, S. 145–174 (zit. JAAG, Entschädigungsrecht).

- TOBIAS JAAG «Preferred Freedoms» im schweizerischen Verfassungsrecht, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), *De la constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel 1996, S. 355–370 (zit. JAAG, Preferred freedoms).
- MAX KASER/ROLF KNÜTEL/SEBASTIAN LOHSSE *Römisches Privatrecht: ein Studienbuch*, 21. Aufl. München 2017.
- FRANZ KESSLER COENDET Formelle Enteignung, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 1065–1114 (zit. FHB-KESSLER COENDET).
- FRANK KLEIN *Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags*, Diss. Zürich 2003.
- KATHRIN KLETT *Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Diss. Bern 1984.
- BLAISE KNAPP *Précis de droit administratif*, 4. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1997.
- ALFRED KÖLZ *Intertemporales Verwaltungsrecht*, in: ZSR Neue Folge 102/1983, Zweiter Halbband, S. 101–249 (zit. KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht).
- ALFRED KÖLZ *Das wohlerworbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?*, in: SJZ 1978, S. 65 ff., 89 ff. (zit. KÖLZ, Das wohlerworbene Recht).
- ERNST A. KRAMER *Neues zur clausula rebus sic stantibus*, in: SJZ 110/2014, S. 273–287.
- ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR*, Bern 1986 (zit. KRAMER/SCHMIDLIN, BK OR, Art ... n ...).
- DANIEL LEU *Vertragstreue in Zeiten des Wandels, Die clausula rebus sic stantibus und das Kriterium der Vorhersehbarkeit*, in: *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 107–125.
- AUGUST MÄCHLER *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege: ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege*, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. MÄCHLER, Vertrag).
- AUGUST MÄCHLER *Die Auflösung des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 87–107 (zit. MÄCHLER, Auflösung).

- VINCENT MARTENET *Le délégataire face aux droits fondamentaux*, in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (Hrsg.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genf/Zürich 2016, S. 123–143.
- STEPHAN MEDER *Rechtsgeschichte: Eine Einführung*, 6. Aufl. Köln 2017.
- MICHAEL MERKER *Die verwaltungsrechtliche Klage*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 87–105.
- PIERRE MOOR *L'opposition entre droit public et droit privé: un état de la question*, in: Peter Hänni (Hrsg.), *Mensch und Staat, L'homme et l'Etat*, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg i.Ue. 2003, S. 639–658.
- PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET *Droit administratif*, Bd. I, *Les fondements*, 3. Aufl. Bern 2012.
- PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER *Droit administratif*, Bd. II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Aufl. Bern 2011.
- GEORG MÜLLER *Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 25–37 (zit. G. MÜLLER).
- JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER *Grundrechte in der Schweiz*, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl. Bern 2008.
- THOMAS MÜLLER-TSCHUMI *Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen*, Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 57–86 (zit. MÜLLER-TSCHUMI, *Leistungsstörungen*).
- THOMAS P. MÜLLER *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft*, Eine systemtheoretische Analyse von Verträgen zwischen dem Gemeinwesen und Privaten mit Hinweisen auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen, Diss. Basel, Basel/Frankfurt am Main 1997 (zit. TH. MÜLLER, *Verwaltungsverträge*).
- URS MÜLLER *Die Entschädigungspflicht beim Widerruf von Verfügungen*, Diss. Bern 1984 (zit. U. MÜLLER).
- MINH SON NGUYEN *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Diss. Lausanne, Bern 1998.
- MARCEL OGG *Die Verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen*, Diss. Zürich 2002.

- PASCAL PICHONNAZ La modification des circonstances et l'adaptation du contrat, in: Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hrsg.), *La pratique contractuelle 2, Symposium en droit des contrats*, Genf/Zürich/Basel 2011, S. 21–54.
- MILENA PIREK L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi, Diss. Freiburg i.Ue., Genf/Zürich/Basel 2018.
- TOMAS POLEDNA Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Habil. Zürich, Bern 1994.
- ETIENNE POLTIER La responsabilité de l'Etat pour acte illicite: l'exigence de l'illicéité, in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (Hrsg.), *La responsabilité de l'Etat*, Genf 2012, S. 45–83 (zit. POLTIER, L'illicéité).
- ETIENNE POLTIER Les gentlemen's agreements à participation publique, in: ZSR Neue Folge 106/1987 Erster Halbband, S. 367–402 (zit. POLTIER, Gentlemen's Agreements).
- RENÉ RHINOW Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, Zur Problematik der administrativen Handlungsformen, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), *Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt am Main 1985, S. 295–322 (zit. RHINOW, Verfügung).
- RENÉ RHINOW Verwaltungsrechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag, in: *recht* 1985, S. 57–64 (zit. RHINOW, Vertrag).
- RENÉ RHINOW Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Habil. Basel 1979 (zit. RHINOW, Rechtsetzung).
- RENÉ RHINOW Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBl 80/1979, S. 1–23 (zit. RHINOW, Wohlerworbene Rechte).
- PAUL RICHLI Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, S. 851–869 (zit. RICHLI, Staatsaufgaben).
- PAUL RICHLI Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP 1998, S. 1426–1442 (zit. RICHLI, Rechtsschutz).
- PAUL RICHLI Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, in: AJP 1992, S. 196–205 (zit. RICHLI, Regelungsdefizit).
- PAUL RICHLI Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, in: ZBl 92/1991, S. 381–406 (zit. RICHLI, Verhandlungselemente).

- ENRICO RIVA Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007 (zit. RIVA, Wohlerworbene Rechte).
- ENRICO RIVA Hauptfragen der materiellen Enteignung, Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Habil. Bern 1990 (zit. RIVA, Materielle Enteignung).
- ENRICO RIVA/THOMAS MÜLLER-TSCHUMI Eigentumsgarantie, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 765–777.
- BEAT ROHRER Kommentierung zu Art. 269d OR, in: SVIT Schweiz (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ROHRER, SVIT-Kommentar, Art. 269d OR n ...).
- CLAUDE ROUILLER Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 677–690.
- BERNHARD RÜTSCHKE Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 152/2016 S. 71–113 (zit. RÜTSCHKE, Leistungsaufträge).
- BERNHARD RÜTSCHKE Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013 S. 153–162 (zit. RÜTSCHKE, Öffentliche Aufgaben).
- BERNHARD RÜTSCHKE Staatshaftung für bewilligte Sicherheitsrisiken – warum die objektive Widerrechtlichkeitstheorie nicht funktioniert, in: Jusletter 4. April 2011 (zit. RÜTSCHKE, Sicherheitsrisiken).
- BERNHARD RÜTSCHKE Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Diss. Bern, Basel 2002 (zit. RÜTSCHKE, Grundrechtsverletzungen).
- MARIANNE RYTER Staatshaftungsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 1211–1259 (zit. FHB-RYTER).
- MARIANNE RYTER SAUVANT Allgemeine Rechtsgrundsätze – Analogien zum Privatrecht, Ein Beitrag zur richterlichen Rechtsfortbildung im Verwaltungsrecht, Diss. Bern 2005.
- PETER SALADIN Wiedererwägung und Widerruf formell rechtskräftiger Verfügungen, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im Vergleich zur Praxis des Bundesgerichts in Lausanne, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 113–131 (zit. SALADIN, Wiedererwägung und Widerruf).

- PETER SALADIN Grundrechte im Wandel, 3. Aufl. Bern 1982 (zit. SALADIN, Grundrechte).
- KATHARINA SAMELI Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Einige grundsätzliche Bemerkungen anhand der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in: ZSR Neue Folge 96/1977, Zweiter Halbband S. 288–390.
- LILIANE SCHÄRMELI Entwicklung und Tragweite des Polizeibegriffs im Verwaltungsrecht, in: Omar Abo Youssef/Andrea Töndury (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen, 2011, S. 37–58.
- LUKAS SCHAUB Staatshaftungsansprüche aus der Verfassung: ein kurzer (erweiterter) Begründungsversuch, in: AJP 2015 S. 459–463.
- MARKUS SCHEFER Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006.
- BENJAMIN SCHINDLER Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, in: Sicherheit & Recht 2/2017, S. 63–70.
- KASPAR SUTTER/MARKUS MÜLLER Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang?, in: ZBl 114/2013, S. 471–490.
- THIERRY TANQUEREL Manuel de droit administratif, 2. Aufl. Genf/Zürich/Basel 2018 (zit. TANQUEREL, Droit administratif).
- THIERRY TANQUEREL La responsabilité de l'Etat pour acte licite, in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (Hrsg.), La responsabilité de l'Etat, Genf/Zürich 2012, S. 85–110 (zit. TANQUEREL, Acte licite).
- LUC THÉVENOZ/Franz Werro (Hrsg.) Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl. Basel 2012 (zit. BEARBEITER(-IN), CR ORI, Art ... n ...).
- FLORENT THOUVENIN Der Kooperationsvertrag – Kooperationen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Habil. Zürich, Bern 2017.
- DANIELA THURNHERR Geltung und Tragweite der Verfahrensgarantien bei Realakten – zum unausgeschöpften Potenzial von Art. 29 BV, in: recht 2014, S. 241–256 (zit. THURNHERR, Realakte).
- DANIELA THURNHERR Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln – Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013 (zit. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte).

- ANDREA TÖNDURY/OMAR ABO YOUSSEF Polizeiliche Schutzgüter im Wandel, in: Omar Abo Youssef/Andrea Töndury (Hrsg.), *Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Zürich/St. Gallen, 2011, S. 7–33.
- PIERRE TSCHANEN *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl. Bern 2016.
- PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. Bern 2014.
- AXEL TSCHENTSCHER Kommentierung von Art. 9 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. TSCHENTSCHER, BSK BV, Art. 9 n ...).
- FELIX UHLMANN *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. UHLMANN, Staatshaftungsrecht).
- FELIX UHLMANN *Der öffentlich-rechtliche Auftrag*, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Bern 2015, S. 277–287 (zit. UHLMANN, *Der öffentlich-rechtliche Auftrag*).
- FELIX UHLMANN Kommentierung von Art. 5 VwVG, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.) *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. UHLMANN, *Praxiskommentar VwVG*, Art. 5 n ...).
- MARIE-NOËLLE VENTURI-ZEN-RUFFINEN *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, in: SJ 2008 II, S. 1–37.
- STEFAN VOGEL *Die «clausula rebus sic stantibus» als Mittel zur Anpassung und Aufhebung von verwaltungsrechtlichen Verträgen*, in: ZBl 109/2008, S. 298–310.
- BERNHARD WALDMANN Kommentierung von Art. 26 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. WALDMANN, BSK BV, Art. 26 n ...).
- BERNHARD WALDMANN *Materielle Enteignung*, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 1115–1163 (zit. FHB-WALDMANN).
- BERNHARD WALDMANN *Einige Gedanken zum Recht auf Eigentum*, in: Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, S. 653–661 (zit. WALDMANN, *Recht auf Eigentum*).

- BERNHARD WALDMANN Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1–23 (zit. WALDMANN, Einführung Vertrag).
- ROLF H. WEBER Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000 (zit. WEBER, BK OR, Art ... n ...).
- BEATRICE WEBER-DÜRLER Zur neusten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Benoît Bovay/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, S. 593–608 (zit. WEBER-DÜRLER, Verhältnismässigkeitsprinzip).
- BEATRICE WEBER-DÜRLER Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: ZBl 103/2002 S. 281–310 (zit. WEBER-DÜRLER, Entwicklung).
- BEATRICE WEBER-DÜRLER Grundrechtseingriffe, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 131–155 (zit. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe).
- BEATRICE WEBER-DÜRLER Zur Entschädigungspflicht des Staates für rechtmässige Akte, in: Francis Cagianut/Willi Geiger/Yvo Hangartner/Ernst Höhn (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Bern/Stuttgart 1989, S. 339–353 (zit. WEBER-DÜRLER, Entschädigungspflicht).
- BEATRICE WEBER-DÜRLER Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, in: ZBl 85/1984 S. 289–302 (zit. WEBER-DÜRLER, Polizeieingriff).
- BEATRICE WEBER-DÜRLER Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Habil. Zürich, Basel/Frankfurt am Main 1983 (zit. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz).
- MARC-PHILIPPE WELLER Die Vertragstreue: Vertragsbindung, Naturalerfüllungsgrundsatz, Leistungstreue, Habil. Köln, Tübingen 2009.
- FRANZ WERRO La responsabilité civile, 3. Aufl. Bern 2017 (zit. WERRO, Responsabilité civile).
- FRANZ WERRO Le dommage: l'état d'une notion plurielle, in: Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Le dommage dans tous ses états – Sans le dommage corporel ni le tort moral, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Bern 2013, S. 1–31 (zit. WERRO, Le dommage).
- FRANZ WERRO Die öffentlichrechtliche Staatshaftung aus der Sicht eines Privatrechtlers: die Sorgfaltspflichtverletzung als einziger Haftungsgrund?, in: Verwaltungsorganisationsrecht, Staatshaftungsrecht, öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch SVVOR 2006, Bern 2007, S. 125–145 (zit. WERRO, Öffentlichrechtliche Staatshaftung).

- FRANZ WERRO Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, Plädoyer für ein modifiziertes Verständnis von Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Haftpflicht, in: ZSR 4/1997, S. 343–386 (zit. WERRO, Sorgfaltspflichtverletzung).
- RENÉ WIEDERKEHR Die Haftung für falsche behördliche Auskunft, in: Bernhard Rütsche/Walter Fellmann (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts – Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Bern 2014, S. 63–89.
- RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI Die Praxis des öffentlichen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. I, Bern 2012 (zit. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I).
- RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI Die Praxis des öffentlichen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. II, Bern 2014 (zit. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II).
- MARC WOLFER Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung «aus wichtigem Grund», in: AJP 2014, S. 621–626.
- MARTIN WYSS «there ain't no such thing as a free lunch» – Es gibt keinen Rechtsstaat zum Nulltarif», in: ZBl 116/2015 S. 233–234 (zit. WYSS, Nulltarif).
- MARTIN PHILIPP WYSS Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Habil. Bern 2001 (zit. WYSS, Öffentliche Interessen).
- JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY La décision administrative – Un alibi au service de tous les intérêts, in: Benoît Bovay/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Mélanges Pierre Moor, Bern 2005, S. 637–649.
- ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS Die polizeiliche Generalklausel, in: ZBJV 147/2011, S. 261–293.
- HENRI ZWAHLEN Le contrat de droit administratif, in: ZSR Neue Folge 77/1958, Zweiter Halbband, S. 461a–663a.

Darf der Staat nachträglich in einen verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Privaten eingreifen und wenn ja, welches sind die Folgen? Obwohl Verträge des öffentlichen Rechts schon lange zum Rechtsalltag gehören, sind viele dogmatische Fragen in diesem Zusammenhang noch ungenügend geklärt. Diese Dissertation untersucht die nachträgliche Einwirkung des Staats und erstellt im Lichte der Bundesverfassung eine Auslegeordnung zu folgenden Fragen: Aus welchen Gründen darf der Staat nachträglich vertragliche Rechtspositionen des Privaten aufheben oder vermindern? Wie ist die private Vertragspartei grundrechtlich geschützt? Welche Ansprüche stehen ihr zu, wenn der Staat in dieser Art eingreift? Querbezüge zum Obligationenrecht werden ebenfalls betrachtet und in die Schlussfolgerungen einbezogen.

ISBN 978-3-7190-4358-2

