

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

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 101 (1982)

**Artikel:** Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht

**Autor:** Jost, Andreas

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896397>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 10.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht**

**Referat von Dr. iur. ANDREAS JOST**  
Rechtsanwalt





## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	457
1. Einleitung .....	461
1.1. Vorgehen .....	461
1.1.1. Beschränkung auf die Bundesverwaltungsrechtspflege ...	461
1.1.2. Zweck der Arbeit .....	461
1.1.3. Gesichtswinkel des Rechtssuchenden .....	462
1.2. Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	462
1.2.1. Zum Begriff .....	462
1.2.2. Überwiegen des Bundesrechts .....	463
2. Spezifische Probleme des Rechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	464
2.1. Der Sachverhalt .....	464
2.1.1. Ausgangspunkt .....	464
2.1.2. Komplexe Sachverhalte .....	464
2.1.3. Gefahr der Vernachlässigung des Sachverhalts .....	465
2.1.4. Untersuchungsgrundsatz; Mitwirkungspflicht der Parteien; Beweislastordnung .....	466
2.1.5. Bedeutung des Verfügungsverfahrens .....	469
2.1.6. Wichtigkeit der Rüge unrichtiger und unvollständiger Sachverhaltsfeststellung .....	469
2.2. Veränderung des Sachverhalts .....	471
2.2.1. Dynamik des Wirtschaftsgeschehens .....	471
2.2.2. Verfahrensdauer .....	471
2.2.3. Vorkehren im Interesse raschen Rechtsschutzes .....	473
2.2.3.1. Gesetzgebung .....	473
2.2.3.2. Rechtsanwendung .....	480
2.3. Normenflut .....	486
2.3.1. Vielfalt des Rechtsstoffes .....	486
2.3.2. Rechtssicherheitsprobleme .....	487
2.3.2.1. Abklärung der Rechtslage .....	487
2.3.2.2. Inkraftsetzung neuen Rechts; Übergangsordnung .....	489
2.3.3. Zum Verordnungsrecht .....	502
2.3.3.1. Bedeutung .....	502
2.3.3.2. Normenkontrolle .....	506

2.4. Auslegungsgesichtspunkte .....	511
2.4.1. Spezialität der Regelungen .....	511
2.4.2. Unterschiedlicher Bestimmtheitsgrad der Normen und Ermessen .....	515
2.4.2.1. Grosse Spannweite .....	515
2.4.2.2. Unbestimmte Gesetzesbegriffe .....	517
2.4.2.3. Ermessen .....	525
2.4.2.4. Zum Ermessensspielraum des Verordnunggebers .....	527
2.4.3. Rechtssetzung und Rechtsanwendung .....	531
2.5. Rechtsdurchsetzung .....	532
2.5.1. Bedeutung für den Rechtsschutz .....	532
2.5.2. Einzelne Aspekte .....	533
2.5.3. Anspruch auf Rechtsdurchsetzung .....	536
2.5.4. Die Aufsichtsbeschwerde .....	537
2.5.5. Öffnung der Verfahren .....	538
2.6. Zur Beschwerdebefugnis .....	538
2.6.1. Allgemeines .....	538
2.6.2. Anfechtung belastender und abweisender Verfügungen ..	540
2.6.3. Anfechtung begünstigender Verfügungen durch Dritte ...	542
2.6.4. Verbandsbeschwerde .....	551
2.6.5. Behördenbeschwerde nach Art. 103 lit. b OG .....	552
2.6.6. Beschwerdebefugnis von Behörden und Organisationen gemäss Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. c OG .....	553
2.6.6.1. Funktion .....	553
2.6.6.2. Behörden .....	555
2.6.6.3. Organisationen .....	559
2.7. Rechtsanwendung durch Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung .....	561
2.7.1. Allgemeines .....	561
2.7.2. Gefahren für die objektive Rechtsanwendung .....	563
2.7.2.1. Milchwirtschaft .....	564
2.7.2.2. Futtermiteileinfuhr .....	569
2.7.3. Korrekturmöglichkeiten .....	573
2.8. Unbefriedigte Rechtsschutzbedürfnisse .....	576
3. Folgerungen .....	580

## Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Schriften werden nur mit dem Namen des Verfassers, gegebenenfalls mit zusätzlichen Stichwörtern zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

- AESCHLIMANN, ARTHUR. Das Anfechtungsstreitverfahren im bernischen Verwaltungsrecht, Bern 1979.
- ALDER, ERNST. Die staatliche Lenkung der schweizerischen Futtermiteleinfuhr, Winterthur 1956.
- BADURA, PETER. Wirtschaftsfreiheit, Staatsplanung und Intervention, ZSR 100, 1981, S.265 ff.
- BAER, JAKOB. Die Spezialrekurskommissionen des Bundes auf den Gebieten der Qualitätskontrolle der Uhren und der Käsevermarktung, Diss. Bern 1973.
- BAUMGARTNER, URS. Behördenbeschwerde – und kein Ausweg? ZSR 99, 1980, S.301.
- BRÜHWILER, HANS. Veröffentlichung und Inkrafttreten bundesrechtlicher Erlasse, SJZ 48 (1952), S.268 ff.
- DUBS, HANS. Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR 93 II, 1974, S.223 ff.
- FLEINER-GERSTER, THOMAS. Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. überarbeitete Aufl., Zürich 1980.
- GEIGER, WILLI. Zur Frage der Veröffentlichung und des Inkrafttretens bundesrechtlicher Erlasse, SJZ 48 (1952), S.56 ff.
- GRISEL, ANDRÉ. Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL. L'organisation des travaux préliminaires de législation, ZSR 93, 1974, S.349 ff.
- GYGI, FRITZ. Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979.
- Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZbJV 112 (1976), S.281 ff.
  - Zur Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens in der Bundesverwaltungsrechtspflege, ZSR 98 I, 1979, S.449 ff.
  - Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 77 (1976), S.1 ff.
  - Über die anfechtbare Verfügung, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern und Stuttgart 1979.
  - Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981.
  - Rechtsgrundsätze der Einfuhrkontingentierung, Blätter für Agrarrecht 1974, S.77 ff.
  - Zur Rechtsbeständigkeit von Verwaltungsverfügungen, ZBl 83 (1982), S.149 ff.
- HODLER, MARC. Erfahrungen und Praxis mit mengenmäßigen Beschränkungen und Vorschläge für eine Neuordnung, Blätter für Agrarrecht 1974, S.86 ff.
- HOTZ, REINHOLD. Bäuerliches Grundeigentum, ZSR 98 II, 1979, S.109 ff.
- HUBER, WILLY. Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, St. Gallen, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd.9, St. Gallen 1980.

- IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bde. I und II, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976.
- JOST, ANDREAS. Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975.
- KAUFMANN, H. Die öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Zentralverbandes Schweiz. Milchproduzenten (ZVSM), Diss. Fribourg 1971.
- KNAPP, BLAISE. Précis de droit administratif, Bâle et Francfort sur-le-Main 1980.
- KÖLZ, ALFRED. Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978.
- KUMMER, MAX. Grundriß des Zivilprozeßrechts nach den Prozeßordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978.
- LYK, RETO A. Wirtschaftspolitisch motivierte Bewilligungspflichten im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1970.
- MACHERET, AUGUSTIN. La qualité pour recourir: clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, ZSR 116 II, 1975, S. 131 ff.
- MARTI, HANS. Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel und Stuttgart 1976.
- MASSHARDT, HEINZ. Wehrsteuerkommentar, Ausgabe 1980, Zürich 1980.
- MATTER, FELIX. Die Verbandsbeschwerde im schweizerischen Umweltschutzrecht, ZSR 100 I, 1981, S. 445 ff.
- METZ, MARKUS. Der direkte Verwaltungsprozeß in der Bundesrechtspflege, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Bd. 3, Basel und Stuttgart 1980.
- MÜLLER, GEORG. Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981, S. 109 ff.
- Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel und Stuttgart 1979.
- MÜLLER, JÖRG PAUL. Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982.
- Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, in: Handbuch der schweizerischen Außenpolitik, Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Außenpolitik, Bd. 2, Bern und Stuttgart 1975.
- MÜLLER, JÖRG PAUL/WILDHABER, LUZIUS. Praxis des Völkerrechts, 2. überarbeitete und ergänzte Aufl., Bern 1982.
- MÜLLER, HEINRICH ANDREAS. Der Verwaltungszwang, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 485, Diss. Zürich 1976.
- MÜLLER PIERRE. Le principe de la proportionnalité, ZSR 97 II, 1978, S. 197 ff.
- NELL, ANTON. Mengenmäßige Beschränkungen im Agrarrecht, Blätter für Agrarrecht 1974, S. 65 ff.
- PANCHAUD, ANDRÉ. La juridiction du Tribunal fédéral au seuil de son second siècle, ZSR 94 II, 1975, S. 417 ff.
- PEUKERT, WOLFGANG. Die überlange Verfahrensdauer (Art. 6 EMRK) in der Rechtsprechung der Straßburger Instanzen, EuGRZ 1979, S. 261 ff.
- PFEIFER, MICHAEL. Der Untersuchungsgrundsatz und die Offizialmaxime im Verwaltungsverfahren, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 124, Basel und Stuttgart 1980.
- RIVA, ENRICO. Die Beschwerdebefugnis der Natur- und Heimatschutzvereinigungen im schweizerischen Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 463, Bern 1980.
- RHINOW, RENÉ A. Ist das Verfahren zur Bewilligung des Kernkraftwerkes Kaiseraugst formell rechtmäßig abgewickelt worden?, BJM 1976, S. 73 ff.

- Die Preisaufsicht des Bundes bei Arzneimitteln, WuR 1981, S.1 ff.
- ROSENSTOCK, PETER. Sammelbesprechung von Publikationen zum Natur- und Heimatschutz, ZSR 100 I, 1981, S.315 ff.
- Umweltschutz und Eigentum, in: Schweizerischer Umweltschutzrecht, Zürich 1973, S.175 ff.
- SALADIN, PETER. Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Reihe «Das Recht in Theorie und Praxis», Basel und Stuttgart 1979.
- Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR 94 II, 1975, S.307 ff.
- SCHMIDHAUSER, ERNST BRUNO. Der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, Diss. Zürich 1959.
- SCHÜRMAN, LEO. Wirtschaftsverwaltungsrecht. Stämpflis juristische Lehrbücher, Bern 1978.
- SCHWARZENBACH, HANS RUDOLF. Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts, 8. überarbeitete Aufl., Stämpflis juristische Lehrbücher, Bern 1980.
- TETTINGER, PETER J. Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre (Köln), Bd.24, München 1980.
- WALDER, HANS ULRICH. Die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozeßrechts von 1930 bis 1980, SJZ 78 (1982), S.105 ff.
- WEBER, KARL. Die schweizerische Außenhandelsgesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung der Handels- und Gewerbefreiheit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd.8, Zürich 1975.
- ZIMMERLI, ULRICH. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97 II, 1978, S.1 ff.



## 1. Einleitung

Mit der raschen Ausdehnung des Wirtschaftsverwaltungsrechts im modernen Staat wird der Rechtsschutz in diesem Bereich immer bedeutsamer. Es rechtfertigt sich daher, einige grundlegende Aspekte der mit wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fragen befaßten Rechtspflege aufzuzeigen.

### 1.1. Vorgehen

#### 1.1.1. Beschränkung auf die Bundesverwaltungsrechtspflege

Die aufgeworfenen Probleme werden anhand der Bundesverwaltungsrechtspflege erörtert<sup>1</sup>, die insbesondere seit der im Jahre 1968 erfolgten Neuordnung<sup>2</sup> einen prägenden Einfluß auch auf das kantonale Verfahrensrecht ausübt.

Die wichtigsten Verfahrensprinzipien gehören dem Bundesverfassungsrecht an<sup>3</sup> und binden deshalb die Rechtspflegeorgane des Bundes und der Kantone grundsätzlich in gleicher Weise.

#### 1.1.2. Zweck der Arbeit

Die einschlägigen Verwaltungsrechtspflegegesetze (VwVG und OG) und die in ihnen zum Ausdruck kommenden Verfahrensprinzipien, welche vorbehältlich spezialgesetzlicher Abweichungen auch für die Beurteilung von Fällen aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht gelten, wurden in den letzten Jahren so-

<sup>1</sup> Zur bundesstaatlichen Aufteilung der Verwaltungsrechtspflege GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.19ff.; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S.28ff., 32ff.

<sup>2</sup> BG über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (VwVG); BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 (Änderung gemäß BG vom 20.12.1968) (OG).

<sup>3</sup> Vgl. SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff.5.22, S.30, Ziff.16.2, S.126ff.



wohl gesamthaft<sup>4</sup> als auch zunehmend monographisch behandelt.

Die vorliegende Arbeit bezweckt nicht, diese Darstellungen im Hinblick auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht zu kompilieren. Vielmehr sei hier versucht zu zeigen, welche hauptsächlichen Schwierigkeiten der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht aufweist. Sodann ist zu erwägen, mit welchen Mitteln diese Schwierigkeiten gemildert werden können.

### 1.1.3. Gesichtswinkel-des Rechtssuchenden

Die im Wirtschaftsverwaltungsrecht auftretenden Rechtsschutzprobleme beschäftigen Bürger, Verwaltung und Gerichte sowie die Wissenschaft. Am intensivsten jedoch «fühlt» sie, wer als Partei an einem Verfahren teilnimmt oder teilnehmen möchte. Die behandelten Probleme sollen deshalb vornehmlich aus der Sicht der Rechtsschutz Anbegehrenden geschildert werden. Dabei ist unverzüglich klarzustellen, daß nicht bloß Private, sondern auch das Gemeinwesen und spezialgesetzlich Befugte den Rechtsschutz beanspruchen können<sup>5</sup>. Ferner sei nicht verkannt, daß die Verwaltungsrechtspflege bei der Erfüllung ihrer Hauptaufgabe, über streitige verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse eine für die Beteiligten verbindliche Entscheidung herbeizuführen<sup>6</sup>, zugleich allgemein die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung fördert und der Rechtsfortbildung dient<sup>7</sup>.

## 1.2. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*

### 1.2.1. Zum Begriff

Das Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts läßt sich ebenso wenig begrifflich klar abgrenzen wie das Wirtschaftsverfassungs-

<sup>4</sup> Vgl. vor allem die in Anm. 1 angeführten Werke von GYGI und SALADIN, ferner die Darstellungen der Verwaltungsrechtspflege in: KNAPP, Précis de droit administratif; FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts; SCHWARZENBACH, Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts; GRISEL, Droit administratif suisse; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung.

<sup>5</sup> Siehe Ziff. 2.6.5. und 2.6.6.

<sup>6</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 18.

<sup>7</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 17f.; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 15 ff., Ziff. 12.3, S. 93.

recht<sup>8</sup>, das es konkretisiert. Im Hinblick auf den gewaltigen Umfang verwaltungsrechtlicher Normen, die bei der wirtschaftlichen Tätigkeit zu beachten sind, eignet jedem Begrenzungskriterium etwas Willkürliches. Man pflegt dem Wirtschaftsverwaltungsrecht diejenigen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zuzurechnen, die sich vorwiegend mit dem wirtschaftlichen Handeln befassen<sup>9</sup>.

Der Umstand, daß das Wirtschaftsverwaltungsrecht keinen abgesonderten, in sich geschlossenen Rechtsbereich bildet, deutet darauf hin, daß der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht grundsätzlich keines speziellen Verfahrensrechts bedarf, sondern weitgehend aufgrund der allgemeinen Rechtspflegeordnungen gewährleistet werden kann.

Die Erkenntnis, daß das materielle Recht mit dem Verfahrensrecht zusammen gesehen werden muß<sup>10</sup>, trifft gerade für das Wirtschaftsverwaltungsrecht in höchstem Maße zu. Es ist kein Zufall, daß erfahrene Prozeßualisten, die gleichsam – an das römische Recht gemahnend – «aktionenrechtlich» denken und stets die unterschiedliche Durchsetzbarkeit von Rechtspositionen vor Augen haben, im Wirtschaftsverwaltungsrecht auch materiell wertvollste Beiträge leisten.

### 1.2.2. Überwiegen des Bundesrechts

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist größtenteils und stets zunehmend Bundesrecht, insbesondere verfügen die Kantone nur über sehr beschränkte wirtschaftspolitische Zuständigkeiten<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Zu dessen Begriff GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 18, 26 ff.

<sup>9</sup> Vgl. SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Vorwort, S. 5; SCHMIDHAUSER, Der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, S. 5 f.

<sup>10</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 3.2, S. 22 ff.; DERS., Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, passim.

<sup>11</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 65 ff.; vgl. ferner die Darstellung der einzelnen Materien bei MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, und bei SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht.

## **2. Spezifische Probleme des Rechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht**

### *2.1. Der Sachverhalt*

#### **2.1.1. Ausgangspunkt**

Die richtige und vollständige Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts ist in jedem Verfahren grundlegend; bei der Anwendung des Wirtschaftsverwaltungsrechts kommt ihr eine schlechterdings überragende Bedeutung zu. Richtigerweise müßte die Beschwerderüge der unrichtigen und unvollständigen Sachverhaltsermittlung in den Verfahrensordnungen an erster Stelle, vor der Rechtsverletzung, angeführt werden<sup>12</sup>.

#### **2.1.2. Komplexe Sachverhalte**

Die dem Wirtschaftsverwaltungsrecht unterfallenden Streitigkeiten beschlagen häufig schwierig erfaßbare, ja ausgesprochen komplexe Sachverhalte, sei es in technischer, geschäftsmäßiger oder wirtschaftspolitischer Hinsicht. Man vergegenwärtige sich etwa die Schwierigkeiten, die mit der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts im Energie- und Verkehrsbereich (Kraftwerke; Flughäfen), im Banken- und Versicherungswesen oder auf dem Gebiet agrarpolitischer Marktordnungen verbunden sind.

Richtige und differenzierte Rechtsanwendung im Wirtschaftsverwaltungsrecht setzt oft voraus, daß der in Frage stehende Sachverhalt nicht allein als punktuelles Faktum begriffen, sondern zusätzlich ins Verhältnis zum relevanten Umfeld gesetzt wird: Erst die Einordnung des zu beurteilenden Falles in den maßgeblichen größeren Zusammenhang vermag dann ein zutreffendes Bild der tatsächlichen Verhältnisse zu vermitteln. Dies ist besonders dort unerläßlich, wo es um Mengenprobleme geht. So

<sup>12</sup> Vgl. Art. 49 VwVG, Art. 104 OG.

wären etwa in kontingentsrechtlichen Auseinandersetzungen über zuzuteilende Warenmengen immer die sachdienlichen Bezüge auf das Gesamtkontingent und auf die bestehenden individuellen Berechtigungen herzustellen. Beispielsweise macht die Erhöhung eines Einzelkontingents zur Futtermiteleinfuhr von 2000 Tonnen auf 3000 Tonnen eine Zunahme von 50% aus, was zunächst sehr erheblich erscheint, im Vergleich zur gesamten Kontingentsmenge und zu den etablierten großen Individualberechtigungen jedoch nur eine äußerst dürftige Besserstellung bewirkt. Desgleichen kann die Zuweisung eines bestimmten Quantums Rohmilch an einen Verarbeitungsbetrieb erst richtig gewürdigt werden, wenn ebenfalls die gesamte Menge der im Gebiet des regionalen Milchverbands anfallenden Rohmilch und die Verteilung derselben in den Umrissen bekannt sind.

Bei umsichtiger Eruierung des Sachverhalts brechen nicht selten generelle Annahmen, die ihrer unmittelbaren Überzeugungskraft wegen allzu leicht ungeprüft hingenommen werden, in sich zusammen. In lenkungsrechtlichen Fällen wird den Gesuchstellern häufig entgegengehalten, ihr Gesuch, dem für sich allein betrachtet eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen sei, müsse jedoch schon deswegen abschlägig beschieden werden, weil sonst alle andern Unternehmer, die sich in der gleichen Lage befänden, ebenfalls die Einräumung der beantragten Berechtigung beanspruchen könnten, was untragbare Konsequenzen zeitigen würde<sup>13</sup>. Die genaue sachverhaltsmäßige Überprüfung solcher Aussagen zeigt des öftern, daß keine oder nur ganz wenige andere Unternehmer eine dem Gesuchsteller vergleichbare Stellung einnehmen.

### 2.1.3. Gefahr der Vernachlässigung des Sachverhalts

Die rechtsgenügende Sachverhaltsermittlung verlangt vom Juristen in komplizierten Fällen viel Energie und erheblichen Zeitaufwand, muß er sich doch oft in eine technische oder wirtschaftliche Materie einarbeiten, die ihm nicht vertraut ist. Die Gefahr, daß die Sachverhaltsermittlung in Fällen mit komplizierter Tatsachenlage nicht in genügendem Umfang erfolgt, ist nicht so sehr darin begründet, daß die dazu benötigte Energie und Zeit nicht aufgebracht werden wollte; die umfassende Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse unterbleibt viel eher deswegen, weil der Jurist von seiner Ausbildung und vertrauten Denkweise her dazu neigt, sich allzu rasch von der Sachverhaltsseite weg auf das Ter-

<sup>13</sup> Vgl. BGE 97 I 303.

rain der rechtlichen Abklärungen zu begeben, auf dem er sich sicherer fühlt. Freilich sind bei der Prüfung eines Falles die für die Rechtsanwendung in Frage kommenden Bestimmungen von Anfang an beizuziehen, damit nur der rechtserhebliche Sachverhalt erhoben wird<sup>14</sup>; dieser muß jedoch dann so vollständig abgeklärt werden, daß das Wirtschaftsverwaltungsrecht, vor allem das Lenkungsrecht mit seinen weitgefaßten Normen, auch «greifen» kann. Die Chancen, daß die im Wirtschaftsverwaltungsrecht den rechtsanwendenden Behörden so verbreitet eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielräume ausgeschöpft und differenziert genutzt werden, steigen um so mehr, je plastischer der Sachverhalt herausgearbeitet wird.

Es ist überaus wichtig, daß der Sachverhalt womöglich schon in erster Instanz vollständig und richtig feststeht: Einmal besteht diesfalls erhöhte Gewähr für eine korrekte Rechtsanwendung und den Abschluß des Verfahrens; andererseits vereinfacht sich ein anschließendes Rechtsmittelverfahren erheblich, wenn der Sachverhalt als wichtigste Grundlage hieb- und stichfest vorliegt.

Weil die Partei bei sorgfältiger Interessenwahrung den größten Arbeitsaufwand im erstinstanzlichen und nicht im Beschwerdeverfahren leistet, ist kritisiert worden, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes in erster Instanz keine Parteientschädigung vorsieht<sup>15</sup>.

#### 2.1.4. Untersuchungsgrundsatz; Mitwirkungspflicht der Parteien; Beweislastordnung

Der überragenden Bedeutung des Sachverhalts in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Verfahren ist bei der Handhabung des Untersuchungsgrundsatzes<sup>16</sup> Rechnung zu tragen.

Der Untersuchungsgrundsatz entbindet die Parteien, die ihre Anträge ja begründen müssen<sup>17</sup>, keineswegs davon, den Sachverhalt aufzuarbeiten, soweit als es ihnen möglich ist<sup>18</sup>. Ihre

<sup>14</sup> Vgl. PFEIFER, Der Untersuchungsgrundsatz und die Oficialmaxime im Verwaltungsverfahren, S. 81; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, Ziff. 15.12, S. 114, Ziff. 13.325, S. 122.

<sup>15</sup> Vgl. SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, S. 91.

<sup>16</sup> Art. 12 VwVG; Art. 105 Abs. 1, Art. 132 lit. b OG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 151 ff.; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, S. 113 ff.; PFEIFER, Der Untersuchungsgrundsatz und die Oficialmaxime im Verwaltungsverfahren; BGE 106 Ib 80 ff., 107 II 236.

<sup>17</sup> Art. 52 VwVG; Art. 108 OG.

<sup>18</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 153; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, S. 119 f.



Pflicht, bei der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken, ist im Verwaltungsverfahrensgesetz insbesondere für Verfahren, welche sie durch ihr Begehren einleiten, oder in welchen sie selbständige Anträge stellen, ausdrücklich verankert<sup>19</sup>. Die Rechtsprechung betont denn auch die Pflicht, bei der Beweiserhebung aktiv mitzuwirken, besonders gegenüber der Partei, die das Verfahren eingeleitet hat<sup>20</sup>.

Nun wird gerade im Wirtschaftsverwaltungsrecht ein großer Teil der Verfahren von Parteien eingeleitet, die meistens den Erlaß einer begünstigenden Verfügung anstreben, weniger häufig auf eine Feststellungsverfügung abzielen. Da insbesondere die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung wirtschaftspolitisch begründeter Bewilligungen<sup>21</sup> gemeinhin weniger klar umschrieben sind als diejenigen von klassischen Polizeibewilligungen, ist der Gesuchsteller umso mehr darauf angewiesen, die sein Begehren stützenden Tatsachen umfassend vorzubringen.

Die Partei hat in solchen Fällen auch deshalb alles Interesse an einer vollständigen Tatsachenfeststellung, als sie nach den Grundsätzen der materiellen Beweislastverteilung die Folgen nichtbewiesener rechtserheblicher Tatsachen trägt<sup>22</sup>.

Die beweisbelastete Partei ist zum Beweis zuzulassen, wobei freilich die entscheidende Instanz darüber befindet, welche Tatsachen rechtserheblich sind, und ob die angetragenen Beweismittel zu ihrer Erhärtung taugen<sup>23</sup>.

Der Untersuchungsgrundsatz, der verlangt, daß die befaßte Instanz den Sachverhalt von Amtes wegen feststelle<sup>24</sup>, darf nicht mit den Regeln über die materielle Beweislastverteilung, die unabhängig von der Geltung des Untersuchungs- oder des Verhandlungsgrundsatzes sind, vermengt werden<sup>25</sup>. Der in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Verfahren bedeutsame Zusammenhang zwischen dem Untersuchungsgrundsatz und der Beweislastordnung liegt vor allem darin, daß der Untersuchungsgrundsatz die entscheidende Instanz umso mehr dazu anhalten soll, die Parteien über die Beweisbedürftigkeit und die Beweis-

<sup>19</sup> Art. 13 Abs. 1 lit. a und b VwVG.

<sup>20</sup> BGE 106 Ib 81.

<sup>21</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei LYK, Wirtschaftspolitisch motivierte Bewilligungspflichten im schweizerischen Recht.

<sup>22</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 208; DERS., ZbJV 117 (1981), S. 287f.; PFEIFER, a.a.O., S. 115.

<sup>23</sup> Vgl. BVR 1979, S. 427.

<sup>24</sup> Art. 12 VwVG.

<sup>25</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 153, 207.

lastverteilung aufzuklären, als dieser Rechtsbereich undeutlich strukturiert, teilweise sehr unübersichtlich sowie dem Privaten oft unvertraut ist. Dementsprechend hat die verfahrensleitende Behörde den Untersuchungsgrundsatz differenzierend zu handhaben: Je komplexer die streitige Materie und je unfähiger die Partei, je eingehender soll die Behörde die Partei aufklären und nötigenfalls selber ermitteln<sup>26</sup>.

Ein praktisches Mittel zur Aufklärung der Parteien ist die Beweisverfügung<sup>27</sup>. Von dieser prozeßleitenden Verfügung wird im Verwaltungsrechtspflegeverfahren leider kaum Gebrauch gemacht<sup>28</sup>. Im Zivilprozeß, wo das Gericht anordnet, über welche Tatsachen, durch welche Partei und mit welchen Beweismitteln Beweis zu führen ist<sup>29</sup>, sind sich die Parteien nicht nur über ihre Mitwirkungspflichten besser im klaren, sondern – und zwar gerade wegen der durch die Beweisverfügung geschaffenen Klärung – auch deutlicher bewußt, was sie bei Passivität riskieren.

Die bloße Aufforderung seitens einer Verwaltungsbehörde, bestimmte Unterlagen einzusenden oder Angaben zu liefern, läßt die Partei meistens nicht genügend erkennen, wie weit ihre Mitwirkungspflichten reichen. Je stärker die Bedeutung des im Verfügungsverfahren und in der Verwaltungsrechtspflege grundsätzlich geltenden Untersuchungsgrundsatzes durch die Beweislastordnung und die Mitwirkungspflichten der Parteien relativiert wird, je eingehender müssen die Parteien über ihre Verfahrenspflichten instruiert werden. Es ist sehr zu anerkennen, daß die Verwaltung vermehrt Fragebogen und Gesuchsformulare abgibt, die es dem Bürger erheblich erleichtern, sein Begehren korrekt einzureichen. Der unkundige Gesuchsteller realisiert indessen oft zu wenig, daß das bloße Ausfüllen des Formulars in Fällen, wo die Bewilligungsvoraussetzungen weit umschrieben sind, für eine durchschlagende Gesuchsbegründung kaum ausreicht. Hier muß die zuständige Behörde nach dem Untersuchungsgrundsatz behilflich sein.

<sup>26</sup> In dieser Richtung plädiert PFEIFER in seiner Dissertation über den Untersuchungsgrundsatz und die Offizialmaxime im Verwaltungsverfahren. Daß die Offenheit und Flexibilität dieser Verfahrensmaximen, welche sie für jeden Fall von unterschiedlicher Bedeutung werden lassen (S. 151), sachgerecht ausgenützt werden soll, ist die Grundthese der Arbeit.

<sup>27</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 153 unten.

<sup>28</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 204.

<sup>29</sup> Art. 197 bern. ZPO.

### 2.1.5. Bedeutung des Verfügungsverfahrens

In erster Instanz, im Verfügungsverfahren, findet die ganz überwiegende Zahl der verwaltungsrechtlichen Fälle ihren Abschluß. Da das Wirtschaftsverwaltungsrecht nur aufgrund eines einwandfrei erhobenen Sachverhalts richtig angewendet werden kann, hat die fehlerfreie Feststellung der maßgeblichen Tatsachen in erster Instanz in quantitativer Hinsicht größte Konsequenzen für die objektiv richtige Verwirklichung dieses gewichtigen Rechtsgebiets. Rechtsstaatlich ist entscheidend, daß die Qualität der Rechtsanwendung in der großen Menge der vom Adressaten akzeptierten Verfügungen möglichst hoch ist und nicht nur in den im Verhältnis dazu zahlenmäßig nicht ins Gewicht fallenden Rechtsmittelverfahren.

Im Verfügungsverfahren muß deshalb alle Sorgfalt aufgewendet werden. Es ist paradox, daß in den verwaltungsrechtlichen Verfahrensordnungen das Verfügungsverfahren meistens viel rudimentärer geordnet ist als das Anfechtungsverfahren. Dieser Umstand mag vielleicht in der Verwaltung gelegentlich die Vorstellung gefördert haben, sie sei im Verfügungsverfahren weniger streng an die grundlegenden Verfahrensprinzipien gebunden als im Beschwerdeverfahren. Demgegenüber ist zu betonen, daß die im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren enthaltenen allgemeinen Verfahrensgrundsätze (Zweiter Abschnitt, Art. 7–43) auch im Verfügungsverfahren gelten<sup>30</sup>. Die vielfache Konkretisierung der Regel, daß für das Verfügungsverfahren die gleichen Prozeßanforderungen maßgebend sein müssen wie für die nachfolgenden Anfechtungsverfahren<sup>31</sup>, ist die formellrechtlich wohl wertvollste Leistung der Verwaltungsrechtspflege aufgrund der Neuordnung von 1968. Die strikte Beachtung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze im Verfügungsverfahren schafft die beste Voraussetzung dafür, daß der rechtserhebliche Sachverhalt schon in erster Instanz richtig und vollständig festgestellt wird.

### 2.1.6. Wichtigkeit der Rüge unrichtiger und unvollständiger Sachverhaltsfeststellung

Im Zusammenhang mit dem Sachverhalt sei hier noch eine Anmerkung zur Abfassung von Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerden beigefügt.

<sup>30</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 14.

<sup>31</sup> GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 286.



Wahrscheinlich aus dem Grund, daß bei der Aufzählung der Beschwerderügen an erster Stelle die Verletzung von Bundesrecht einschließlich Überschreitung oder Mißbrauch des Ermessens steht<sup>32</sup>, enthalten viele Beschwerdeschriften vorwiegend Ausführungen zur Rüge der Rechtsverletzung. Sehr oft hat indessen die Vorinstanz die gesetzlichen Bestimmungen auf den Sachverhalt, wie er von ihr dem Entscheid zugrundegelegt wurde, durchaus richtig angewendet, doch ist dieser Sachverhalt nicht richtig und vollständig erhoben worden. Wie schon ausgeführt<sup>33</sup>, vermag häufig erst die sachgerechte Vervollständigung des Sachverhalts ein zutreffendes Bild der maßgeblichen Tatsachen zu vermitteln. Der Beschwerdeführer sollte deshalb immer sorgfältig prüfen, ob sich nicht hinter der zunächst angenommenen Rechtsverletzung im Grunde ein Sachverhaltsproblem verbirgt, so daß er richtigerweise hier ansetzen müßte.

Dazu kommt ein verfahrenspsychologischer Aspekt. Verbreitet wird offenbar die Auslegung der gesetzlichen Ordnung als die geistig anspruchsvolle, noble Tätigkeit angesehen, die Eruiierung der maßgeblichen Tatsachen dagegen eher den praktischen Niederungen zugerechnet. Dementsprechend reagiert die verfügende Instanz auf die Rüge der Rechtsverletzung häufig bedeutend empfindlicher als auf diejenige der unvollständigen Sachverhaltsfeststellung, bei der ja oft ohnehin primär die Partei hätte aktiv sein sollen. Der Sachverhalt bildet in der Verwaltungsrechtspflege das objektive Element, und über ein solches kann man sich am ehesten einig werden. Vervollständigt der Beschwerdeführer den Sachverhalt in maßgeblicher Weise, ist die verfügende Instanz in vielen Fällen bereit, die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen. Gerade in dieser Hinsicht erweist sich die im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vorgesehene Regelung, wonach die Vorinstanz bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen kann<sup>34</sup>, als überaus nützlich. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit sehr häufig Gebrauch gemacht, und zwar auch nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist; treten die Vorinstanz und der Beschwerdeführer in Verhandlungen, ersuchen sie die Beschwerdeinstanz, die Instruktion des Beschwerdeverfahrens vorläufig zu sistieren. Zieht die Vorinstanz ihre Verfügung in Wiedererwägung, und erläßt sie eine neue Verfügung, schreibt die Be-

<sup>32</sup> Art. 49 lit. a VwVG; Art. 104 lit. a OG.

<sup>33</sup> Siehe S. 464 f.

<sup>34</sup> Art. 58 Abs. 1 VwVG.

schwerdeinstanz das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos ab<sup>35</sup>.

Daß die Verwaltungsbeschwerde häufig eine einspracheähnliche Wirkung zeitigt<sup>36</sup>, trifft vor allem auf die Fälle zu, in welchen der Sachverhalt erst auf dem Beschwerdeweg rechtserheblich vervollständigt wird. Diese nachträgliche Berichtigung und Ergänzung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der anstehenden Rechtsfragen ist eine der wichtigsten Aufgaben des Anwalts in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Angelegenheiten, zumal ihn der Klient häufig nicht schon vor der Gesuchseinreichung, sondern zu seinem Nachteil erst nach Empfang der abweisenden Verfügung aufsucht.

## 2.2. *Veränderung des Sachverhalts*

### 2.2.1. Dynamik des Wirtschaftsgeschehens

Das Wirtschaftsgeschehen verläuft überaus dynamisch und wechselläufig; die tatsächlichen Verhältnisse sind ständig im Fluß. Allein die rasante technische Entwicklung bedingt fortlaufend einschneidende Anpassungen. Als kleines, weltwirtschaftlich eng verflochtenes Land ist sodann die Schweiz den vielfältigen und bisweilen sehr akzentuierten Entwicklungen im Ausland stärker ausgesetzt als ein Großstaat. Da sich der Staat heute intensiv mit wirtschaftlichen Belangen befaßt und befassen muß<sup>37</sup>, steht die Wirtschaft stark unter dem Einfluß der sich ändernden politischen Gegebenheiten und Anschauungen.

### 2.2.2. Verfahrensdauer

Der zu lange Verfahrensgang beeinträchtigt den Rechtsschutz aufs schwerste<sup>38</sup>. Die übermäßige Verfahrensdauer bietet mei-

<sup>35</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 241 f.

<sup>36</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 22.12, S. 205.

<sup>37</sup> Vgl. die von GYGI erarbeitete Konzeption der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik, neuestens dargestellt in seinem 1981 erschienenen Wirtschaftsverfassungsrecht.

<sup>38</sup> Mannigfache Hinweise zum Problem der Verfahrensdauer und der Überlastung der Gerichte finden sich in den am Schweizerischen Juristentag 1975 abgegebenen Diskussionsvoten, ZSR 94 II, 1975, S. 417 ff.; vgl. ferner BB1 1980 III 761 ff. (Botschaft über die Zahl der Gerichtsschreiber und Sekretäre des Bundesgerichts); AESCHLIMANN, Das Anfechtungsverfahren im bernischen Verwaltungsrecht, S. 130 f.

stens keine Gewähr für qualitativ bessere Entscheide; da sie weitgehend der Überlastung der Organe der Rechtspflege zuzuschreiben ist, gefährdet deren Zeitdruck vielmehr die Ausgewogenheit und Folgerichtigkeit der Urteile<sup>39</sup>. Das bloße Element eines sehr langedauernden Verfahrens kann schließlich ein solches Gewicht annehmen, daß es – freilich meist uneingestandenmaßen – den Inhalt des Entscheides beeinflußt.

Bei der Verfahrensdauer handelt es sich wiederum um ein in allen Gebieten bestehendes Rechtsschutzproblem, das sich jedoch im Wirtschaftsverwaltungsrecht besonders akzentuiert stellt.

Die moderne Technik ermöglicht Produktionsanlagen und -methoden, deren vielseitiges Gefährdungspotential die Kehrseite der gewaltig gesteigerten Kapazität ist. Dies bedingt eine entsprechend absichernde gesetzliche Ordnung mit dem Hauptinstrument der Bewilligungspflicht. Zunehmend muß der Unternehmer eine ganze Zahl von Bewilligungen bei verschiedensten Instanzen erlangen, bevor er die beabsichtigte Tätigkeit aufnehmen darf. Sind dabei beträchtliche materielle Werte involviert, entstehen je nach der Länge der Bewilligungs-, Einsprache- und Beschwerdeverfahren entsprechende Mehrkosten, die in Extremfällen hunderte von Millionen Franken ausmachen können (Atomkraftwerke). Die Baukostenteuerung kann sich bei einem verzögerten Verfahren auf einen größeren Betrag belaufen als die zugesprochene Subvention.

Der wirtschaftlich Tätige bedarf klarer rechtlicher Grundlagen, damit er kalkulieren und richtig disponieren kann. Die durch schleppende Verfahren geschaffene Rechtsunsicherheit lähmt die Verwirklichung von Zielen, die sowohl einzel- als auch volkswirtschaftlich erwünscht wären. Die Fälle, in welchen der Unternehmer den Rechtsweg einzig deswegen nicht beschreitet, weil er mit seinen wirtschaftlichen Vorkehren nicht bis zum voraussichtlichen Verfahrensausgang zuwarten kann, sind häufig.

Wegen der sich rasch ändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten besteht ferner die Gefahr, daß bei Abschluß eines längeren Verfahrens schon ganz andere tatsächliche Verhältnisse vorliegen.

Diese Hinweise zeigen, wie leicht der Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht schon aus Gründen der Verfahrensdauer illusorisch werden kann. Das Gebot hinreichender Raschheit des

<sup>39</sup> BBl 1980 III 763.

Verfahrens<sup>40</sup> ist im Wirtschaftsverwaltungsrecht eines der wichtigsten. Dieses Gebot richtet sich nicht nur an die rechtsanwendenden Behörden, sondern auch an den Gesetzgeber, indem dieser die verfahrensrechtliche Ordnung so ausgestalten soll, daß ein zügiger Rechtsgang gefördert und die Folgen langer Verfahren gemildert werden.

### 2.2.3. Vorkehren im Interesse raschen Rechtsschutzes

#### 2.2.3.1. Gesetzgebung

Je deutlicher sich der Gesetzgeber den engen Zusammenhang zwischen materiellem Verwaltungsrecht und Verfahrensrecht vergegenwärtigt, je sorgfältiger nimmt er sich den organisations- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen an.

##### *a) Instanzenzug*

Die Beschränkung des Instanzenzugs bildet ein wesentliches Mittel zur Verhinderung übermäßiger Prozeßdauer<sup>41</sup>. Von der Zweistufigkeit des Verfahrens, die bei der Neuordnung von 1968 konsequent angestrebt wurde, sollte daher nicht leichthin abgewichen werden. Unter Berücksichtigung des oft geraume Zeit beanspruchenden Verfügungsverfahrens sind bei diesem System in Wirklichkeit ohnehin drei Instanzen zu durchlaufen<sup>42</sup>.

Die mit dem beschränkten Instanzenzug verbundenen zeitlichen Vorteile können umso besser genutzt werden, als die Gabelung des Rechtswegs in der Bundesverwaltungsrechtspflege ausgeschlossen ist<sup>43</sup>. Eine Gabelung des Instanzenzuges wäre beispielsweise gegeben, wenn in der gleichen Streitigkeit der Bundesrat die reine Ermessenshandhabung, das Bundesgericht dagegen die Rechtsfragen überprüfen würde.

Ganz allgemein erleichtert eine einfache und klare Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung den zügigen Prozeßgang; vor der Illusion, die Verwaltungsrechtspflege ließe sich gleichsam mit ein paar wenigen einprägsamen und sofort einsichtigen Bestimmun-

<sup>40</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 12.4, S. 94; vgl. auch Art. 6 Abs. 1 EMRK und dazu den Aufsatz von PEUKERT, Die überlange Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK) in der Rechtsprechung der Straßburger Instanzen, EuGRZ 6 (1979), S. 261 ff.

<sup>41</sup> Vgl. AESCHLIMANN, a.a.O., S. 130 f.

<sup>42</sup> GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 286.

<sup>43</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 83, 91.

gen ordnen, muß indessen gewarnt werden. Schon allein das Wirtschaftsverwaltungsrecht, geschweige denn das Verwaltungsrecht, umfaßt inhaltlich und strukturell derart verschiedene Bereiche, daß der Gesetzgeber beim Rechtsschutz unmöglich alles schematisch-einheitlich über einen Leisten schlagen kann. Sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit als auch in bezug auf die zulässigen Beschwerderügen (und damit der Überprüfungsbefugnis) drängen sich Unterscheidungen auf, die in den Eigenheiten der jeweiligen Materie begründet sind. Die Verfahrensordnung muß, soll sie sachgerecht ausgestaltet sein, differenzieren, und es ist im Interesse der Rechtssicherheit erwünscht, daß der Rechtssuchende die entsprechenden Regeln möglichst dem Gesetz selber entnehmen kann und hiefür nicht auf den Beizug der Judikatur angewiesen ist.

*b) Koordination verschiedener Bewilligungsverfahren*

Die rationelle Verfahrensabwicklung kann dadurch sehr gefördert werden, daß der Gesetzgeber in Fällen, in welchen vor der Aufnahme einer Tätigkeit mehrere Bewilligungen vorliegen müssen, die Koordination der verschiedenen Bewilligungsverfahren sicherstellt. Da erfahrungsgemäß leicht heikle und zeitraubende Probleme der Kompetenzabgrenzung auftauchen, wenn sich verschiedene Behörden, je von ihrem speziellen Aufgabenbereich her, mit der gleichen wirtschaftlichen Tätigkeit befassen müssen, sollte das Gesetz auch schon, soweit sich die Überschneidungen voraussehen lassen und die gesetzgeberische Zuständigkeit zu ihrer Lösung gegeben ist, die materielle Rangordnung unter den mannigfachen Bewilligungen festlegen.

*c) Nova und Berücksichtigung von Änderungen des Sachverhalts*

Als besonders verfahrensökonomisch erweist sich in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Streitigkeiten die den Parteien grundsätzlich eingeräumte Möglichkeit, vor oberer Instanz ergänzend neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen<sup>44</sup>. Ferner ist auch dem Bundesgericht nicht verwehrt, bei seinem Urteil über Verwaltungsgerichtsbeschwerden Änderungen des Sachverhalts, die seit dem Erlaß des angefochtenen Entscheids eingetreten sind, zu berücksichtigen<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Art. 49 lit. b VwVG; Art. 104 lit. b OG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 190, sowie zur Einschränkung des Novenrechts bei begrenzter Befugnis des Bundesgerichts, den Sachverhalt zu überprüfen, S. 139, 187, 195 f.

<sup>45</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 190 f.



#### *d) Summarisches Verfahren*

Eine Beschleunigung der bundesgerichtlichen Urteilsfällung erlaubt das summarische Verfahren, in welchem in Dreierbesetzung offensichtlich unzulässige, unbegründete oder begründete Beschwerden erledigt werden können<sup>46</sup>. Das summarische Verfahren darf freilich nicht dazu führen, daß die Offensichtlichkeit aus Gründen der Arbeitsüberlastung zu schnell bejaht wird, zeigt doch die Erfahrung, daß sich die Tatsachen- und Rechtslage auch in zunächst eindeutig scheinenden Fällen bei näherem Zusehen als sehr problematisch erweisen kann<sup>47</sup>.

#### *e) Vorsorgliche Maßnahmen, insbesondere Suspensiveffekt*

Die gesetzliche Regelung vorsorglicher Maßnahmen<sup>48</sup>, insbesondere des Suspensiveffekts von Rechtsmitteln, ist umso wichtiger, je länger die Beschwerdeverfahren dauern. Die Festlegung der Rechtslage während des Prozesses ist im Wirtschaftsverwaltungsrecht deshalb besonders wichtig, weil hier oft sehr erhebliche persönliche und materielle Interessen auf dem Spiele stehen; sodann muß häufig über Rechtsverhältnisse entschieden werden, die nicht nur für den Verfügungsadressaten bedeutsam sind, sondern – gleich wie im Baurecht – auch für Dritte (z. B. Konkurrenten) weitreichende Auswirkungen zeitigen. Die flexible Umschreibung der Beschwerdebefugnis in der Verwaltungsrechtspflege<sup>49</sup> läßt denn auch die Zahl der Drittbeschwerden im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts ansteigen. Die Möglichkeit der Drittbeschwerdeführung wird heute wesentlich besser erkannt als beim Inkrafttreten der Neuordnung von 1968; zudem eröffnet jedes zusätzliche Spezialgesetz, welches neue Bewilligungspflichten schafft, potentiell die Befugnis Dritter zur Anfechtung begünstigender Verfügungen.

Zweckmäßigerweise lassen die Bundesgesetze über das Verwaltungsverfahren und über die Organisation der Bundesrechtspflege zu, daß die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen, die nicht zu einer Geldleistung verpflichten, im Einzelfall anders geordnet werden kann als es das Gesetz für den Regelfall vorsieht<sup>50</sup>. Diese Offenheit erlaubt es den Verwal-

<sup>46</sup> Art. 109 OG; vgl. die Ausführungen von PANCHAUD am Schweizerischen Juristentag 1975, ZSR 94 II, 1975, S. 427f.

<sup>47</sup> Vgl. die von METZ, Der direkte Verwaltungsprozeß in der Bundesrechtspflege, S. 152, angemeldeten Bedenken.

<sup>48</sup> Art. 55, 56 VwVG; Art. 94, 111, 113 OG.

<sup>49</sup> Art. 49 VwVG; Art. 103 OG.

<sup>50</sup> Art. 55 Abs. 2 VwVG; Art. 111 Abs. 2 OG.

tungsbehörden und Gerichten, in den einzelnen Beschwerdeverfahren die je nach der Sachlage und den in Frage stehenden Interessen angemessenste vorläufige Ordnung festzulegen. So ist in bestimmten Streitigkeiten sicherzustellen, daß allfällige Drittbeschwerden nicht dadurch illusorisch werden, daß der Adressat der Verfügung unverzüglich nach deren Eröffnung von ihr Gebrauch macht, während in andern Prozessen gegenteils gewährleistet werden muß, daß der Verfügungsempfänger ungeachtet zu erwartender Drittbeschwerden gemäß der Verfügung tätig werden kann. Man muß sich bei diesen Abwägungsproblemen stets vergegenwärtigen, daß die Verwaltungsverfügung im Gegensatz zu einem im Zivilprozeß ergehenden (nicht letztinstanzlichen) Urteil grundsätzlich mit der Eröffnung, also nicht erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, wirksam wird<sup>51</sup>.

In der Praxis sind Fälle aufgetreten, in welchen sich die für den Regelfall aufgestellte gesetzliche Ordnung des Wirksamwerdens der Verfügung und des Suspensiveffekts von Beschwerden als so unglücklich erwies (Erteilung von Rodungsbewilligungen; Genehmigung von Versicherungstarifen), daß der Gesetzgeber die einschlägigen Erlasse mit speziellen verfahrensrechtlichen Bestimmungen ergänzte<sup>52</sup>, welche zwar der 1968 angestrebten Vereinheitlichung des Verfahrensrechts zuwiderlaufen<sup>53</sup>, aber dafür verhindern, daß in den fraglichen Anfechtungsstreitigkeiten unhaltbare Situationen dadurch entstehen können, daß die befaßten Instanzen einfach die im ordentlichen Verfahrensrecht für den Regelfall vorgesehene Ordnung undifferenziert befolgen würden.

Die ungenügende gesetzliche Regelung der Haftungsfragen, die sich im Anschluß an Zwischenverfügungen<sup>54</sup> stellen können, ist für den Verfügungsadressaten, der gerade in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Anfechtungsstreitigkeiten unter Umständen einen beträchtlichen Verzögerungsschaden erleidet, unbefriedigend, kann er doch in der Regel weder das Gemeinwesen noch den erfolglosen Drittbeschwerdeführer dafür haftbar machen.

Nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren haftet die Körperschaft oder autonome Anstalt, in deren Namen

<sup>51</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 179; DERS., Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, S. 2; vgl. auch hinsichtlich der Vollstreckungsvoraussetzungen Art. 39 lit. b und c VwVG.

<sup>52</sup> Art. 25<sup>bis</sup> Abs. 5 FPolV; Art. 46 Abs. 4 VAG.

<sup>53</sup> Zum unklaren Vorbehaltshinweis des Art. 55 Abs. 5 VwVG GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 178.

<sup>54</sup> Art. 5 Abs. 2, 45 Abs. 2 lit. g VwVG.

verfügt wird, nur dann, wenn ein Schaden dadurch entstanden ist, daß die aufschiebende Wirkung willkürlich entzogen oder einem Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung willkürlich nicht oder verspätet entsprochen wird<sup>55</sup>.

Haftungsfragen im Zusammenhang mit der bundesgerichtlichen Handhabung des Suspensiveffekts von Verwaltungsgerichtsbeschwerden müßten nach dem Verantwortlichkeitsgesetz beurteilt werden<sup>56</sup>. Die Schwierigkeit liegt darin, daß nach diesem Gesetz formell rechtskräftige Verfügungen, Entscheide und Urteile als rechtmäßig gelten<sup>57</sup>.

Den unterlegenen Drittbeschwerdeführer kann der Verfügungsadressat, der wegen der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Schaden erlitten hat, nur nach den obligationenrechtlichen Haftungsregeln belangen, wobei die Ergreifung eines Rechtsmittels grundsätzlich als rechtmäßig angesehen werden muß<sup>58</sup>. Der Nachweis, daß der Dritte seine Beschwerde rechtsmißbräuchlich oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erhoben hat, dürfte nur in Ausnahmefällen gelingen. Das Problem der Verantwortlichkeit des Drittbeschwerdeführers für den dem Beschwerdegegner aus dem Suspensiveffekt oder andern vorsorglichen Maßnahmen entstehenden Schaden hat im Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht nur durch die Größe der zu beurteilenden Vorhaben, sondern auch wegen der in diesem Bereich stark zunehmenden Regelungsdichte an Bedeutung gewonnen. Finden nämlich auf eine wirtschaftliche Tätigkeit viele Bestimmungen oder gar mehrere Erlasse Anwendung, ergeben sich für Dritte, die sich als Partei an einem Bewilligungsverfahren beteiligen wollen, tendenziell mehr Anknüpfungsmöglichkeiten für die Geltendmachung ihrer unmittelbaren Betroffenheit. Die Normenfülle erleichtert auch die Anrufung von Gesetzen zu sachfremden Zwecken, beispielsweise eben zur Verfahrensverzögerung.

<sup>55</sup> Art. 55 Abs. 4 VwVG; die Voraussetzung der Willkür bewirkt eine Haftungsbeschränkung, vgl. SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S. 209.

<sup>56</sup> Art. 3 BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. 3. 1958 (VG); GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 182; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S. 209.

<sup>57</sup> Art. 12 VG; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 182.

<sup>58</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S. 209; GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, S. 9.



Die gesetzliche Regelung der Verantwortlichkeit des unterlegenen Drittbeschwerdeführers ist ebenso erwünscht wie heikel. Einerseits darf die 1968 erfolgte Erweiterung der Beschwerdebefugnis<sup>59</sup>, die den wirksamen Rechtsschutz verstärkte, nicht über eine abschreckende Verantwortlichkeitsregelung rückgängig gemacht werden, andererseits ist nicht einzusehen, weshalb der obliegende Verfügungsadressat den ihm aus dem Suspensiveffekt der Drittbeschwerde entstandenen Schaden grundsätzlich stets allein tragen soll<sup>60</sup>. Diese einseitige Lastenverteilung ist umso fragwürdiger, als die Auseinandersetzung zwischen Beschwerdeführer und Beschwerdegegner von der Interessenlage her häufig einem zwischen Privaten ausgetragenen Zivilprozeß nahekommt; dies trifft besonders ausgeprägt auf Anfechtungsverfahren zu, die von Konkurrenten des Verfügungsadressaten angehoben werden.

Die Erweiterung der Beschwerdebefugnis ruft korrelativ einer differenzierten gesetzlichen Regelung der Verantwortlichkeit für den dem Beschwerdegegner durch unbegründete Beschwerdeführung zugefügten Schaden<sup>61</sup>.

#### *f) Fristen*

Ein wirksames Mittel, mit welchem der Gesetzgeber beschleunigend auf den Verfahrensgang einwirken kann, besteht in der Festlegung von Fristen. Von dieser Möglichkeit sollte beim Erlass von Verfahrensbestimmungen viel häufiger Gebrauch gemacht werden.

So wäre etwa in Spezialerlassen vorzusehen, daß über bestimmte Gesuche innert einer im Gesetz enthaltenen Frist entschieden werden muß. In einfachen Materien könnten sogar Regelungen erwogen werden, wonach eine nachgesuchte Bewilligung als erteilt gilt, wenn das Begehren nicht innert der im Gesetz bestimmten Frist beantwortet wird.

Wo die Bundesbehörden Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung beaufsichtigen, vermögen Fristbestimmungen das Überwachungsprozedere zu vereinfachen und damit einer raschen Klärung der Rechtslage zu dienen. In diesem Sinne legt

<sup>59</sup> Art. 48 VwVG; Art. 103 OG.

<sup>60</sup> Vgl. GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, S. 8 f.

<sup>61</sup> Vgl. einen von haftpflichtrechtlichen Grundsätzen ausgehenden Ansatzpunkt bei GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, S. 9.

beispielsweise die Käsemarktordnung fest, daß die zuständige Bundesstelle innert einem Monat seit dem Einspruch, den die Vertreter des Bundes gegenüber einer Verfügung der gemeinsamen Organisation erhoben haben, eine Weisung zu erlassen hat, welche an die Stelle der Verfügung der gemeinsamen Organisation tritt. Unterbleibt die Weisung innert der genannten Frist, gilt der Einspruch als zurückgezogen<sup>62</sup>.

Gesetzlich vorgesehene Fristen für die Vornahme bestimmter prozessualer Handlungen erweisen sich auch dann als nützlich, wenn es sich um bloße Ordnungsfristen handelt, vermögen doch auch diese einen gewissen Druck in Richtung einer raschen Erledigung auszuüben; zudem lassen sie sich als Maßstab für die angemessene Verfahrensdauer heranziehen.

In der Regel ist den angegangenen Instanzen im Gesetz keine Frist gesetzt, innert welcher sie entscheiden müssen. Es ist daher wichtig, daß im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren ausdrücklich vorgesehen ist, daß eine Partei jederzeit gegen die Behörde, die eine Verfügung unrechtmäßig verweigert oder verzögert, Beschwerde wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung an die Aufsichtsbehörde führen kann<sup>63</sup>. Gleichermassen gilt hinsichtlich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch das unrechtmäßige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung als solche<sup>64</sup>.

#### *g) Ausstattung der rechtsanwendenden Behörden und Gerichte*

Auch die zweckmäßigste Ausgestaltung des Verfahrens kann keinen speditiven Rechtsschutz gewährleisten, wenn die rechtsanwendenden Behörden und die Gerichte nicht über die für eine effiziente Arbeit nötige Infrastruktur verfügen. Das Bundesgericht hat in einem neusten Entscheid klar festgehalten, daß das Rechtsverzögerungsverbot das Parlament verpflichtete, die Gerichte in personeller und sachlicher Hinsicht genügend auszustatten<sup>65</sup>. Präzisierend fügte es bei: «Eine angemessene Entscheidungsfrist muß aber nicht nur in Zeiten eines durchschnittlichen Geschäftsganges gewährleistet sein, sondern auch in Zeiten einer vorübergehenden Überlastung eines Gerichts. Für solche Fälle hat das Parlament die Möglichkeit zu schaffen, ordentliche oder

<sup>62</sup> Art. 8 BG über die Käsevermarktung (Käsemarktordnung) vom 27.6.1969 (SR 916.356.0); vgl. BBl 1968 I 1061 f., 1086.

<sup>63</sup> Art. 70 VwVG.

<sup>64</sup> Art. 97 Abs. 2 OG.

<sup>65</sup> BGE 107 Ib 165.

außerordentliche Ersatzrichter und zusätzliches Personal beizuziehen»<sup>66</sup>. Der Gesetzgeber neigt dazu, diese Infrastrukturfragen im Verhältnis zu den materiellen Regelungen zu vernachlässigen. Für die rechtsstaatlich gebotene zügige Prozeßabwicklung sind sie jedoch überaus wichtig. Die mit übermäßiger Verfahrensdauer verbundenen Schäden überwiegen den für eine genügende Ausstattung der rechtsanwendenden Behörden und Gerichte erforderlichen finanziellen Aufwand bei weitem. Der auf die Rechtspflege entfallende Anteil der staatlichen Kosten ist im Verhältnis zum gesamten Ausgabenetat äußerst gering und entspricht nicht der mit der Ausweitung der Staatsaufgaben gewachsenen Bedeutung der Justiz.

Fehlt die Bereitschaft, die Organe der Rechtspflege ihren Aufgaben gemäß zu dotieren, müssen konsequenterweise die Rechtsschutzmöglichkeiten beschnitten werden; es tut dem Rechtsstaat Abbruch, wenn sich eine Partei einzig deswegen gezwungen sieht, auf die Ergreifung eines Rechtsmittels zu verzichten, weil der oberinstanzliche Entscheid wegen der Überlastung der Beschwerdeinstanz voraussichtlich erst in einem Zeitpunkt getroffen wird, in welchem die Partei kein Interesse mehr daran hat, weil sie vorher klar sehen und disponieren muß.

#### 2.2.3.2. Rechtsanwendung

Nachdem einige gesetzgeberische Maßnahmen, die besonders hinsichtlich der Verfahrensdauer wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Streitigkeiten bedeutsam sind, aufgezeigt wurden, seien nun in gleicher Weise einzelne bei der Rechtsanwendung mögliche Ansatzpunkte angeführt.

##### a) *Triage*

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob eine gegebene Prozeßdauer als angemessen zu betrachten ist, nach der Natur und dem Umfang des Rechtsstreites<sup>67</sup>.

Das Kriterium der Natur des Rechtsstreites verdient bei der Anwendung des Wirtschaftsverwaltungsrechts vordringliche Beachtung, ist doch hier der Rechtsschutz – wie soeben schon erwähnt – oft überhaupt nur sinnvoll, wenn er so rechtzeitig erfolgt, daß die sich aufdrängenden wirtschaftlichen Vorkehren aufgrund

<sup>66</sup> BGE 107 Ib 165.

<sup>67</sup> BGE 107 Ib 165.

der oberinstanzlich geklärten Rechtslage getroffen werden können. Soll also der Rechtsweg nicht nur im Gesetz vorgesehen sein, sondern bei realistischer Abschätzung der voraussichtlichen Verfahrensdauer auch vernünftigerweise beschritten werden können, muß sich die befaßte Instanz beim Einlangen des Geschäfts überlegen, in welcher Zeitspanne ihr Entscheid vorliegen muß, damit wirksamer Rechtsschutz noch gewährleistet ist. Dabei hat sie allfällige Weiterzugsmöglichkeiten mitzuberücksichtigen. Dies bedingt, daß die angerufene Behörde die Fälle nicht einfach nach ihrem zeitlichen Eintreffen erledigt, sondern vermehrt eine «Triage» unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Dringlichkeit vornimmt. Hier dürften sich wesentliche Verbesserungen erzielen lassen, die freilich keineswegs leicht zu bewerkstelligen sind; der Beruf prägt die Mentalität: Das Sensorium für die mit einer langen Verfahrensdauer verbundenen Nachteile, insbesondere das Kostenbewußtsein, erwirbt man naturgemäß eher in der Wirtschaft als beim Staat.

#### *b) Frühzeitiges Erfassen der Parteien*

Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht<sup>68</sup>.

Daß die Parteien möglichst frühzeitig, also schon in dem zum Erlaß einer Verfügung hinführenden Verwaltungsverfahren erfaßt werden, ist nicht nur deshalb wichtig, weil nur so die Betroffenen ihre Parteirechte wirksam wahren können<sup>69</sup>, sondern auch aus verfahrensökonomischen Gründen. Erhalten legitimierte Dritte erst verspätet Gelegenheit, an einem Verfahren teilzunehmen, ergeben sich regelmäßig Verzögerungen<sup>70</sup>, ganz abgesehen von der Erfahrungstatsache, daß Drittbetroffene eher bereit sind, sich mit einer ihnen nicht passenden Verfügung abzufinden, wenn sie sich im Verfahren von Anfang an äußern konnten, als wenn sie nicht begrüßt wurden<sup>71</sup>. Die Verwaltung hat deshalb zu Beginn der Instruktion eines Falles umsichtig die nötigen Vorkehren zu treffen, damit Dritte von der Einleitung des sie berührenden Verfahrens Kenntnis erhalten. Ein geeignetes Mittel

<sup>68</sup> Art. 6 VwVG.

<sup>69</sup> Vgl. SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S. 85 f.

<sup>70</sup> Vgl. etwa RHINOW, Ist das Verfahren zur Bewilligung des Kernkraftwerks Kaiseraugst formell rechtmäßig abgewickelt worden?, S. 93 ff.

<sup>71</sup> Vgl. zu den Chancen der Entscheidabnahme PFEIFER, a.a.O., S. 62 f.

hiezuh ist die Publikation des wesentlichen Inhalts von Gesuchen<sup>72</sup>, die je nach Sachlage auch dann zu erfolgen hat, wenn im einschlägigen Spezialgesetz keine Publikationspflicht statuiert ist.

### *c) Beschränkung des Verfahrens*

Die vorläufige Beschränkung des Verfahrens auf Fragen, deren Beantwortung den Entscheid ohne weiteren Aufwand herbeiführen können, wird im verwaltungsrechtlichen Verfügungs- und Anfechtungsverfahren weit weniger praktiziert als im Zivilprozeß<sup>73</sup>. Indessen bringt es der Umstand, daß das Verwaltungsrecht viel weitgehender als das Zivilrecht aus zwingenden Normen besteht, mit sich, daß die verwaltungsrechtlichen Fälle, in welchen sich ein Entscheid schon aufgrund der Überprüfung nur weniger einzelner im Gesetz bestimmter Voraussetzungen aufdrängt, sehr häufig sind.

Vom eminent prozeßökonomischen Mittel, das Verfahren mittels einer Zwischenverfügung<sup>74</sup> zu beschränken, sollte weit mehr Gebrauch gemacht werden. Dies bedingt freilich, daß die angangene Stelle den neuen Fall soweit prüft, bis die entscheidenden Beurteilungskriterien in sachverhältnismäßiger und rechtlicher Hinsicht herausgearbeitet sind. Bei Arbeitsüberlastung besteht gegenteils die Neigung, auf diese Vorprüfung zu verzichten und unmittelbar den Schriftenwechsel einzuleiten, damit der Ball möglichst rasch weitergespielt und so wieder etwas Raum für andere drängende Geschäfte gewonnen wird. Diese Tendenz ist psychologisch verständlich, jedoch unrationell: die unnötig über das erforderliche Maß anschwellenden Dossiers vergrößern das zu bewältigende Arbeitsvolumen. Selbstverständlich sollen die Anwälte der zur Vernehmung aufgeforderten Parteien eine offensichtlich angezeigte Beschränkung des Verfahrens beantragen, wenn sie die zuständige Behörde nicht angeordnet hat.

### *d) Fristen; Schriftenwechsel; Mitberichte*

Gute Prozeßleitung stellt einen auf die Natur der Streitsache abgestimmten Terminplan auf und hält weitmöglichst daran fest. Allzu oft werden auch in Verfahren, in welchen ein verbindlicher

<sup>72</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S.86f.; RHINOW, a.a.O., S.87; vgl. Art.36 lit.c VwVG; zu Publikationsfragen ferner VPB 1979 (43) Nr.46, VPB 1977 (41) Nr.83.

<sup>73</sup> Vgl. Art.30, 34 Abs.2, 66 BZP; Art.168, 169, 182, 190, 191, 196 bern. ZPO.

<sup>74</sup> Art.5 Abs.2, 45 VwVG; Art.40 OG mit Verweis auf den BZP.



Entscheid von den wirtschaftlichen Verhältnissen her spätestens bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegen muß, wenn er noch soll berücksichtigt werden können, Fristen so «großzügig» angesetzt und Fristverlängerungen derart unbekümmert gewährt, daß die Rechtzeitigkeit des erwarteten Entscheids schlechterdings ausgeschlossen ist.

Zu leichthin werden zweite Schriftenwechsel<sup>75</sup> durchgeführt, die sachlich häufig nicht gerechtfertigt sind, das Verfahren jedoch erheblich hinauszögern.

Gleicherweise dürfen Mitberichte bei andern Verwaltungsstellen nicht routinemäßig eingeholt werden; wo sich ein Mitberichtsverfahren aufdrängt, ist es straff abzuwickeln.

#### *e) Koordination verschiedener Bewilligungsverfahren*

Wo für die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit Bewilligungen bei verschiedenen Amtsstellen einzuholen sind, soll die Verwaltung die Koordination, auch wo sie gesetzlich nicht geregelt ist, im Rahmen der sachgemäßen Ausübung ihrer Befugnisse rechtzeitig sicherstellen<sup>76</sup>, und wo ihr jegliche Zuständigkeit hiezu abgeht, wenigstens durch frühe Aufklärung des Gesuchstellers fördern.

#### *f) Vorsorgliche Maßnahmen, insbesondere Suspensiveffekt*

Die große Bedeutung, welche dem Suspensiveffekt und andern vorsorglichen Maßnahmen in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Streitigkeiten zukommt<sup>77</sup>, ruft einer entsprechend sorgfältigen Handhabung dieser prozessualen Vorkehren.

Da wie ausgeführt<sup>78</sup> der unterlegene Drittbeschwerdeführer außer bei rechtsmißbräuchlicher Beschwerdeerhebung seinem Prozeßgegner den diesem infolge der aufschiebenden Wirkung entstandenen Schaden nie ersetzen muß, ist jedenfalls in Beschwerdefällen, in welchen sich zwei Konkurrenten – ähnlich wie in einem Zivilprozeß – gegenüberstehen, beim Zwischenentscheid über den Suspensiveffekt zu veranschlagen, welchen Schaden die eine oder andere Partei erleiden könnte, falls sich bei Vorliegen des definitiven materiellen Entscheids erweisen sollte, daß die getroffene verfahrensleitende Verfügung den schließlich

<sup>75</sup> Vgl. Art. 57 Abs. 2 VwVG; Art. 110 Abs. 4 OG.

<sup>76</sup> Vgl. BVR 1981, S. 267f.

<sup>77</sup> Siehe Ziff. 2.2.3.1 lit. e.

<sup>78</sup> Siehe S. 477f. vorstehend.

Obsiegenden benachteiligte<sup>79</sup>. Dem Verfügungsadressaten seinerseits bleibt, solange die Verantwortlichkeit des erfolglosen Drittbeschwerdeführers nicht speziell geregelt ist, nichts anderes übrig, als einerseits seine Anträge zum Suspensiveffekt einläßlich zu begründen, und andererseits den Schaden, welchen er während eines von dritter Seite angehobenen, sich hinziehenden Rechtsmittelverfahrens erleiden kann, von Anfang an in seiner wirtschaftlichen Planung einzukalkulieren.

Ferner kann er die in einem der Endverfügung vorangehenden Verfahren ergehende Zwischenverfügung, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, selbständig durch Beschwerde anfechten<sup>80</sup>.

Der Entzug der aufschiebenden Wirkung von allfälligen Drittbeschwerden rechtfertigt sich in der Regel, wenn der Suspensiveffekt einen Betriebsunterbruch zur Folge hätte, was etwa bei der Anfechtung einer Konzessionsverlängerung eintreten würde<sup>81</sup>.

Wo andererseits die Gefahr besteht, daß Drittbeschwerden faktisch entwertet werden könnten, falls der Verfügungsadressat unverzüglich nach der Eröffnung der Verfügung von dieser Gebrauch macht, wozu er grundsätzlich berechtigt ist<sup>82</sup>, soll die Verwaltung in der Verfügung anordnen, daß diese erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wirksam wird<sup>83</sup>.

Die bei der Gewährung oder dem Entzug der aufschiebenden Wirkung vorzunehmende Interessenabwägung kann an Brisanz erheblich verlieren, wenn mitberücksichtigt wird, daß anstelle des Suspensiveffekts oder mit diesem verbunden andere vorsorgliche Maßnahmen getroffen werden können. Oft besteht die sachgerechte Lösung für die Dauer des Prozesses in einer Kombination verschiedener vorsorglicher Maßnahmen<sup>84</sup>, eine Erkenntnis, die noch zu wenig praktiziert wird, obwohl nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip die den Umständen angemessenste vorläufige Regelung anzuordnen ist. Es ist nicht zu übersehen, daß vorsorgliche Maßnahmen auch zum Schutz anderer bedrohter Interessen erlassen werden können als lediglich zur Sicherung

<sup>79</sup> GYGI, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, S. 9.

<sup>80</sup> Art. 45 Abs. 1 VwVG; der nicht wieder gutzumachende Nachteil muß auch für die in Art. 45 Abs. 2 VwVG aufgezählten Beispiele nachgewiesen werden, vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 107.

<sup>81</sup> Vgl. BB1 1981 II 402.

<sup>82</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 179; ferner S. 476.

<sup>83</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Ziff. 22.22, S. 208.

<sup>84</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 181.

der Vollstreckung<sup>85</sup>. Im Wirtschaftsverwaltungsrecht kann die Situation während der Prozeßdauer nicht selten überhaupt nur mittels vorsorglicher Maßnahmen oder gar gewöhnlicher Verfügungen über die vorläufige Regelung der Rechtsverhältnisse<sup>86</sup> festgelegt werden. Beschlägt etwa der Streit die Genehmigung eines Milchkaufvertrages, weil mehrere Interessenten um ein freiwerdendes Quantum Rohmilch kämpfen, muß die zuständige Instanz durch eine produktionslenkende Verfügung bestimmen, wer die fragliche Milchmenge vorläufig beziehen kann.

Die Zwischenverfügungen binden die zuständigen Behörden oder Gerichte nicht für die ganze Prozeßdauer; vielmehr können vorsorgliche Maßnahmen bei Änderung der ihnen zugrundegelegten tatsächlichen Verhältnisse oder nach modifizierter Würdigung der Rechtslage angepaßt werden<sup>87</sup>. Die interessierenden Parteien, welche dem Sachverhalt am nächsten stehen, dürfen freilich nicht versäumen, entsprechende Abänderungsanträge zu stellen.

#### *g) Sprungrekurs*

Der den funktionellen Instanzenzug verkürzende Sprungrekurs<sup>88</sup> kann nur selten erhoben werden, weil die Voraussetzung, daß eine nicht endgültig entscheidende Beschwerdeinstanz im Einzelfall die Vorinstanz angewiesen hat, wie sie entscheiden soll, kaum je in der anzufechtenden Verfügung zum Ausdruck kommt. In Fällen, wo wegen der wirtschaftlichen Bedeutung oder politischen Tragweite der zu beurteilenden Angelegenheit die Verfügung des zuständigen Bundesamts vor dem Erlaß bei der Departementsspitze abgesichert wird, sollte in der Verfügung der Sprungrekurs ermöglicht werden, damit das Verfahren beschleunigt werden kann.

#### *h) Reformatorische Rechtspflege*

Während die Beschwerdeinstanz im verwaltungsinternen Anfechtungsverfahren in der Sache selbst entscheidet und diese nur

<sup>85</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 162 und Ziff. 22.25, S. 210; vgl. auch das instruktive Beispiel bei GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 181. Der Wortlaut des Art. 56 VwVG ist zu eng; weitergefaßt ist der entsprechende Art. 94 OG (Verweis in Art. 113 OG).

<sup>86</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 107.

<sup>87</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 180; DERS., Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Maßnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, S. 11.

<sup>88</sup> Art. 47 Abs. 2 und 3 VwVG; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 67; ferner VPB 1978 (42) Nr. 97, VPB 1977 (41) Nr. 5.



ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückweist<sup>89</sup>, ist dem Bundesgericht die Wahl zwischen der reformatorischen Behandlung oder der Zurückweisung an die Vorinstanz gänzlich freigestellt<sup>90</sup>.

Das Bundesgericht ist hinsichtlich der reformatorischen Urteilsfällung äußerst zurückhaltend<sup>91</sup>, wofür sich gute Gründe anführen lassen<sup>92</sup>. Gerade in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fällen mangelt es im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils häufig an der Entscheidungsreife und sind noch zusätzliche Abklärungen erforderlich; zudem verfügen hier die Verwaltungsbehörden wegen des bisweilen ausgeprägten wirtschaftspolitischen Einschlags oft über erhebliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume.

Wegen der mit der Zurückweisung verbundenen Verlängerung des Verfahrens sind die Möglichkeiten reformatorischer Rechtspflege durch das Bundesgericht, wo sie sich als gerechtfertigt darbieten, stets zu nutzen; in den weit überwiegenden Rückweisungsfällen wäre oft dienlich, wenn das Bundesgericht der Vorinstanz auch in zeitlicher Hinsicht einige Winke erteilte.

### 2.3. *Normenflut*

#### 2.3.1. Vielfalt des Rechtsstoffes

Die erhöhte Regelungsbedürftigkeit der entwickelten Wirtschaft und die stark gewachsenen staatlichen Aufgaben im ökonomischen Bereich schlagen sich in einer entsprechend umfangreichen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gesetzgebung nieder.

Der Bürger steht in einem ausgesprochen ambivalenten Verhältnis zur «Gesetzesmaschinerie» des modernen Staates. Einerseits empfindet er staatsverdrossen die Normenflut als einengende Bedrohung, andererseits verlangt er von den Behörden fortwährend neue oder perfektionistischere Absicherungen<sup>93</sup>.

Mit dem Welthandel hat sich auch das Wirtschaftsverwaltungsrecht erheblich internationalisiert; neben den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen sind zunehmend internationale Ab-

<sup>89</sup> Art. 61 Abs. 1 VwVG.

<sup>90</sup> Art. 114 Abs. 2 OG.

<sup>91</sup> METZ, a.a.O., S. 43.

<sup>92</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 171.

<sup>93</sup> Vgl. METZ, a.a.O., S. 29 f.

kommen zu beachten. Von grundlegender Bedeutung für die international tätigen Produktions- und Handelsunternehmen sind in der Schweiz das GATT-Statut (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen), die Europäische Freihandels-Assoziation (EFTA) und die Abkommen zwischen der Schweiz und der EWG sowie der EGKS.

Der in der herrschenden schweizerischen Doktrin und Praxis anerkannte Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht verpflichtet den Bundesgesetzgeber, so zu legislieren, daß keine völkerrechtlichen Normen verletzt werden<sup>94</sup>.

Die von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträge werden dem Bundesrecht zugerechnet, dessen Verletzung auf dem Beschwerdeweg gerügt werden kann<sup>95</sup>. Die Rüge wird jedoch ins Leere treffen, wenn die angerufene staatsvertragliche Bestimmung nicht direkt anwendbar ist, sondern der Umsetzung ins Landesrecht bedarf. Die direkte Anwendbarkeit fehlt nun gerade häufig bei handelspolitischen Verträgen. Immerhin hat das Bundesgericht auch schon Bestimmungen des EFTA-Übereinkommens als direkt anwendbar erklärt<sup>96</sup>.

### 2.3.2. Rechtssicherheitsprobleme

#### 2.3.2.1. Abklärung der Rechtslage

Der Unternehmer ist darauf angewiesen, aufgrund einer möglichst eindeutigen, rasch feststellbaren Rechtslage disponieren zu können; es ist unwirtschaftlich, wenn er viel Zeit darauf verwenden muß, das geltende Recht zu eruieren. Zudem trägt eine klare gesetzliche Ordnung dazu bei, Streitigkeiten zu vermeiden und den Rechtsschutz zu vereinfachen. Dabei darf man nicht den Fehlschluß ziehen, eine kurze, auf das Grundsätzliche beschränkte Regelung sei stets einsichtig und deshalb einfach zu handhaben, während eingehendere gesetzliche Ordnungen vielfache Komplikationen schaffen würden. Im Wirtschaftsverwaltungsrecht gibt ein umfangmäßig knapper Erlaß keineswegs immer eine klare Grundlage ab.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit ist im Bereich

<sup>94</sup> Vgl. J.P.MÜLLER, Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung, S.223 ff.; MÜLLER/WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, S.103 ff.; BGE 94 I 669.

<sup>95</sup> Art.49 lit. a VwVG; Art.104 lit. a OG; GYGI, Bundesrechtspflege, S.212.

<sup>96</sup> BGE 98 Ib 387 ff. bezüglich Art.16, welcher sich mit der Niederlassung von Unternehmen, welche Waren herstellen oder damit Handel treiben, befaßt.

der Spezialgesetzgebung entscheidend, daß der wirtschaftlich Tätige das anwendbare Recht so weit als möglich den einschlägigen Erlassen und allfälligen Erläuterungen<sup>97</sup> dazu entnehmen kann, ohne stets noch die Verwaltungs- und Gerichtspraxis abklären zu müssen. Es ist unvermeidlich, daß dies je nach Sachgebiet sehr umfangreiche Regelungen bedingt: Der unabsehbaren Warenvielfalt entspricht notwendigerweise ein voluminöser Zolllarif. Ganz allgemein müssen sowohl das Wirtschaftspolizeirecht als auch das Lenkungsrecht über weite Strecken an den einzelnen Produkten anknüpfen, so daß die Erlasse rasch anschwellen (z. B. Lebensmittelpolizeiverordnung, Agrarrecht).

Aus der Tatsache, daß der Umfang der Gesetzessammlung in den letzten Jahren beträchtlich angestiegen ist, darf nicht abgeleitet werden, die Wirtschaft werde durch die Normenflut geradezu erdrückt. Auf dem einzelnen Unternehmer lastet keinesfalls das gesamte Wirtschaftsrecht; der zunächst uferlos erscheinende Rechtsstoff setzt sich aus einer Vielzahl höchst unterschiedlicher Sachgebiete zusammen, aus denen in der Regel nur eines oder einzelne wenige für den Unternehmer von Interesse sind. Auf seinem Tätigkeitsfeld schätzt dieser gemeinhin eine einläßliche Ordnung, die ihm möglichst viele Fragen zu beantworten vermag. Freilich wird hier vorausgesetzt, daß die Sorgfalt des Gesetzgebers nicht in eine perfektionistische Reglementiererei, die zum Selbstzweck wird, umschlägt. Die Schweiz ist bisher glücklicherweise von einer Reglementierwut der Behörden, wie sie etwa in der Brüsseler Verwaltung der Europäischen Gemeinschaften erstaunliche Blüten treibt, verschont geblieben.

Wenn es größtenteils unausweichlich ist, daß die Spezialgesetzgebung entsprechend den heutigen Lebensverhältnissen komplexer und umfangreicher wird, müssen sich der Gesetzgeber und die Verwaltung umso mehr darum bemühen, die Abklärung des geltenden Rechts und damit auch den Rechtsschutz zu erleichtern. Dazu gehören nicht bloß eine einleuchtende und womöglich einheitliche Strukturierung der Erlasse, sondern auch praktische Hilfsmittel wie gut ausgebaut und rasch nachgeführte Inhaltsverzeichnisse<sup>98</sup>. Einzelne Verwaltungsstellen pflegen in technisch

<sup>97</sup> Als Beispiel seien die überaus dienlichen von der Eidgenössischen Oberzolldirektion herausgegebenen Erläuterungen zum Gebrauchs-Zolllarif angeführt.

<sup>98</sup> Es ist nicht einzusehen, weshalb das wichtige jährliche Inhaltsverzeichnis der Sammlung der eidgenössischen Gesetze und der Systematischen Sammlung des Bundesrechts, welches den Stand per Jahresende wiedergibt, jeweils erst gegen Mitte des folgenden Jahres erscheint; eine fortlaufende Nachführung ist ja mit jedem wöchentlichen Faszikel der amtlichen Sammlung möglich.

oder wirtschaftlich komplizierten Materien die von neuen gesetzlichen Vorschriften Betroffenen mit einführenden Kreisschreiben zu versorgen oder laden gar zu Informationstagungen ein; solche Vorkehren können für die Verwaltung und die Normadressaten gleichermaßen fruchtbar sein und vermögen viele Rechtsanwendungsfragen schon zum voraus zu klären.

Im internationalen Wirtschaftsverkehr ist es der Rechtssicherheit in höchstem Maße förderlich, wenn die einzelnen Staaten in ihren Gesetzgebungen wenigstens für die Warenqualifikation einheitliche Kriterien festlegen und womöglich Warenlisten nach der gleichen Struktur gliedern. Die Aufstellung von Produktelisten unter Verwendung der Zolltarifnummern dient derweise der Rechtssicherheit und der einheitlichen Rechtsanwendung, haben sich doch die Vertragsstaaten des Abkommens vom 15. Dezember 1950 über die Nomenklatur für die Klassifikation der Waren in den Zolltarifen verpflichtet, ihren Zolltarif in Übereinstimmung mit dem gemeinsam geschaffenen Tarifschema (der sogenannten «Brüsseler Nomenklatur») aufzustellen<sup>99</sup>.

#### 2.3.2.2. Inkraftsetzung neuen Rechts; Übergangsordnung

Gleich wie das Wirtschaftsgeschehen ist das Wirtschaftsverwaltungsrecht in ständigem Fluß. Der Unternehmer bewältigt die sich rasch folgenden Gesetzesänderungen im allgemeinen überraschend gut, so sehr sie auch seine langfristige Planung erschweren. Beim Erlaß neuen strengerer Rechts hat der Gesetzgeber zu bedenken, daß der Unternehmer gestützt auf das bisherige Recht fortlaufend Entscheide gefällt hat, für deren Ausführung er einer bestimmten Zeitspanne bedarf, und daß er im Hinblick auf die neuen Vorschriften rechtzeitig disponieren können muß. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens und die Ordnung des Übergangs auf das neue Recht sind für den Unternehmer von derart zentraler Bedeutung, daß er diesbezüglich oft ein viel akzentuierteres Rechtsschutzbedürfnis empfindet als hinsichtlich des materiellen Inhalts der neuen Bestimmungen.

Probleme bei der Inkraftsetzung neuer Vorschriften ergeben sich vor allem im wirtschaftspolitischen Maßnahmerecht, insbesondere im Agrarlenkungsrecht. So werden etwa die an der

<sup>99</sup> Art. II des Abkommens; vgl. BBl 1959 I 671 ff., 1960 I 869; WEBER, Die schweizerische Außenhandelsgesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung der Handels- und Gewerbefreiheit, S. 277.

Grenze erhobenen Preiszuschläge auf der Einfuhr der im Gesetz aufgeführten Erzeugnisse fortlaufend der Markt- und Preisentwicklung angepaßt<sup>100</sup>, oder Waren werden neu einer Einfuhrbewirtschaftung unterstellt, wenn sich herausstellt, daß sie als Substitutionsgüter für bereits unter das Bewirtschaftungssystem fallende Produkte dienen<sup>101</sup>. Hart betroffen wird der Importeur, wenn die strengeren Bestimmungen rückwirkend in Kraft treten, oder wenn sie schlagartig in Kraft gesetzt werden, so daß ihm keine Zeit verbleibt, sich auf die Neuerungen einzustellen.

#### *a) Rückwirkung*

Rückwirkung liegt dann vor, wenn vom Gesetz Sachverhalte erfaßt werden, die sich vor dessen Erlaß ereignet haben<sup>102</sup>. Da die rückwirkende Anwendung von Gesetzen nur bei Vorliegen strenger Voraussetzungen zulässig ist<sup>103</sup>, kommt sie auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht eher selten vor, zum Beispiel gelegentlich bei der Erhebung von Preiszuschlägen<sup>104</sup>.

Bei der Überprüfung von Verfügungen, die wegen der rückwirkenden Anwendung von Gesetzen angefochten werden, ist in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fällen dem Gebot der Rechtssicherheit ein sehr hoher Stellenwert einzuräumen. Wirtschaftspolitische Erwägungen, mit welchen die Rückwirkung begründet wird, dürfen nur unter ganz qualifizierten Voraussetzungen als so triftig erachtet werden, daß sie das Interesse an der Vorsehbarkeit des staatlichen Handelns zu überwiegen vermögen. Der für die Rückwirkung angeführte Grund kann keinesfalls deswegen ausschlaggebend sein, weil er wirtschaftspolitischer Natur ist; vielmehr muß die wirtschaftspolitische Notwendigkeit der Rückwirkung mit möglichst genauen quantitativen Angaben und Verhältniszahlen untermauert werden. Da staatliche Maßnahmen nicht unnötigerweise Wettbewerbsverzerrungen bewirken sol-

<sup>100</sup> Vgl. z.B. die ständigen Änderungen der Verordnung über Preiszuschläge auf Futtermitteln (SR 916.112.231) oder der Verordnung über die Berechnung der beweglichen Teilbeträge bei der Einfuhr von Erzeugnissen aus Landwirtschaftsprodukten (SR 632.111.722).

<sup>101</sup> Vgl. etwa Ergänzungen des BRB vom 17.12.1956 über die Einfuhr von Futtermitteln, Stroh und Streue (SR 916.112.216); VPB 1979 (43) Nr.28.

<sup>102</sup> IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I, Nr. 16 B III.

<sup>103</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 16 B I.

<sup>104</sup> Vgl. BGE 92 I 231: BRB betreffend Preiszuschläge auf Futtermitteln vom 5.10.1964, veröffentlicht am 8.10.1964, rückwirkend in Kraft gesetzt auf den 1.10.1964.



len<sup>105</sup>, sind ferner an die Voraussetzung, daß die Rückwirkung zu keinen stoßenden Rechtsungleichheiten führen darf, strenge Anforderungen zu stellen. Schließlich darf nicht unter Verkennung der harten wirtschaftlichen Gegebenheiten leichthin angenommen werden, der Beschwerdeführer könne die unter dem alten Recht getroffene Disposition rückgängig machen.

*b) unverzügliche Anwendung neuen Rechts*

Vom Rückwirkungsproblem zu unterscheiden, doch in der Interessenlage ähnlich ist die in der Praxis weit bedeutsamere Frage, ob die Behörden die neuen gesetzlichen Bestimmungen unverzüglich anwenden dürfen, sobald sie beschlossen sind.

Nach dem Geschäftsverkehrsgesetz soll ein Erlaß «in der Regel» nicht früher als fünf Tage nach der Veröffentlichung in der Sammlung der eidgenössischen Gesetze in Kraft treten<sup>106</sup>. Abweichungen von der Regel sind also zugelassen<sup>107</sup>. Das Rechtskraftgesetz sodann bestimmt, daß die in die Gesetzessammlung aufzunehmenden Erlasse für den Bürger nur verbindlich sind, «wenn» sie in dieser Sammlung veröffentlicht sind. Die Verbindlichkeit für den Bürger ist damit nach bundesgerichtlicher Auslegung nicht an die Bedingung geknüpft, daß der Erlaß schon publiziert ist, sondern daran, daß er überhaupt veröffentlicht wird<sup>108</sup>. Vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus sollten noch nicht publizierte Erlasse nur in besonders gewichtigen Ausnahmefällen in Kraft gesetzt werden dürfen<sup>109</sup>. Zur wirksamen Durchführung währungspolitischer Maßnahmen oder von Rationierungen kann es angehen, die Berechenbarkeit des anwendbaren Rechtes auszuschalten, weil die neue Regelung sonst unterlaufen würde<sup>110</sup>.

Die fünftägige Frist, vor deren Ablauf nach dem Geschäftsverkehrsgesetz<sup>111</sup> ein Erlaß in der Regel nicht in Kraft treten soll, wäre in manchen Fällen viel zu kurz, als daß die Normadressaten die im Hinblick auf das neue Recht erforderlichen Vorkehren

<sup>105</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 155 f.

<sup>106</sup> Art. 69 Abs. 2 BG vom 23. 3. 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (SR 171.11).

<sup>107</sup> BGE 92 I 232 zu alt Art. 58 GVG.

<sup>108</sup> BGE 92 I 232 f.

<sup>109</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 14 B III.

<sup>110</sup> BRÜHWILER, Veröffentlichung und Inkrafttreten bundesrechtlicher Erlasse, S. 271; vgl. auch GEIGER, Zur Frage der Veröffentlichung und des Inkrafttretens bundesrechtlicher Erlasse, S. 59 f.

<sup>111</sup> Art. 69 Abs. 2 GVG.



rechtzeitig treffen könnten. Die Unternehmer bedürfen häufig einer viel längeren Frist zwischen der Publikation der neuen Bestimmungen und deren Inkrafttreten. Der Gesetzgeber kann ihren Interessen auch dadurch Rechnung tragen, daß er das neue Recht zwar frühzeitig in Kraft setzt, in der Übergangsordnung jedoch genügende Anpassungs- und Aufbrauchsfristen einräumt.

### *c) Angemessenheit der Übergangsbestimmungen*

Die sofortige Inkraftsetzung einer Bestimmung kann unverhältnismäßig sein; eine gestützt auf die neue Norm erlassene Verfügung ist diesfalls auf Beschwerde hin als rechtswidrig aufzuheben, sofern die fragliche Norm auf die Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden darf, was bei den Bundesgesetzen und den dem Referendum unterliegenden allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen sowie den von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträgen nicht der Fall ist<sup>112</sup>.

Die sorgfältige Ausgestaltung der Übergangsbestimmungen ist für die reibungslose Anwendung der sich im Wirtschaftsverwaltungsrecht rasch ablösenden Normen überaus wichtig. Es ist deshalb eine im Gleichschritt mit der zunehmenden Gesetzgebung wachsende Aufgabe wirksamen Rechtsschutzes, die Übergangsordnungen in differenzierter Weise an den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Rechtssicherheitsgebots zu messen. Die entsprechende Überprüfung erfolgt bei der in einem Beschwerde- oder Feststellungsverfahren vorzunehmenden konkreten Normenkontrolle.

Es ist davon auszugehen, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grundsatz von Verfassungsrang auch den Gesetzgeber bindet und von ihm verlangt, daß er die gesetzliche Ordnung sachgerecht, also den Umständen angemessen, ausgestaltet<sup>113</sup>. Daß auch wirtschaftspolitische Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren müssen, ist heute allgemein anerkannt<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV. Der grundrechtliche Gehalt der EMRK geht gegenüber den angeführten Erlassen vor, vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 215.

<sup>113</sup> Vgl. IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 58 B III, IV, Nr. 57 B IV b 4; ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, S. 19 ff.; JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, S. 87 ff., 92 ff.; bezüglich Übergangsregelungen vgl. BGE 104 I b 216; 103 Ia 274.

<sup>114</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 58 B V a; MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, S. 142 f.; GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 161 f.

Zur sachgerechten Ausgestaltung der Übergangsbestimmungen eines wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Erlasses gehört es, umsichtig abzuklären, welcher Zeitspanne die Betroffenen vernünftigerweise bedürfen, um ihre Tätigkeit auf das neue Recht umzustellen. Die Normadressaten sind hiezu zweckmäßigerweise anzuhören, so daß sie in der Lage sind, vorschnelle Annahmen des Gesetzgebers zu berichtigen. Spielt beispielsweise der Zeitraum, innert welchem die nach altem Recht zulässigen Produkte abgesetzt werden können, eine Rolle, darf man keineswegs in allen Fällen auf einen durchschnittlichen Lagerumsatz abstellen. Eine genauere Untersuchung kann vielmehr ergeben, daß bei einzelnen Produkten (z.B. Motorfahrzeugen) der durchschnittliche Umsatz nichts aussagt über die Lagerstruktur in einem bestimmten späteren Zeitpunkt, weil die Betroffenen von den fraglichen Produkten jeweils eine bestimmte Anzahl sehr rasch abstoßen können, eine weitere Menge erst nach einer kürzeren oder längeren Lagerdauer, während ihnen eine letzte Gruppe ausgesprochen lang am Lager verbleibt. Es zeigt sich an diesem Beispiel erneut, hier bezüglich der Rechtssetzung, wie wichtig die genaue Sachverhaltsermittlung ist; geht der Gesetzgeber von unzutreffenden Vorstellungen über den Absatzverlauf aus, wird er das Datum des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen oder die Dauer einer einzuräumenden Aufbrauchsfrist völlig sachfremd festlegen.

Das Rechtssicherheitsgebot verlangt, daß die Rechtslage für den Bürger voraussehbar ist<sup>115</sup>. So sollte etwa der Importeur, wenn er die Güter im Ausland kauft, darauf bauen können, daß im Zeitpunkt der Warenverzollung noch die gleiche Einfuhrregelung gilt<sup>116</sup>. Andererseits können erhebliche öffentliche Interessen an einer raschen Inkraftsetzung neuen Rechts dem Interesse des Privaten an der Berechenbarkeit der Rechtsfolgen entgegenstehen und vorgehen<sup>117</sup>. Die Abwägung der gegensätzlichen Interessen ist unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände vorzunehmen. Grundsätzlich ist hervorzuheben, daß auch im wirtschaftspolitischen Bereich den öffentlichen Interessen nicht von vornherein ein Vorrang vor den privaten zukommt<sup>118</sup>. Zudem liegt auch die Beachtung der Rechtssicherheit im öffentli-

<sup>115</sup> Vgl. IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 8 B I.

<sup>116</sup> Vgl. BGE 92 I 232.

<sup>117</sup> BGE 92 I 232.

<sup>118</sup> Vgl. IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 57 B IV b.

chen Interesse<sup>119</sup>. Es ist daher stets darauf zu dringen, daß neue Belastungen nur dann ohne Vorschaltung einer angemessenen Übergangsfrist angewendet werden, wenn die vom Gesetzgeber verfolgten Interessen nicht nur sehr gewichtig, sondern auch so vordringlich sind, daß sie bei schonenderem Inkrafttreten nicht wirksam durchgesetzt werden könnten<sup>120</sup>. So wenig bei der Interessenabwägung den wirtschaftspolitischen Zwecken generell ein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen werden soll, so wenig vermag die Feststellung, es liege im Wesen des wirtschaftlichen Maßnahmerechts, daß es den veränderten Verhältnissen rasch müsse angepaßt werden können<sup>121</sup>, die angerufene Behörde davon zu entbinden, im konkreten Fall nachzuprüfen, ob der zur Diskussion stehende Erlaß in Würdigung aller relevanten Elemente unvermittelt in Kraft gesetzt werden durfte.

Es sei noch auf zwei rechtsstaatlich bedenkliche Erwägungen eingegangen, welche gelegentlich den Betroffenen, die sich an der allzu raschen Inkraftsetzung belastender Verordnungsbestimmungen stoßen, entgegengehalten werden.

Das eine dieser schwer akzeptierbaren Argumente lautet dahin, daß weitsichtige Wirtschaftsteilnehmer den Erlaß einschneidender Maßnahmen angesichts der Marktsituation hätten erwarten müssen<sup>122</sup>. Damit zusammenhängend wird etwa darauf hingewiesen, der Importeur, welcher in geschickter Weise Substitutionsprodukte für die von einem Bewirtschaftungssystem erfaßten Waren auffinde und einführe, arbeite dem Sinn der gesetzlichen Ordnung zuwider und sei daher schlecht legitimiert, sich zu beklagen, wenn die Bewirtschaftungsordnung lückenloser ausgestaltet werde.

Demgegenüber ist zu betonen, daß das Ausfindigmachen und Einführen von Produkten, deren Import rechtlich nicht beschränkt ist, keine Gesetzesumgehung darstellt, sondern durchaus im Rahmen der legitimen Handelstätigkeit liegt. Der Handelsmann darf die ihm gesetzlich offenstehenden Möglichkeiten nutzen. Die Ausübung seines Berufs steht unter dem Schutz der

<sup>119</sup> WEBER, Die schweizerische Außenhandelsgesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung der Handels- und Gewerbefreiheit, S. 240; vgl. auch die kritische Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 1.1.1978 betreffend die kurzfristige Einführung einer Ausgleichsabgabe auf Speisekartoffeln, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1978, S. 263f.

<sup>120</sup> Vgl. GEIGER, a.a.O., S. 59f.

<sup>121</sup> Vgl. BGE 92 I 234 bezüglich der wirtschaftslenkenden Abgaben.

<sup>122</sup> So das in Anm. 119 zitierte Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 1.2.1978, S. 262.

Handels- und Gewerbefreiheit<sup>123</sup>, deren Beschränkung einer gesetzlichen Grundlage bedarf<sup>124</sup>. Der Unternehmer muß und darf sich an das Gesetz halten; bloße Appelle der Behörden sind für ihn nicht verbindlich<sup>125</sup>. Zudem wäre es wirklichkeitsfremd, anzunehmen, die in hartem Konkurrenzkampf stehenden Wettbewerber würden sich je vollzählig aus Einsicht Schranken auferlegen, die über den gesetzlichen Rahmen hinausgehen; die ihre Tätigkeit aus freien Stücken einengenden Konkurrenten hätten wirtschaftlich bald das Nachsehen. Es kann daher nicht angehen, daß Normadressaten mit einer unangemessen raschen Inkraftsetzung neuen belastenden Rechts entgelten müssen, daß sie wirtschaftspolitische Wünsche der Verwaltung, die im alten Recht keinen Niederschlag gefunden hatten, nicht befolgten.

Das zweite der Rechtssicherheit abträgliche Argument, mit welchem die Verwaltung bisweilen eine von den Betroffenen als zu kurzfristig erachtete Inkraftsetzung neuen Rechts verteidigt, liegt darin, daß sich die Verwaltung darauf beruft, sie hätte den Erlaß strengerer Normen seit geraumer Zeit vorangekündigt. So liegt etwa den Übergangsbestimmungen der soeben erlassenen Abgasverordnung<sup>126</sup>, welche schärfere Abgasgrenzwerte festlegt, die Annahme der Verwaltung zugrunde, die Hersteller, Importeure und Händler hätten sich längstens auf eine strengere Ordnung vorbereiten können, da der Bundesrat seinen diesbezüglichen Zeitplan schon vor Jahren aufgestellt und bekanntgegeben habe.

Auch hier ist wiederum mit allem Nachdruck festzuhalten, daß Unternehmer ihre Fabrikation legitimerweise erst dann auf neue Regelungen ausrichten, wenn unzweifelhaft feststeht, daß diese neuen Normen ab einem bestimmten Datum rechtsverbindlich sein werden. Diese Gewißheit erlangt der Normadressat grundsätzlich erst im Zeitpunkt, an welchem die künftig geltenden Bestimmungen in der Gesetzessammlung veröffentlicht sind<sup>127</sup>. Das den Rechtsstaat entscheidend mitkonstituierende Gesetzmäßigkeitsprinzip will den Normadressaten Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verschaffen: Müssen und dürfen die Rechtsunterworfenen aufgrund des geltenden Rechts disponieren, schließt

<sup>123</sup> SCHÜRMANN, a.a.O., S. 24 f.; MARTI, a.a.O., S. 40.

<sup>124</sup> MARTI, a.a.O., S. 70 ff.

<sup>125</sup> Vgl. zum «Überredungsdirigismus» GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 168 f.

<sup>126</sup> Ziff. 15.2 der Verordnung über Abgase von Motorwagen mit Benzinmotoren vom 1.3.1982 (AS 1982, 474).

<sup>127</sup> Art. 9 Abs. 1 Rechtskraftgesetz (SR 170.513.1); vgl. BGE 107 Ib 84.



dies aus, daß der Gesetzgeber bei der Bemessung der Frist bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts mitberücksichtigt, seit wann dessen Erlaß von den Behörden in Aussicht gestellt worden war. Diesen Grundsatz nicht aufzuweichen rechtfertigt sich umso mehr, als die Erfahrung zeigt, daß der von der Verwaltung im Parlament oder an Pressekonferenzen bekanntgegebene Terminplan aus mannigfachen Gründen oft nicht eingehalten werden kann. Zudem ist der Inhalt der bloß angekündigten Normen nicht mit genügender Bestimmtheit absehbar, sei es, daß überhaupt kein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt wird, oder daß der in die Vernehmlassung geschickte Entwurf noch Änderungen erfahren kann. Den Betroffenen darf deshalb nicht zugemutet werden, daß sie im Hinblick auf das kommende Recht administrative Vorkehren treffen und die für die Umstellung erforderlichen Investitionen tätigen, bevor der Inhalt der neuen Bestimmungen und der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens verbindlich festgelegt sind.

Bei einer zu raschen Inkraftsetzung des neuen Rechts besteht überdies die Gefahr, daß vermeidbare Wettbewerbsverzerrungen geschaffen werden. Der Gesetzgeber darf diejenigen Unternehmer, die legitimerweise gewichtige Dispositionen erst dann treffen wollen, wenn Inhalt und Geltungszeitpunkt des neuen Rechts verbindlich feststehen, gegenüber einzelnen Konkurrenten, die schon auf bloße behördliche Vororientierungen hin handelten, wirtschaftlich nicht benachteiligen.

Selbstverständlich schätzen es die Unternehmer, wenn die Behörden die von ihnen geplanten Schritte frühzeitig bekanntgeben. Als nützliche Vorankündigung sind ihnen solche Verlautbarungen dienlich; sie dürfen nur nicht als Verpflichtung zu konkretem Handeln bewertet werden. Es ist auch selbstverständlich, daß sich die Wirtschaft und die Technik nach den vom Recht gesetzten Erfordernissen zu richten haben und nicht umgekehrt; das zu beachtende Recht muß aber in der Gesetzessammlung veröffentlicht, nicht bloß angekündigt sein. Wo Gesetzesänderungen erhebliche technische und wirtschaftliche Umstellungen verlangen, liegt deshalb das rechtsstaatlich gebotene Vorgehen des Gesetzgebers darin, das neue Recht frühzeitig in der Gesetzessammlung zu veröffentlichen, aber den Betroffenen ausreichende Übergangsfristen einzuräumen. Verzögert sich die Publikation der neuen Bestimmungen, darf dieser Zeitverlust nicht einfach durch eine entsprechende Kürzung der Frist für den Übergang auf das neue Recht wettgemacht werden. Wenn die Exekutive verwaltungsintern nicht alles vorgekehrt hat, damit die

neuen Bestimmungen rechtzeitig in die Gesetzessammlung aufgenommen werden können, muß sie konsequenterweise die Anwendbarkeit des neuen Rechts hinausschieben und nicht am ursprünglich bekanntgegebenen Terminplan à tout prix festhalten, indem der Wirtschaft die Konsequenzen der eingetretenen Verzögerung aufgebürdet werden.

#### *d) Ausgleich in Härtefällen*

Müssen neue Vorschriften aus überwiegenden und gewichtigen öffentlichen Interessen für den Privaten überraschend in Kraft gesetzt werden, kann diesem ein erheblicher Schaden erwachsen, wenn er unter dem alten Recht Dispositionen getroffen hat, die er nicht mehr rückgängig machen kann.

Gelegentlich vermag er den Schaden dadurch zu beheben oder zu vermindern, daß er eine Ausnahmegewilligung<sup>128</sup> erlangt, kraft welcher er noch während einer bestimmten Periode nach bisherigem Recht verfahren darf. So gesteht die Verwaltung etwa in Anbetracht einer besonderen Lagersituation eine Aufbrauchsfrist zu.

Wo Ausnahmesituationen voraussehbar sind, gebietet sachgerechte Gesetzgebung, daß sich im betreffenden Erlaß selber eine Norm damit befaßt. In diesem Sinn wird die Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmegewilligungen öfters ausdrücklich vorgesehen. Im Abgaberecht sind sodann die Bestimmungen besonders wichtig, wonach in Härtefällen Abgaben erlassen oder zurückerstattet werden können.

Noch viel mehr als im Steuerrecht, wo der Erlaß geschuldeter Steuern seit langem geregelt ist<sup>129</sup>, drängt sich eine Ordnung für Härtefälle im Bereich der wirtschaftslenkenden Abgaben auf, werden diese doch häufig geändert<sup>130</sup>. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement kann beispielsweise nach der ständigen Anpassungen unterworfenen Verordnung über Preiszuschläge auf Futtermitteln die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel beauftragen, dem Importeur den Preiszuschlag ganz oder teilweise zurückzuerstatten oder zu erlassen, sofern dieser für ihn eine unzumutbare Härte bedeutet<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Vgl. zum Institut der Ausnahmegewilligung IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 37.

<sup>129</sup> Vgl. Art. 124f. BRB über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9.12.1940 (SR 642.11).

<sup>130</sup> Auf die Beweglichkeit der Rechtssetzung auf diesem Gebiet weist GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 149, hin.

<sup>131</sup> Art. 4 der Verordnung (SR 916.112.231).



Die Verwaltungspraxis<sup>132</sup> zum Erlaß wirtschaftslenkender Abgaben scheint zu schematisch. Hinsichtlich der an der Grenze erhobenen Preiszuschläge räumt sie zwar ein, daß es eine Härte bedeute, wenn ein Importeur nachträglich Preiszuschläge zu entrichten hat, die im Zeitpunkt der Bestellung der Ware noch nicht in Kraft waren. Die Rückerstattung wird dann jedoch mit folgender Begründung verweigert<sup>133</sup>: Der Gesetzgeber müsse, um das wirtschaftspolitische Ziel zu erreichen, die Preiszuschläge überraschend einführen können; andernfalls bestünde keine Gewähr für die Wirksamkeit der Maßnahme, weil die Importeure sich gegen die Belastung vorsehen könnten und Mißbräuchen Tür und Tor geöffnet wären. Der Betroffene hätte damit rechnen müssen, daß über kurz oder lang Substitutionsprodukte ebenfalls der Bewirtschaftung unterstellt würden, um Lücken zu schließen. Der Umstand, daß er plötzlich in großem Umfang Geschäfte mit einem (noch) nicht bewirtschafteten Erzeugnis tätigte, lasse darauf schließen, daß er in spekulativer Absicht auf ein neues Substitutionsprodukt ausweichen wollte. Er habe daher auch das Risiko einer unvermittelten Inkraftsetzung von Preiszuschlägen auf diesem Produkt zu tragen. Zudem wäre es eine Prämierung spekulativen Verhaltens, wenn Preiszuschläge nachträglich erlassen würden, nur weil sie ihres Umfanges wegen den Importeur besonders hart trafen. Schließlich müsse er es sich selber zuschreiben, wenn er stärker betroffen worden sei als andere Importeure, die weniger neuunterstellte Produkte einführten; die Berufung auf die Rechtsgleichheit sei daher verfehlt, umso mehr als die Gesetzesänderung abstrakt alle Importeure in gleicher Weise erfaßt habe.

Diese Argumentation ist schon vom Ansatzpunkt her fragwürdig, wenn sie einem Importeur, der zu einem Zeitpunkt Ware im Ausland eingekauft hatte, als deren Einfuhr mit keinem Preiszuschlag belastet war, entgegenhält, daß neue Preiszuschläge im Interesse der Wirksamkeit des vom Gesetz verfolgten wirtschaftspolitischen Ziels überraschend in Kraft gesetzt werden müssten. Hier wird verkannt, daß die an der Grenze erhobenen Preiszuschläge die Einfuhrtätigkeit der Importeure beeinflussen wollen (wirtschaftslenkende Abgabe)<sup>134</sup>. Wo wie im angezoge-

<sup>132</sup> Nach Art. 99 lit. g OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen über Erlaß oder Stundung geschuldeter Abgaben unzulässig.

<sup>133</sup> Besonders illustrativ VPB 1979 (43) Nr. 28.

<sup>134</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 165 f. Der Autor spricht von *ablenkenden Belastungen*.

nen Fall ein Preiszuschlag auf der einzuführenden Ware erst statuiert wird, nachdem sie schon fest bestellt worden ist, kann er das Verhalten des Importeurs gar nicht mehr beeinflussen. Die Rückerstattung darf deshalb dem Importeur, der bei der Abwicklung eines unter dem bisherigen Recht getätigten Vertrages an der Grenze mit einem Preiszuschlag überrascht wurde, nicht deshalb verweigert werden, weil sonst die Wirksamkeit der erfolgten Gesetzesänderung beeinträchtigt sei.

Das Argument, wonach neue Preiszuschläge um der wirksamen Zielverfolgung willen kurzfristig in Kraft gesetzt werden müssen, ist dort am Platz, wo es zu begründen gilt, weshalb das vom Gesetz angestrebte Ziel bei einer liberaleren Übergangsordnung nicht erreicht werden könnte: Würde die Frist zwischen der Veröffentlichung neuer oder erhöhter Preiszuschläge zu lang bemessen, verbliebe den Importeuren genügend Zeit, um während des Auslaufens der alten Ordnung noch zu horten. Daß dieser Hortungsgefahr durch eine rasche Inkraftsetzung der neuen Bestimmungen vorgebeugt wird, ist sachgerecht.

Dagegen ist es verfehlt, die gleichen Überlegungen, die im Zusammenhang mit der Inkraftsetzung neuen Rechts richtig sind, schematisch ebenfalls bei der Beurteilung von Erlaß- oder Rückerstattungsge suchen anzustellen. Die Festsetzung des Datums, an welchem neue Bestimmungen in Kraft treten sollen, einerseits, und die Prüfung der Frage, ob die in einem konkreten Fall erhobenen Preiszuschläge zurückzuerstatten sind, andererseits, beschlagen zwei verschiedene Probleme, die deutlich auseinandergehalten werden müssen. Der eine rasche Inkraftsetzung rechtfertigende Zweck, der Hortungsgefahr zuvorzukommen, kann gegenüber dem Importeur, der in einem Zeitpunkt Ware fest einkaufte, als deren Einfuhr nicht preiszuschlagsbelastet war, nicht angerufen werden.

Es ist hier erneut zu betonen<sup>135</sup>, daß die Einfuhr von nicht bewirtschafteten Produkten weder eine Gesetzesumgehung, noch eine anderweitig rechtswidrige Spekulation darstellt. Die Kontingents- und Preiszuschlagsordnungen pflegen die erfaßten Waren unter Anführung der Zolltarifnummern genauestens aufzulisten, wobei stets präzisiert wird, wenn nur einzelne der unter eine bestimmte Tarifnummer fallenden Produkte bewirtschaftet werden<sup>136</sup>. Solche Warenlisten haben fraglos Rechtssatzcharakter<sup>137</sup> und müssen deshalb in der Sammlung der eidgenössischen

<sup>135</sup> Vgl. S. 494 unten hiavor.

<sup>136</sup> ex Tarif-Nummer... (Anführung der einzelnen Waren).

<sup>137</sup> Art. 5 Abs. 2 Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11).

Gesetze veröffentlicht werden<sup>138</sup>. Nur in einem formellen Gesetz darf ferner vorgeschrieben werden, ein Erlaß sei auf anderem Wege als durch Aufnahme in die Gesetzessammlung zu veröffentlichen<sup>139</sup>.

Nach diesen Bestimmungen, die das Legalitätsprinzip ausführen, soll ein Importeur in der Lage sein, ohne Rückfrage bei der Verwaltung aufgrund der in der Gesetzessammlung publizierten Erlasse abzuklären, ob und wie ein bestimmtes Produkt bewirtschaftet wird (z.B. Kontingentierung, bloße Einfuhrbewilligungspflicht, Zollbelastung und Preiszuschläge, Lagerpflicht). Daß früher etwa im Bereich der Futtermiteinfuhr verschiedene Waren kraft nicht amtlich publizierter Weisungen kontingentiert waren, ist vom Standpunkt der Rechtssicherheit und der Transparenz der Verwaltung aus mit Recht kritisiert worden<sup>140</sup>.

Es ist mit der Handels- und Gewerbefreiheit, deren Beschränkung eine gesetzliche Grundlage erfordert<sup>141</sup>, unvereinbar, dem Importeur, der nicht bewirtschaftete Waren einkaufte, vorzuhalten, da die betreffenden Waren zum Ersatz für bewirtschaftete Produkte dienten, sei er ein Spekulant<sup>142</sup>, dem recht geschehe, wenn er an der Grenze von neuen Preiszuschlägen überrascht worden sei.

Es ist unkohärent und läuft dem Rechtssicherheitsgebot zuwider, einerseits dem Importeur Gewißheit über die Rechtslage zu verschaffen, indem die einschlägigen Warenlisten bis zur Aufgliederung der einzelnen Zolltarifnummern spezifiziert werden, und ihn andererseits zu behandeln, wie wenn er bei der Produktauswahl aufgrund einer weitgefaßten Generalklausel disponieren müßte.

Hier tritt ein Grundproblem des Rechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht zutage: Die Verwaltung hat vor allem das mit dem einzelnen Gesetz verfolgte Ziel vor Augen und hat demnach die Tendenz, jede dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Disposition eines Privaten als sanktionswürdig zu betrachten; der Unternehmer befragt das Gesetz daraufhin, ob und wie er seine ganz konkreten, individuellen wirtschaftlichen Absichten verwirklichen kann.

Die aus diesem Spannungsverhältnis erwachsenden Schwierigkeiten sind in jedem zu beurteilenden Fall unbefangen nach den

<sup>138</sup> Art. 4 lit. f Rechtskraftgesetz (SR 170.513.1).

<sup>139</sup> Art. 8 Rechtskraftgesetz (SR 170.513.1).

<sup>140</sup> WEBER, a.a.O., S. 127.

<sup>141</sup> Siehe Anm. 124.

<sup>142</sup> So VPB 1979 (43) Nr. 28, S. 123 f.

allgemeinen Regeln für die Gesetzesauslegung und die Ermessenshandhabung zu lösen. Dazu gehört es einmal, eigentliche Gesetzesumgehungen, zu denen im Wirtschaftsverwaltungsrecht wegen der bedeutenden materiellen Interessen ein besonderer Anreiz besteht, zu erkennen und ihnen den Schutz zu versagen<sup>143</sup>. Für das Wirtschaftsverwaltungsrecht brauchen diesbezüglich keine speziellen Kriterien entwickelt zu werden; vielmehr sind suspekte Vorkehren aufgrund sorgfältiger Gesetzesauslegung zu überprüfen, wobei die Interpretationsregeln der Lückenausfüllung<sup>144</sup>, des Analogieschlusses<sup>145</sup>, der wirtschaftlichen Betrachtungsweise<sup>146</sup> sowie das Verbot des Rechtsmißbrauchs<sup>147</sup> herangezogen werden können.

Bei differenzierter Betrachtung wird deutlich, daß etwa eine rein zivilrechtliche Betriebsaufspaltung zum Zweck der Erlangung kontingentsrechtlicher Vorteile<sup>148</sup> ganz anders zu würdigen ist als die Einfuhr von Produkten, die zur Substitution bewirtschafteter Waren dienen. Im ersten Fall wird ein Einzelunternehmen zivilrechtlich in verschiedene Rechtssubjekte aufgeteilt, um kontingentsrechtlich vorteilhafte Transaktionen zwischen den verschiedenen Betrieben nachweisen zu können, während wirtschaftlich nur ein einziges Unternehmen fortbesteht; die Betriebsaufspaltung erfolgt allein zur Umgehung des Gesetzes. Im zweiten Fall dagegen trifft ein Importeur kaufmännische Dispositionen aufgrund einer genauestens spezifizierten Warenliste, deren Zweck gerade darin besteht, ihm Gewißheit darüber zu verschaffen, welche Produkte bewirtschaftet sind, und welche den einschränkenden Vorschriften nicht unterfallen. Es verletzt das Legalitätsprinzip und das Rechtssicherheitsgebot, wenn derartige gesetzliche Warenlisten so ausgelegt werden, als ob der Unternehmer verpflichtet wäre, seine Dispositionen ungeachtet der erfolgten Warenspezifizierung vornehmlich darauf auszurichten, daß seine Handelstätigkeit die Erreichung des vom betreffenden Gesetz angestrebten Ziels nicht beeinträchtigt. Dem einzelnen Unternehmer kann nicht zugemutet werden, über die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten hinaus das Allgemeininteresse zu wah-

<sup>143</sup> Vgl. etwa BGE 100 Ib 310ff.: Die zur Vereitelung des von der Schlachtviehordnung verfolgten Zwecks vorgenommene Betriebsaufspaltung bleibt kontingentsrechtlich unbeachtlich.

<sup>144</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 23.

<sup>145</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 27.

<sup>146</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 26.

<sup>147</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 78.

<sup>148</sup> BGE 100 Ib 310ff.

ren. Er hat seine Tätigkeit gesetzmäßig auszuüben; für die Verwirklichung der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen ist er nicht verantwortlich. Die angeführte Verwaltungspraxis<sup>149</sup>, wonach bei der Beurteilung von Gesuchen um Erlaß oder Rückerstattung von Preiszuschlägen erschwerend ins Gewicht fällt, daß Produkte bestellt worden waren, die zur Substitution von bewirtschafteten Produkten verwendet werden können, ist daher verfehlt.

Im gleichen Sinne ist es nicht richtig, bei der Prüfung der Härte, welche die Preiszuschläge für den Importeur bedeuten, dessen Vermögenslage stets als ein ausschlaggebendes Kriterium zu berücksichtigen. Im Bereich der voraussehbaren, regelmäßig anfallenden Steuern wird als Voraussetzung für den Erlaß sachgerecht verlangt, daß das Vermögen des Pflichtigen diesem nicht ohne weiteres gestattet, den geschuldeten Betrag zu bezahlen<sup>150</sup>. Bei wirtschaftslenkenden Abgaben wie Preiszuschlägen liegt dagegen die Härte oft darin, daß der Schuldner bei der Abwicklung eines Vertrages an der Grenze von einer Abgabe überrascht wird, die er bei Vertragsschluß nicht voraussehen konnte. Daher wäre das Vorliegen einer Härte in solchen Fällen in bezug auf die einzelne in Frage stehende Transaktion, unabhängig von der Vermögenslage des Abgabepflichtigen, zu beurteilen. Die Härte müßte dann bejaht werden, wenn die überraschend erhobenen Preiszuschläge nicht überwältzt werden können. Aus entsprechenden Gründen hat das Bundesgericht der Verwaltung verwehrt, auf eine Verfügung zurückzukommen, um nachträglich Preiszuschläge einzufordern, die, weil kurz zuvor in Kraft getreten, versehentlich nicht erhoben worden waren; der Verfügungsadressat hatte keine Möglichkeit mehr, die Preiszuschläge weiterzugeben<sup>151</sup>.

### 2.3.3. Zum Verordnungsrecht

#### 2.3.3.1. Bedeutung

Sowohl die wirtschaftspolizeilichen als auch die wirtschaftspolitischen Normen gehören ganz überwiegend der Verordnungsstufe an<sup>152</sup>. Von überragender Bedeutung sind die gesetzesver-

<sup>149</sup> VPB 1979 (43) Nr. 28, S. 123 f.

<sup>150</sup> MASSHARDT, Wehrsteuerkommentar, N. 1 lit. d zu Art. 124 WStB.

<sup>151</sup> BGE 103 Ib 244 ff.; vgl. GYGI, Zur Rechtsbeständigkeit von Verwaltungsverfügungen, S. 165.

<sup>152</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 149; TETTINGER, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 275; SCHÜR-



tretenden Verordnungen, welche die zugrundeliegenden Gesetze nicht nur präzisieren, sondern aufgrund weitgefaßter Delegationsermächtigungen eine durchgängige Ordnung des erfaßten Bereichs erst schaffen<sup>153</sup>. In einzelnen Gebieten ist auch das von Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung auf dem Delegationsweg erlassene Bundesrecht sehr wichtig<sup>154</sup>. Nicht verbindlich sind für Bürger und Gerichte die Verwaltungsverordnungen und Wegleitungen<sup>155</sup>, doch können sie als Auslegungshilfe bei der Gesetzesanwendung oder als Anhaltspunkt für die Überprüfung rechtsgleicher Ermessenshandhabung herangezogen werden<sup>156</sup>.

Die Erlassesform der Verordnung gestattet es, die Regelung im gewünschten Maß zu detaillieren. Sodann erlaubt sie eine rasche Anpassung an die stets wechselnden wirtschaftlichen Verhältnisse sowie an den technischen und wissenschaftlichen Fortschritt.

Viele wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verordnungen richten sich an einen sehr kleinen Adressatenkreis, wenn auf dem geregelten Gebiet nur wenige Unternehmer tätig sind. Dieser Umstand sowie die ausgesprochene Raschlebigkeit des wirtschaftlichen Maßnahmerechts relativieren die Unterscheidung zwischen Gesetz und Verfügung<sup>157</sup>, besonders wenn man noch an die Institute der Allgemeinverfügung<sup>158</sup> und der Typenbewilligung<sup>159</sup> denkt.

Auf die vielseitigen Bezüge des Ordnungsrechts zum Gebot der Rechtssicherheit wurde schon eingegangen: Sofern kein die private Initiative lähmender Perfektionismus betrieben wird, erleichtert es die in der Verordnung mögliche Spezifizierung dem Unternehmer, die Rechtslage rasch abzuklären, ohne daß er auf die Rechtsprechung zurückgreifen müßte. Sowohl die Rechtssicherheit als auch die gleichmäßige Rechtsanwendung sind eher gewährleistet, wenn die vom Gesetz delegierte Konkretisierung

MANN, a.a.O., S.106; JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, S.82.

<sup>153</sup> Vgl. etwa die Lebensmittelverordnung (SR 817.02) sowie die agrarrechtlichen Sondermarktordnungen.

<sup>154</sup> Vgl. BGE 101 Ib 309f., 98 Ib 444, 97 I 296.

<sup>155</sup> Vgl. BGE 107 Ib 121.

<sup>156</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.213.

<sup>157</sup> TETTINGER, a.a.O., S.270.

<sup>158</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.102; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S.70.

<sup>159</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.102; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S.73.



einheitlich und generell in der Verordnung erfolgt, als wenn erst die Rechtsprechung punktuell von Fall zu Fall typisieren muß<sup>160</sup>. Die Beweglichkeit der Rechtssetzung auf der Verordnungsstufe erschwert dem Privaten die längerfristige Kalkulation und Planung<sup>161</sup>, ermöglicht ihm aber auch, schneller als auf dem Weg der formellen Gesetzgebung in den Genuß für ihn günstigerer Regelungen zu kommen.

Müssen die Verordnungen gerade im Wirtschaftsverwaltungsrecht als unvermeidliches und sehr taugliches Instrument gewürdigt werden, ist korrelativ darauf zu bestehen, daß in den zugrundeliegenden formellen Gesetzen die rechtsstaatlichen Delegationsvoraussetzungen erfüllt sind<sup>162</sup>. Die wichtigste dieser Voraussetzungen verlangt, daß das ermächtigende Gesetz die übertragenen Rechtssetzungsbefugnisse in grundsätzlicher Hinsicht nach Inhalt, Zweck und Ausmaß festlegt, also den substantiellen Gehalt der in der Verordnung zu treffenden Regelung vorbestimmt<sup>163</sup>.

Diese Grundstruktur im formellen Gesetz festzulegen, fällt dem Gesetzgeber im wirtschaftspolizeilichen Bereich leichter als dort, wo es typisch wirtschaftspolitische Regelungen zu erlassen gilt. Dies ist einmal darin begründet, daß im Polizeirecht auf viel mehr gesicherte Erfahrung zurückgegriffen werden kann, wie die Rechtsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtsgleichheit zum Tragen kommen, als dies für das wirtschaftspolitische Gebiet zutrifft<sup>164</sup>. Zudem ist es wesentlich einfacher, maßgebliche Kriterien für den Schutz elementarer Güter (z.B. Gesundheit; Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) aufzustellen als für die Lenkung von Wirtschaftsabläufen.

Bleibt sich ein Schutzgut wie die Gesundheit im wesentlichen gleich, und ändern sich mit der technischen Entwicklung lediglich die ihm drohenden Gefahren, so variieren in der Wirtschaftspolitik meistens sowohl das Schutzobjekt (z.B. die inländische Land-

<sup>160</sup> TETTINGER, a.a.O., S.396.

<sup>161</sup> GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.149f.

<sup>162</sup> Vgl. zur Delegation gesetzgeberischer Befugnisse BGE 106 I a 250f., 103 I a 374ff., 103 I b 140; KNAPP, a.a.O., 169ff.; IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr.63 sowie die Hinweise bei SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Anm. 9, S.63, eingehend ferner G.MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung.

<sup>163</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr.63 B III d; KNAPP, a.a.O., Ziff.200.

<sup>164</sup> Die Begriffe Wirtschaftspolizei und Wirtschaftspolitik werden hier als Hinweise auf die ihnen üblicherweise zugeordneten Sachbereiche verwendet, nicht etwa zur Abgrenzung gefahrenabwehrender und gestaltender Normen. Zur Fragwürdigkeit dieser Abgrenzung vgl. JOST, a.a.O., S.101ff.

wirtschaft) als auch die es beeinflussenden Faktoren (z.B. die Entwicklung auf dem Weltmarkt). Es verwundert deshalb nicht, daß die größtenteils in Verordnungen geregelten Sondermärkte der Landwirtschaftspolitik in den Ermächtigungsgesetzen nur äußerst rudimentär vorgezeichnet sind<sup>165</sup>. Ganz abgesehen davon, daß das Bundesgericht und die andern Rechtspflegeinstanzen wegen der Bindung an die Bundesgesetze<sup>166</sup> nicht überprüfen können, ob die Delegationsgrundsätze in diesen Erlassen eingehalten sind, werden hinsichtlich der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen allgemein weniger strenge Anforderungen gestellt, wenn zur Regelung einer Materie verschiedene Wege offenstehen und nur mit Mühe vorausgesehen werden kann, welcher einzuschlagen ist, um der konkreten Situation am besten zu entsprechen<sup>167</sup>. Gleichermassen darf der Gesetzgeber weitmaschiger delegieren, wenn die Bestimmung der inhaltlichen Grundstruktur eine große Detaillierung erforderte, oder wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse des Regelungsbereichs rasch zu verändern pflegen<sup>168</sup>: Das Gesetz soll hier nicht so weit in die Einzelheiten vorstoßen, daß die Vorteile der Beweglichkeit der Rechtsetzung auf der Verordnungsstufe wieder verloren gehen, indem die sich sachlich aufdrängenden Anpassungen der Verordnung wegen drohender Gesetzwidrigkeit unterbleiben müßten, bis das Gesetz selber revidiert wäre.

Unter dem Gesichtspunkt wirksamen Rechtsschutzes ist wichtig, daß der Gesetzgeber dort, wo er dem Verordnunggeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit einräumen muß, umso sorgfältiger die organisations- und verfahrensrechtlichen Grundzüge selber festlegt. Es ist ein ebenso bekanntes wie lahm bekämpftes Grundübel, daß sich unter dem Schutz interventionsrechtlicher Erlasse vorteilhafte wirtschaftliche Positionen aufbauen und vor allem ausbauen lassen, die von den Privilegierten mit allen Kräften gegen neuauftauchende oder dynamischer agierende Konkurrenten verteidigt werden. Der Gesetzgeber sollte daher in die wirtschaftspolitischen Bundesgesetze, insbesondere in solche, welche den Verordnunggeber zur Ausgestaltung von Marktordnungen ermächtigen, Bestimmungen aufnehmen, die eine möglichst große Transparenz sicherstellen, und die gewährleisten, daß das Bewirtschaftungssystem hinsichtlich der individuel-

<sup>165</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 149.

<sup>166</sup> Art. 113 Abs. 3, Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV.

<sup>167</sup> BGE 103 Ia 382.

<sup>168</sup> BGE 103 Ia 382, 384.

len Berechtigungen nicht erstarrt, sondern beweglich bleibt. In den Belangen der Transparenz und der Flexibilität von Individualberechtigungen kann der Gesetzgeber die Verwaltung nicht deutlich genug binden, zeigt doch vielfache Erfahrung, daß die Hauptnutznieser einer Marktordnung jede ihren «Besitzstand» tangierende Revision äußerst erfolgreich hinauszuzögern und dann zu verwässern vermögen, wenn dem nicht das Gesetz selber vorgebaut hat. So genügt es nicht, in einem Bundesgesetz lediglich allgemein vorzuschreiben, daß die Einfuhrberechtigungen periodisch neu zu ordnen sind<sup>169</sup>; der Gesetzgeber sollte vielmehr für die in Frage kommenden Kontingentsordnungen konkret festlegen, in welchen Zeiträumen generelle Kontingentsrevisionen vorzunehmen sind. Sonst besteht die Gefahr, daß derart unhaltbare Zustände wie im wichtigen Bereich der Futtermittelfuhr eintreten können, wo die letzte generelle Kontingentsrevision im Jahr 1969 aufgrund der Basisjahre 1966 und 1967 stattfand<sup>170</sup>. In gleichem Sinn wären etwa im Gesetz selber die erforderlichen Sicherungen einzubauen, damit die Organe der mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung so zusammengesetzt und ihre Befugnisse so geordnet sind, daß möglichst keine einseitige Interessenwahrung erfolgt.

#### 2.3.3.2. Normenkontrolle

Da bundesrechtliche Verordnungen keine Verfügungen sind, können sie nicht selbständig angefochten und somit nicht abstrakt auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden<sup>171</sup>. Ist die Verordnung einmal in Kraft gesetzt, bindet sie die rechtsanwendenden Behörden und die Normadressaten grundsätzlich. Aus diesem Grunde pflegen die an einer bestimmten Verordnung interessierten Kreise stark darauf zu drängen, in einem Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf Stellung nehmen zu können. Die Verbände haben richtig gemerkt, daß es für ihre Mitglieder überaus wichtig ist, den Rechtsschutz gleichsam zusammengefaßt in die Anhörung im Rechtssetzungsverfahren vorzuverlegen. Nicht nur können sie auf diese Weise

<sup>169</sup> Art. 23 Abs. 3 Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1); vgl. auch Art. 20 Abs. 2 Allgemeine Landwirtschaftsverordnung (SR 910.01).

<sup>170</sup> Zu den Kriterien vgl. Anhang zu den Statuten der GGF Art. 6; BBl 1971 II 1222.

<sup>171</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 102 sowie S. 166 zur unmittelbaren Anfechtung kantonaler Erlasse gemäß Art. 84 OG und Art. 73 Abs. 1 VwVG.

ihre Interessen mit geballter Kraft vertreten, sondern der Verordnungsgeber ist in diesem Zeitpunkt in der Regel noch empfänglich für die aus täglicher unmittelbarer Erfahrung geschöpften Anregungen der Branchenangehörigen. Meistens werden denn auch die Wirtschaftsorganisationen nicht nur vor dem Erlaß der Ausführungsgesetze zu den Wirtschaftsartikeln angehört<sup>172</sup>, sondern auch bei der Ausarbeitung grundlegender Verordnungen. Diese Anhörung ist jedenfalls beim Erlaß gesetzesvertretender Verordnungen, aus denen ja erst die getroffene Ordnung hinreichend klar ersichtlich wird, angezeigt.

Faktisch wird im Bundesrecht der verfassungsmäßige Anspruch auf rechtliches Gehör, der vom Bundesgericht nur für das Verwaltungsverfahren anerkannt ist<sup>173</sup>, recht weitgehend auch im Rechtssetzungsverfahren zugestanden. Dies ist im Wirtschaftsverwaltungsrecht umso erwünschter, als die im Einzelfall vorfrageweise erfolgende Überprüfung der Gültigkeit von Verordnungen mit wirtschaftspolitischem Einschlag zurückhaltend erfolgt<sup>174</sup>.

Im Rahmen der konkreten oder vorfrageweisen Normenkontrolle wird geprüft, ob der Rechtssatz, auf den sich eine Verfügung stützt, gültig ist<sup>175</sup>. In den im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufigen Fällen, in welchen ein Rechtsunterworfener darüber im Ungewissen ist, ob die von ihm beabsichtigten Dispositionen die einschlägige Verordnung verletzen würden oder wegen deren Ungültigkeit rechtmäßig wären, kann er auf dem Weg eines Feststellungsbegehrens eine verbindliche Klärung erlangen<sup>176</sup>. Mit dem Institut der Feststellungsverfügung kann derweise bis zu einem bestimmten Grad das gleiche Rechtsschutzinteresse befriedigt werden, das an der abstrakten Normenkontrolle bestünde, wenn sie zulässig wäre<sup>177</sup>.

Für den Unternehmer liegt der unschätzbare Vorteil des Feststellungsverfahrens darin, daß er sich zum Voraus vergewissern kann, welche Rechtsfolge die von ihm in Aussicht genommene Handlung auslösen wird; er braucht also mit seinem Rechts-

<sup>172</sup> Art. 32 Abs. 3 BV.

<sup>173</sup> Vgl. SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Ziff. 16.224, S. 131.

<sup>174</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 149, 158.

<sup>175</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 165, 215 f.

<sup>176</sup> Art. 25 VwVG; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 102, 109; BGE 100 Ib 432, 99 Ib 166, 98 Ib 459 f.; VPB 1977 (41) Nr. 8.

<sup>177</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 102; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Ziff. 13.224, S. 103.

schutzansuchen nicht zuzuwarten, bis die Verwaltung auf seine ausgeführten Handlungen mit einer Verfügung reagiert, die ihn allenfalls stark belasten oder gar sanktionieren könnte<sup>178</sup>.

Das Rechtsbegehren eines Feststellungsgesuchs muß sehr sorgfältig abgefaßt werden, damit klar zum Ausdruck kommt, daß der Gesuchsteller die verbindliche Regelung eines konkreten und individuellen Rechtsverhältnisses beantragt<sup>179</sup> und nicht bloß die Abklärung einer theoretischen Rechtsfrage. In der Praxis muß allzu häufig auf die Einleitung eines Feststellungsverfahrens, das von der Interessenlage her angezeigt wäre, verzichtet werden, weil nach Abschätzung der voraussichtlichen Verfahrensdauer der mit dem Feststellungsgesuch angestrebte Zweck, die Rechtslage hinsichtlich eines künftigen Sachverhalts abzuklären, nicht erreicht werden kann. Die konkrete Normenkontrolle ist wirksamer, wenn die Gültigkeit polizeirechtlicher Verordnungen zu beurteilen ist<sup>180</sup>, als wenn wirtschaftspolitische Verordnungen überprüft werden<sup>181</sup>. Dies ist weitgehend darin begründet, daß der Inhalt der gesetzlichen Ermächtigung zur Rechtssetzung zugleich Auswirkungen hat auf die Intensität, mit welcher die Rechtmäßigkeit der Verordnungen überprüft werden können<sup>182</sup>. Diese Entsprechung zwischen der Delegationsumschreibung und dem Grad der richterlichen Kontrolle läßt sich den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen, nach welchen es die Rechtmäßigkeit von Verordnungen kontrolliert, deutlich entnehmen.

In einem jüngsten Entscheid faßte das Bundesgericht diese Grundsätze, nachdem es einleitend darauf hingewiesen hatte, die Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit von Verordnungen sei von Amtes wegen zu prüfen<sup>183</sup>, wie folgt zusammen<sup>184</sup>:

«Das Bundesgericht kann Verordnungen des Bundesrates auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen (BGE 106 Ib 186, 105 Ib 369 E.11b, 104 Ib 420). Bei Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sie sich in den Grenzen der dem Bundesrat im Gesetz eingeräumten Befugnisse

<sup>178</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.102, 109.

<sup>179</sup> Art.5 Abs.1 lit.b VwVG; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.109; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S.96f.

<sup>180</sup> Vgl. BGE vom 26.5.1981 betreffend die Eidgenössische Fleischschauverordnung, Pra 1981 (70) Nr.274, S.730ff.

<sup>181</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.149, 158.

<sup>182</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.126 oben.

<sup>183</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.215.

<sup>184</sup> BGE vom 26.5.1981, zitiert nach Pra 1981 (70) Nr.274, S.732 (noch nicht in der Amtlichen Sammlung publiziert).



halten. Soweit das Gesetz den Bundesrat ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, schließt die Bindung an die Bundesgesetze die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Verordnung aus; soweit der Bundesrat nicht befugt ist, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung (BGE 106 Ib 186, 105 Ib 369 E. 11b, 104 Ib 420 E. 4c, 423 E. 5a = Pr 68 Nr. 188). Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, ist dieser Spielraum für das Bundesgericht nach BV 113 III/114<sup>bis</sup> III verbindlich. Das Bundesgericht darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen. Das dem Bundesrat eingeräumte Ermessen verbietet dem Bundesgericht insbesondere, über die Zweckmäßigkeit der Verordnung zu befinden. Die Prüfung des Bundesgerichts beschränkt sich dann vielmehr auf die Frage, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei ist zu untersuchen, ob mit der Verordnung der im Gesetz genannte Zweck erfüllt werden kann und ob der Bundesrat sein Ermessen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeübt hat. Dies kann bejaht werden, wenn die in der Verordnung vorgesehenen Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zu dem im Gesetz vorgesehenen Zweck stehen (BGE 105 Ib 369 E. 11b, 104 Ib 425 E. 6b = Pr 68 Nr. 188). Eine strengere Kontrolle über die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes übt das Gericht indessen bei Eingriffen in die Rechtstellung der Bürger aus, bei denen den Behörden kein oder nur ein geringer Ermessensspielraum zusteht (BGE 104 Ib 427 = Pr 68 Nr. 188).»

Die zurückhaltende Normenkontrolle greift nach dieser Praxis im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufig Platz, weil die gesetzlichen Delegationsbestimmungen in diesem Bereich dem Bundesrat meistens eine sehr weite Gestaltungsfreiheit für die Regelung auf der Verordnungsebene einräumen.

Es ist darauf hingewiesen worden, daß sich durch die begrenzte richterliche Überprüfung der Gültigkeit von gesetzesvertretenden Verordnungen, insbesondere von agrarpolitischen Marktordnungen, das in der Globaldelegation liegende Rechtsstaatsdefizit noch vergrößere<sup>185</sup>. Desgleichen wird als bedenklich erachtet, daß die Verwaltung hinsichtlich der von ihr erlassenen Verordnungen durch bundesgerichtliche Urteile ein Placet erhält, das nicht auf einer eingehenden Kontrolle beruht<sup>186</sup>. Rechtsstaatliche Erwägungen sowie die überragende Bedeutung der Verordnungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht erheischen deshalb, daß das Bundesgericht nicht mit einer grundsätzlichen Abwehrhaltung an die Normenkontrolle herangeht, sondern stets bestrebt ist, seine Überprüfungszuständigkeit auszuschöpfen.

<sup>185</sup> GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 298; DERS., Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, ZbJV 116 (1980), S. 172 ff., 191 f.

<sup>186</sup> GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 287.



Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinen verschiedenen Ausprägungen bildet dabei den wichtigsten Ansatzpunkt<sup>187</sup>. An diesem Prinzip mißt zunehmend auch das deutsche Bundesverfassungsgericht die wirtschaftspolitischen Gesetze<sup>188</sup>. Mit Recht wird gefordert, daß das Bundesgericht nachprüft, ob der Bundesrat, der als Verordnungsgeber an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist, dessen verschiedene Ausprägungen beachtet hat, also die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne<sup>189</sup>. Die Geeignetheit betrifft die Frage, ob die fragliche Maßnahme zwecktauglich und zielkonform ist; nach der Erforderlichkeit darf die Vorkehr nicht einschneidender sein als es die Erreichung des verfolgten Zweckes erheischt; die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn verlangt eine Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Wert des zu erreichenden Ziels<sup>190</sup>. Die Intensität, mit welcher die Rechtmäßigkeit der Verordnung überprüft werden kann, hängt freilich in erheblichem Maß vom Justiziabilitätsgrad der geregelten Materie ab<sup>191</sup>; dem Fachwissen der Verwaltung sowie ihrem darin begründeten prospektiven<sup>192</sup> und technischen Ermessen<sup>193</sup> ist gebührend Rechnung zu tragen. Sodann ist insbesondere bei interventionsrechtlichen Verordnungen zu berücksichtigen, daß die einzelnen Vorschriften gesamthaft zu würdigen sind, weil sich die einzelnen Lenkungsmaßnahmen wechselseitig bedingen, die getroffene Ordnung somit ein nach bestimmten Kriterien ausgewogenes Ganzes sein will, aus dem sich nicht einzelne Teile herausbrechen lassen, ohne das Regelungsgefüge zu zerstören. Ferner ist zu veranschlagen, daß zur sachgerechten Rechtssetzung auch gehört, praktikable und wirksam durchsetzbare Normen zu schaffen, was oft einen gewissen Schematismus unter Verzicht auf feinere Differenzierungen erheischt<sup>194</sup>. Entscheidend ist aber, daß der Richter bei der Normenkontrolle auch in Fällen, in denen der Justiziabilitätsgrad des in Frage stehenden Gebietes gering ist, wenigstens anhand der einzelnen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die vom Verordnungsgeber an-

<sup>187</sup> GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, S. 158, 161 f.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 44 ff.

<sup>188</sup> BADURA, *Wirtschaftsfreiheit, Staatsplanung und Intervention*, S. 286.

<sup>189</sup> ZIMMERLI, a.a.O., S. 44 ff.; GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, S. 161 f.

<sup>190</sup> Vgl. ZIMMERLI, a.a.O., S. 12 ff.; GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, S. 161 f.

<sup>191</sup> ZIMMERLI, a.a.O., S. 45.

<sup>192</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 66 B VI; BGE 100 Ib 435.

<sup>193</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 66 B VII.

<sup>194</sup> Vgl. ZIMMERLI, a.a.O., S. 46; JOST, a.a.O., S. 92 ff.

gestellten Erwägungen nachvollzieht und einhakt, wo diese Schwachpunkte aufweisen. Der kritische Nachvollzug allein könnte gelegentlich schon Ansätze zur differenzierteren rechtlichen Durchdringung wirtschaftspolitischer Bereiche zeitigen.

Erweist sich, daß eine wirtschaftspolitische Verordnung, unter den verschiedenen Aspekten des Verhältnismäßigkeitsprinzips betrachtet, sachgerecht ausgestaltet ist, wird sie meistens auch dem Verfassungsgrundsatz der Rechtsgleichheit<sup>195</sup> genügen. Richtungweisend ist ja in der Wirtschaftspolitik vor allem die relative Gleichheit, welche Unterscheidungen trifft nach Maßgabe der unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse und zur Verwirklichung der in der Bundesverfassung und in den Bundesgesetzen enthaltenen Zielvorstellungen und Wertungen<sup>196</sup>.

## *2.4. Auslegungsgesichtspunkte*

### *2.4.1. Spezialität der Regelungen*

Die mit der Verwaltungsrechtspflege befaßten Instanzen haben gemeinhin in sehr vielen, unter sich völlig verschiedenen Bereichen zu judizieren. In bunter Reihenfolge müssen sie sich nicht nur in oft unvertraute, sehr spezielle und komplexe Sachverhalte, beispielsweise in den Markt eines bestimmten landwirtschaftlichen Erzeugnisses, einarbeiten, sondern auch in die jeweils einschlägigen Erlasse. Kann der Zivilrichter recht häufig die gleichen grundlegenden Bestimmungen auf wechselnde Sachverhalte anwenden, ändern die anwendbaren Normen für die Rechtspflegeorgane im Verwaltungsrecht fast ständig. Die allenfalls beizuziehenden Rechtsgrundlagen sind potentiell umso weitreichender, als der Beschwerdeführer mit der Verwaltungs- und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Verletzung irgendeiner Norm des Bundesrechts rügen kann<sup>197</sup>.

<sup>195</sup> Art. 4 BV.

<sup>196</sup> GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 158 ff.; vgl. ferner zur Bedeutung des Gleichheitssatzes in der Wirtschaftspolitik BADURA, a.a.O., S. 276.

<sup>197</sup> Art. 49 lit. a VwVG; Art. 104 lit. a OG. SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 10.63, S. 81, hebt hervor, daß die Frage, ob ein Verwaltungsakt im öffentlichen Recht des Bundes begründet ist oder nicht, zu trennen ist von der Frage nach den zulässigen Beschwerderügen.

Die fortschreitende internationale Verflechtung bringt mit sich, daß zunehmend internationale Abkommen<sup>198</sup> und ausländisches Recht berücksichtigt werden müssen<sup>199</sup>.

Die speziellen und komplexen wirtschaftlichen Sachverhalte sowie die weit vorgetriebene spezialisierende Aufgliederung des Wirtschaftsverwaltungsrechts haben zur Folge, daß bei dessen Anwendung häufig zunächst keineswegs klar feststeht, wie weit der Sachverhalt als rechtserheblich zu umreißen ist, und welche Normen den Fall zutreffend erfassen. In wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fällen wird deshalb besonders deutlich spürbar, wie intensiv die Normenanwendung durch die Bestimmung des Sachverhalts und die Sachverhaltsermittlung durch die Auslegung der Normen beeinflußt werden, wobei diese Wechselwirkung simultan erfolgt<sup>200</sup>.

Angesichts der Schwierigkeiten, welche die Eruierung der einschlägigen Vorschriften aus einem umfangreichen Rechtsstoff mit sich bringt, kommt dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen<sup>201</sup> im Wirtschaftsverwaltungsrecht ein hoher Stellenwert zu. Im Verfügungsverfahren<sup>202</sup> geht es darum, den Verfahrensgegenstand erstmals rechtlich korrekt einzuordnen. Ferner ist hier der geeignete Zeitpunkt, in welchem die Verwaltung aufgrund ihrer Rechtskenntnis im speziellen Bereich und im Sinn des Untersuchungsgrundsatzes Unerfahrenen oder Ungerichteten helfen kann<sup>203</sup>. Das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen will ja verhindern, daß den Parteien Rechtsunkenntnis schadet<sup>204</sup>.

Entsprechend hilft es im Anfechtungsverfahren dem Beschwerdeführer, der aus den vielen Erlassen nicht immer von Anfang an die zutreffenden Normen angerufen hat, daß er seinen Rechtsstandpunkt im Verlauf des Verfahrens ändern darf<sup>205</sup>. Im Beschwerdeverfahren ist sodann die Erkenntnis wesentlich, daß die Rechtsanwendung von Amtes wegen nichts daran ändert, daß

<sup>198</sup> Völkerrechtliche Verträge werden dem geschriebenen Bundesrecht zugerechnet, vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 212.

<sup>199</sup> Vgl. zur Anwendung ausländischen Rechts PFEIFER, a.a.O., S. 106 ff.

<sup>200</sup> Vgl. PFEIFER, a.a.O., S. 81, zur gegenseitigen Durchdringung von Sachverhalt und Normenanwendung eingehend S. 79 ff. und 102 ff.

<sup>201</sup> Art. 62 Abs. 4 VwVG; Art. 114 Abs. 1 OG; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 155.

<sup>202</sup> Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt selbstverständlich auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren, vgl. PFEIFER, a.a.O., S. 104.

<sup>203</sup> Vgl. PFEIFER, a.a.O., S. 105.

<sup>204</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 156.

<sup>205</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 155.

der Streitgegenstand im Rahmen der Dispositionsmaxime durch die Anträge der Parteien bestimmt wird<sup>206</sup>. Wegen der Parteidisposition ist es auch gerechtfertigt, daß die Beschwerdeinstanz gemeinhin nicht prüft, ob sich die angefochtene Verfügung unter schlechthin allen in Frage kommenden Aspekten als korrekt erweist, sondern nur die vorgebrachten Beanstandungen untersucht<sup>207</sup>. Diese als Rügeprinzip bezeichnete Beschränkung des Prüfungsumfangs bezieht sich grundsätzlich auch auf die Rüge der Rechtsverletzung, wobei immerhin, was im Wirtschaftsverwaltungsrecht wegen der Verordnungsdichte wesentlich ist, die Gültigkeit der die Verfügung stützenden Norm von Amtes wegen abzuklären ist<sup>208</sup>. Den mehr oder weniger deutlich<sup>209</sup> erhobenen Rügen einer Rechtsverletzung ist aber eingehend und ohne jede Einengung auf die rechtliche Würdigung durch die Partei nachzugehen. Eine der vornehmsten Aufgaben der Beschwerdeinstanzen liegt gerade darin, im Rahmen ihrer rechtlichen Überprüfung die verfassungsmäßigen Gehalte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze einfließen zu lassen. Daß die Rechtsmittelinstanzen in den die verschiedensten Spezialbereiche beschlagenden Fällen jeweils die überdachenden Prinzipien zur Geltung bringen, ist nirgends so sehr wie im Wirtschaftsverwaltungsrecht vonnöten. Hochspezialisierte Verwaltungsabteilungen entwickeln mitunter eine Optik, die allzu einseitig auf bestimmte Gesichtspunkte ihres Fachbereichs ausgerichtet ist. In der freien Wirtschaft bezeichnet man das analoge, auf den einzelnen Betrieb beschränkte Gesichtsfeld mit dem Ausdruck «Betriebsblindheit». Genau gleich wie der Anwalt gegenüber dem von seinem spezifischen Tätigkeitsfeld her oft ganz einseitig ausgerichteten Klienten allgemeinere Proportionen geltend machen muß, besteht eine wichtige Funktion der Beschwerdeinstanzen darin, in ihrer Rechtsprechung die Fachverwaltungen stets wieder an die übergeordneten Rechtsgrundsätze zu binden.

Die Vorteile, die mit dem unbefangenen Gesamtüberblick einer mit vielfältigen Materien befassten Beschwerdeinstanz verbunden sind, dürften im allgemeinen die Sachkunde von Spezialverwaltungsgerichten überwiegen. Dem Praktiker jedenfalls will

<sup>206</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 156.

<sup>207</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 157f.

<sup>208</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 157, 215.

<sup>209</sup> An die Begründungspflicht (Art. 52 Abs. 1 VwVG; Art. 108 Abs. 2 OG) sind hinsichtlich der Rüge der Rechtsverletzung keine strengen Anforderungen zu stellen.

scheinen, daß die Schaffung besonderer Wirtschaftsgerichte<sup>210</sup>, die für die Beurteilung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Streitigkeiten zuständig wären, mindestens ebenso viele Nachteile wie Vorzüge brächte. Insbesondere kann die erforderliche Sachkunde dem Gericht durch Experten vermittelt werden<sup>211</sup>; die Aufnahme von Sachverständigen ins Gericht selber wäre im Wirtschaftsverwaltungsrecht heikel. Die in wirtschaftslenkungsrechtlichen Fragen versierten, in der Wirtschaft tätigen Sachverständigen sind bei unseren kleinräumigen Verhältnissen meist interessensemäßig befangen. Die verschiedenen Interessengruppen würden daher auf eine paritätische Berücksichtigung drängen, was einer Politisierung der Rechtsprechung Vorschub leisten könnte<sup>212</sup>. Der Unternehmer würde daher ein teilweise mit Wirtschaftsleuten besetztes Wirtschaftsverwaltungsgericht nicht ohne weiteres begrüßen; die gemischt zusammengesetzten Handelsgerichte wenden Normen an, die weniger politisch geprägt sind. Es ist auch keineswegs sicher, daß ein Verwaltungsgericht, das aus Juristen und Sachverständigen aus der Wirtschaft besteht, seine Überprüfungszuständigkeit in interventionsrechtlichen Fällen intensiver ausschöpfen würde als es heute das Bundesgericht tut. Die Kreierung eines oder mehrerer Wirtschaftsverwaltungsgerichte würde ferner zusätzliche Kompetenzkonflikte schaffen, welche die materielle Behandlung der Fälle verzögern<sup>213</sup>. Ganz allgemein zeigt die Erfahrung, daß Spezialgerichte und die für einzelne Rechtsbereiche eingesetzten Rekurskommissionen nicht schneller entscheiden als die ordentlichen Gerichte, wenn sie nicht gesetzlich auf ein beschleunigtes Verfahren verpflichtet sind.

Bei der Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege des Bundes von 1968 wurden die Rechtswege vereinfacht und mehrere Rekurskommissionen abgeschafft<sup>214</sup>. Der damals erreichte Gewinn

<sup>210</sup> Zur Frage einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund unter Beizug von Sachverständigen in der Zusammensetzung des Gerichts, wie es in den kantonalen Handelsgerichten geschieht, äußert sich GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 298f.

<sup>211</sup> Art. 12 lit. e VwVG; Art. 113 i.V.m. Art. 95 und 40 OG; Art. 57 ff. BZP.

<sup>212</sup> Daß auch der Richter innerhalb einer Fachgerichtsbarkeit keine eigenständige Politik betreiben darf, streicht TETTINGER, a.a.O., S. 238, heraus.

<sup>213</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 338; WALDER, Die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozeßrechtes von 1930 bis 1980, S. 108.

<sup>214</sup> Vgl. zu einigen bestehenden Rekurskommissionen die Verordnung über verschiedene Rekurskommissionen (VRK) (Eidg. Rekurskommission der AHV für die im Ausland wohnenden Personen, Eidg. Alkoholrekurskommission,



an Übersichtlichkeit sollte nicht leichthin aufs Spiel gesetzt werden; die Mittel, die für die Schaffung neuer Rechtspflegeorgane benötigt würden, sollten eher zur besseren Ausstattung der bestehenden Rechtsmittelinstanzen eingesetzt werden<sup>215</sup>. Ferner ist stets zu erwägen, mit welchen Änderungen des materiellen und des Verfahrensrechts die etablierten Rechtsprechungsorgane entlastet werden können. Die zunehmende Spezialität der materiellen Gesetzesinhalte ruft grundsätzlich keineswegs einer entsprechenden Aufgliederung der Beschwerdeinstanzen, vielmehr kompensatorisch einer vereinheitlichten Rechtsprechung, die dahin wirkt, daß in den vielen verschiedenen Sonderbereichen nicht vor lauter Fachkunde die allen Rechtsgebieten gemeinsamen, elementaren Grundsätze zu kurz kommen. Beschwerdeinstanzen mit einem weiten Zuständigkeitsbereich pflegen auch unbefangener an eine Spezialmaterie heranzutreten als eine Rekursbehörde, die nur in einem abgegrenzten Gebiet Recht spricht. Da die generell zuständige Beschwerdeinstanz mit der jeweils in Frage stehenden besonderen Materie nicht im gleichen Maß vertraut ist, wie es eine speziell hiefür eingesetzte Rekurskommission wäre, dringt sie, um den Überblick zu gewinnen, richtigerweise von oben nach unten in die anwendbaren Bestimmungen vor: Sie arbeitet insbesondere die Grundlinien des einschlägigen Gesetzes heraus, bevor sie sich mit den Detailvorschriften der Verordnung auseinandersetzt. Dieses Vorgehen ist im Wirtschaftsverwaltungsrecht sehr wichtig, neigt doch die spezialisierte Verwaltung immer wieder dazu, das Gesetz nach der Verordnung auszulegen statt umgekehrt. Desgleichen wird die ordentliche Beschwerdeinstanz eher als eine Spezialrekurskommission auf die verfassungskonforme Auslegung<sup>216</sup> dringen.

#### 2.4.2. Unterschiedlicher Bestimmtheitsgrad der Normen und Ermessen

##### 2.4.2.1. Große Spannweite

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht weist hinsichtlich der Präzision der Normen eine außerordentlich große Spannweite auf. Sie

Eidg. Getreiderekurskommission, Eidg. Zollrekurskommission) vom 3.9.1975 (SR 831.161); ferner BAER, Die Spezialrekurskommissionen des Bundes auf den Gebieten der Qualitätskontrolle der Uhren und der Käsevermarktung.

<sup>215</sup> Vgl. S. 479 f.

<sup>216</sup> Vgl. zu diesem Auslegungsgrundsatz J. P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 67 ff.

reicht von genauestens spezifizierten Warenlisten über unbestimmte Gesetzesbegriffe, deren Sinn mit den gewöhnlichen Auslegungsmethoden ermittelt werden kann<sup>217</sup>, bis zu solchen unbestimmten Gesetzesbegriffen, denen die Tatbestandsbestimmtheit in einem Maße abgeht, daß es der Rechtsergänzung bedarf, um ihre Bedeutung festzustellen<sup>218</sup>. Dazu kommen die Normen, welche der Verwaltung einen mehr oder weniger weiten Ermessensspielraum einräumen<sup>219</sup>.

Nicht nur ist im Wirtschaftsverwaltungsrecht diese Spannweite besonders groß, sondern die im Tatbestand unpräzisen Bestimmungen und diejenigen, welche den Verwaltungsbehörden eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zugestehen oder ihr ein Ermessen einräumen, sind hier zudem sehr gewichtig. Dies ist insbesondere im wirtschaftspolitischen Bereich weitgehend unvermeidlich, wenn die Rechtssetzung und die Rechtsanwendung in der Lage sein sollen, beweglich und adäquat auf die steten Änderungen der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse zu reagieren<sup>220</sup>. Die Natur der zu regelnden Frage verlangt hier weitgefaßte Normen; eine größere Präzision würde verhindern, daß die erst bei der Konkretisierung mögliche Wahl sachgerecht getroffen werden kann<sup>221</sup>.

Die gleichen Gründe der Beweglichkeit, der Anpassungsfähigkeit und der qualifizierten Sachkunde der rechtsanwendenden Behörden, die im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufig offene Normen bedingen, erklären auch die verbreitete Delegation der Rechtssetzungsbefugnis nicht nur an den Bundesrat<sup>222</sup> und die Departemente<sup>223</sup>, sondern bis hinunter an die dem Sachverhalt besonders nahen Bundesämter<sup>224</sup> und die privaten Organisationen, die mit der Durchführung wirtschaftspolitischer Aufgaben betraut sind<sup>225</sup>.

<sup>217</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 224.

<sup>218</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 225; DERS., Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 149.

<sup>219</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 226 ff.

<sup>220</sup> Vgl. SCHÜRMANN, a.a.O., S. 106; GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 149.

<sup>221</sup> Vgl. DUBS, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Normen, S. 239, 241.

<sup>222</sup> Eventuell unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Bundesversammlung, vgl. BGE 106 Ib 186, 104 Ib 419 ff.

<sup>223</sup> Umkehrschluß aus Art. 7 Abs. 5 Verwaltungsorganisationsgesetz (VwOG) (SR 172.010); vgl. RHINOW, Preisaufsicht des Bundes bei Arzneimitteln, S. 38.

<sup>224</sup> Art. 7 Abs. 5 VwOG (SR 172.010).

<sup>225</sup> Vgl. z.B. Art. 120 Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1); IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 63 B V, II, Nr. 157; GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 149 f.

Diese Gegebenheiten werden im Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht zuletzt auch wegen der zu berücksichtigenden weltwirtschaftlichen Einflüsse fortbestehen<sup>226</sup> und sind daher ohne unnütze Klagen hinzunehmen; die Anstrengungen müssen danach trachten, rechtsstaatliche Gegengewichte zu schaffen.

#### 2.4.2.2. Unbestimmte Gesetzesbegriffe

Diejenigen unbestimmten Gesetzesbegriffe, deren Sinn sich mit den gewöhnlichen Auslegungsmethoden, ohne erforderliche Rechtsergänzung, verdeutlichen läßt, stellen den Beschwerdeinstanzen die ihnen vertrauten Interpretationsprobleme<sup>227</sup>. Hier ist vor allem wichtig, daß der rechtsstaatliche Gewinn, den die Herausarbeitung der Erscheinung des Beurteilungsspielraums brachte, nämlich die Ausdehnung der Rechtskontrolle unter entsprechender Einschränkung des Ermessensbereichs<sup>228</sup>, nicht wiederum aufs Spiel gesetzt wird, indem die Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs durch die Verwaltung regelmäßig nur auf die Vertretbarkeit dieser Auslegung hin überprüft würde. Der verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanz jedenfalls kann schwerlich zugebilligt werden, daß sie ihre Kognition einschränken darf, wenn die Vorinstanz besonders sachkundig ist<sup>229</sup>. Das Verwaltungsgericht sodann darf nicht leichthin annehmen, es sei weniger gut als die Verwaltung in der Lage, einen unbestimmten Gesetzesbegriff richtig auszulegen, zumal es ja erforderlichenfalls Sachverständige beiziehen kann<sup>230</sup>. Als Ausgangspunkt muß immer wieder betont werden, daß der Gesetzgeber, als er 1968 die allgemeine verwaltungsgerichtliche Überprüfungszuständigkeit (Generalklausel)<sup>231</sup> einführte, selber abschließend<sup>232</sup> bestimmte, welche Bundesverwaltungsrechtssachen wegen ihrer fehlenden Eignung zur gerichtlichen Kontrolle oder wegen des für sie ausschlaggebenden Verwaltungsermessens davon ausgenommen sein sollten<sup>233</sup>. In den der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellten Materien hat demnach die richterliche Überprüfung

<sup>226</sup> Vgl. SCHÜRMANN, a.a.O., S. 106; GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 295.

<sup>227</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 224.

<sup>228</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 222.

<sup>229</sup> Vgl. RHINOW, Preisaufsicht bei Arzneimitteln, S. 61.

<sup>230</sup> Art. 113 i.V.m. Art. 95 und 40 OG sowie Art. 57 ff. BZP.

<sup>231</sup> Art. 97 OG.

<sup>232</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 17.

<sup>233</sup> Art. 99–102 OG; vgl. dazu GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 80 ff.

im gesetzlich vorgesehenen Umfang<sup>234</sup> Platz zu greifen, und zwar wirksam.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet der Rechtspflege diejenige Gruppe von unbestimmten Gesetzbegriffen, deren Sinn sich mit den anerkannten Auslegungsmethoden allein nicht feststellen läßt, die hiezuvielmehr der Rechtsergänzung bedürfen. In wirtschaftspolitischen Erlassen sind Begriffe, deren Tatbestandsbestimmtheit so gering ist, daß die von ihnen erfaßten Sachverhalte nicht abgeschätzt werden können, häufig. Auch hinsichtlich dieser wirklich unbestimmten Gesetzesbegriffe ist zunächst festzuhalten, daß ihre Verdeutlichung Rechtsfrage und daher bundesgerichtlicher Rechtskontrolle zugänglich ist<sup>235</sup>. Das Bundesgericht trägt jedoch der Verantwortung der Verwaltung für die Erreichung der gesetzlichen Ziele Rechnung und berücksichtigt die bei den Vorinstanzen gespeicherte Fachkunde gebührend.

So gesteht das Bundesgericht der Verwaltung einen erheblichen Beurteilungsspielraum zu, wenn sie die arbeitsgesetzliche Bestimmung anwendet, wonach Betrieben eine Verschiebung der Grenzen der Tagesarbeit bewilligt werden kann, sofern ein Bedürfnis nachgewiesen ist<sup>236</sup>. Die Beurteilung der Bedürfnisfrage erfordert in jedem Fall eine Interessenabwägung, bei welcher die örtlichen Verhältnisse eine wesentliche Rolle spielen; diese lokalen Gegebenheiten richtig zu würdigen, ist vor allem Aufgabe der zuständigen Verwaltung<sup>237</sup>.

Bei der grundsätzlich frei zu überprüfenden Rechtsfrage, ob die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Eidgenössischen Bankenkommision gegen eine Bank gegeben sind, legt sich das Bundesgericht Zurückhaltung auf, wenn ausgesprochene Fachfragen zu beurteilen sind, die von der Bankenkommision zufolge ihrer Zusammensetzung aus Sachverständigen besser beantwortet werden können als vom Bundesgericht. Insofern ist der Bankenkommision ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Behandlung des Einzelfalls zuzugestehen<sup>238</sup>.

Die mit dem Vollzug der Verordnung über einen Zollzuschlag auf Einführen von Rotwein in Flaschen<sup>239</sup> betraute Verwaltungsstelle hat im Einzelfall darüber zu befinden, wie die für Härtefälle gebildete Reserve auf Importeure, für welche die Wahl der

<sup>234</sup> Art. 104, 105 OG.

<sup>235</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 225.

<sup>236</sup> Art. 10 Abs. 2 Arbeitsgesetz (SR 822.11).

<sup>237</sup> BGE 106 Ib 120.

<sup>238</sup> BGE 105 Ib 408, 103 Ib 354.

<sup>239</sup> Vom 4. 10. 1976 (AS 1976, 2035).

Bemessungsperiode zu einer Härte führt, zu verteilen ist. Das Bundesgericht kann die Anwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffs des Härtefalls frei überprüfen, doch tut es dies zurückhaltend, weil der Verwaltung ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist, soweit vorwiegend technische Fragen der Zweckmäßigkeit zu lösen sind<sup>240</sup>. Insbesondere würde es die Festsetzung der Gesamtreserve nur beanstanden, wenn die getroffene Lösung, die durch Zukunftsprognosen mitbestimmt ist, schlechterdings unhaltbar wäre<sup>241</sup>.

Als Schätzungen für die Zukunft betreffen Zukunftsprognosen den Sachverhalt, den das Bundesgericht frei überprüfen kann, wenn nicht eine Rekurskommission oder ein kantonales Gericht als Vorinstanz entschieden hat<sup>242</sup>. Betrifft jedoch die Schätzung in die Zukunft ein Spezialgebiet, auf dem die zuständige Verwaltungsbehörde über große Erfahrung verfügt, kontrolliert das Bundesgericht lediglich, ob die möglichen und zumutbaren Abklärungen getroffen wurden, und ob die angestellte Schätzung den Beurteilungsfaktoren in vernünftiger Weise Rechnung trägt<sup>243</sup>.

Da Zukunftsprognosen sowohl für die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe als auch für die Ermessenshandhabung erforderlich sein können, ist der Ausdruck «prospektives Ermessen» verwirrt. Dass eine Prognose zukünftiger Tatsachen schwieriger zu beweisen und nachzuprüfen ist als eine gegenwärtige Tatsache, ändert nichts daran, daß sie dem Sachverhalt zuzurechnen ist<sup>244</sup>. Der Ausdruck «prospektives Ermessen» bringt die Gefahr mit sich, daß die einzelnen Überprüfungszuständigkeiten hinsichtlich des Sachverhalts, der Rechtsverletzung und der Ermessenshandhabung untereinander vermengt werden. Aufgrund dieser Unterteilung bestimmt der Gesetzgeber den zulässigen Prüfungsrahmen<sup>245</sup>. Zudem ist sie wichtig für das methodisch richtige Vorgehen, auch wenn sich Sachverhaltsermittlung, Rechtsanwendung und Ermessensbetätigung wechselseitig durchdringen. Von der Natur der vorauszusehenden Tatsachen

<sup>240</sup> BGE 104 Ib 112f.

<sup>241</sup> BGE 104 Ib 113f.

<sup>242</sup> Art. 104 lit. b, Art. 105 Abs. 2 OG. Der von einer Rekurskommission oder einem kantonalen Gericht angenommene Sachverhalt bindet das Bundesgericht nicht, wenn er offensichtlich unrichtig oder unvollständig ist oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt wurde.

<sup>243</sup> BGE 98 Ib 32.

<sup>244</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 200f.

<sup>245</sup> Art. 49 VwVG; Art. 104, 105 OG.



hängt ab, wie weit sich folgerichtige Schlüsse aus vergangenen und gegenwärtigen Tatsachen ziehen lassen, und wie viele Wertungen in die Schätzung für die Zukunft einfließen. Die einem wirksamen Rechtsschutz drohende Gefahr liegt nun darin, daß allein aus dem Prognosecharakter einer Entscheidung auf einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum der Verwaltung geschlossen wird. Damit würde das rechtsstaatliche Prinzip auf den Kopf gestellt. Soll der Rechtsschutz nicht unterminiert werden, darf der Verwaltungsrichter der Verwaltung nicht jedesmal einen Entscheidungsspielraum zugestehen, wenn sie einen solchen unter Berufung auf das prognostische Element der Entscheidung beansprucht. Vielmehr ist jeweils aufgrund der einschlägigen Normen sorgfältig abzuklären, ob und in welchen Grenzen der Verwaltung ein Einschätzungsspielraum konzidiert werden kann<sup>246</sup>.

In gleicher Weise, wie das Bundesgericht der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum zugesteht, wenn sie im Zusammenhang mit der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe Zukunftsprognosen anstellen muß, übt es bei seiner Überprüfung Zurückhaltung, wo die Verwaltung bei der Anwendung solcher Begriffe technische Fragen aufgrund von Zweckmäßigkeitsüberlegungen zu lösen hat<sup>247</sup>.

Der Terminus des «technischen Ermessens», der hier unter Hinweis auf die nur ausnahmsweise zu überprüfenden Ermessensfragen<sup>248</sup> auftaucht, darf jedoch nicht schematisch auf alle komplizierten technischen Sachverhalte übertragen werden. Von technischem Ermessen wird zutreffend dort gesprochen, wo die Verwaltung unter verschiedenen rechtlich zulässigen technischen Lösungen auswählen muß. Erfolgt diese Auswahl im Zusammenhang mit der Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs, wird der Verwaltungsrichter der vorgeschalteten Verwaltungsbehörde einen – rechtlich abgesteckten – Ermessensspielraum zugestehen, innerhalb dessen sie die technische Lösung nach Zweckmäßigkeitsgründen treffen kann<sup>249</sup>. Andererseits gibt es Fälle, in denen der Sachverhalt im höchsten Maß technisch geprägt ist, indessen keine unterschiedlichen technischen Lösungen zur Diskussion stehen; hier anerkennt der Verwaltungsrichter unter Umständen ebenfalls, daß die Verwaltung bei der Anwendung des einschlägigen unbestimmten Gesetzesbegriffs über

<sup>246</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 436 ff., 455 f.

<sup>247</sup> BGE 99 Ib 79.

<sup>248</sup> Art. 104 lit. c OG.

<sup>249</sup> BGE 99 Ib 79.

einen Beurteilungsspielraum verfügt, jedoch nicht wegen sich stellender technischer Ermessensfragen, sondern deswegen, weil die Verwaltung auf dem betreffenden technischen Spezialgebiet über eine große Fachkunde verfügt.

Aus welchem der verschiedenen Gründe auch der Verwaltung ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zugestanden wird, läßt der Verwaltungsrichter seine Zurückhaltung fallen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der rechtserhebliche Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt worden ist<sup>250</sup>. Diese Voraussetzung eines korrekt erhobenen Sachverhalts scheint selbstverständlich; sie kann jedoch nicht genug herausgestrichen werden, da der Jurist dazu neigt, eher die kniffligsten Auslegungsprobleme anzupacken als den Sachverhalt zu durchdringen<sup>251</sup>.

Im Interesse eines möglichst wirksamen Rechtsschutzes ist ferner wichtig, daß die Beschwerdeinstanz nicht vorschnell Standardformeln anruft, sondern in jedem Fall genau begründet, weshalb und inwieweit sie es für gerechtfertigt hält, bei ihrer Überprüfung der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe Zurückhaltung zu üben. Jede solche Zurückhaltung bedarf der qualifizierten Begründung, liegt doch in der zu Unrecht vorgenommenen Kognitionsbeschränkung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs<sup>252</sup>.

Die grundsätzliche Haltung, mit welcher die Beschwerdeinstanzen an die Lösung der Kognitionsfragen herantreten, beeinflußt die Qualität der Verwaltungsrechtspflege ganz wesentlich. Im Wirtschaftsverwaltungsrecht ist die Gefahr, daß die Beschwerdeinstanzen ihre Kontrollbefugnisse allzu zurückhaltend wahrnehmen, besonders groß: Die komplexen Sachverhalte, der politische Einschlag der anstehenden Fragen und Regelungen, die Spezialität der verschiedenen Rechtsgebiete und die vielen weitgefaßten Normen wirken eher abschreckend. Dem Rechtssuchenden sollte die Beschreitung des gesetzlich eröffneten Rechtswegs jedoch nicht nur eintragen, daß er bestätigt erhält, die Verwaltung verfüge nach dem Willen des Gesetzgebers über einen weiten Ermessensspielraum in der Rechtssetzung, und kraft ihrer primären Verantwortung und Fachkunde sowie wegen der sich stellenden Ermessensfragen stünden ihr entsprechende Beurteilungs- und Ermessensspielräume in der Rechtsanwendung und

<sup>250</sup> Art. 104 lit. b OG; BGE 99 Ib 79f., 98 Ib 217 Erw. 2c.

<sup>251</sup> Vgl. S. 465f. hiavor.

<sup>252</sup> BGE 104 Ib 418, 101 Ia 57 Erw. 8.

Ermessenshandhabung zu. Hinsichtlich der Zuerkennung von Beurteilungsprärogativen an die Verwaltung ist deshalb auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht davon auszugehen, daß gesetzliche Formeln im Regelfall darauf angelegt sind, die in den Verfahrensgesetzen vorgesehene Kontrolle vollständig Platz greifen zu lassen<sup>253</sup>.

Die Beachtung dieser Grundregel ist für den Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht entscheidend. Eine wirksame Überprüfung der angefochtenen Verfügungen ist nur gewährleistet, wenn die Beschwerdeinstanzen zupacken, ihre Kognition also voll auszuschöpfen trachten. Dies bedingt, daß komplizierte Sachverhalte und wirtschaftspolitisch dornenvolle Regelungsgebiete für die Rechtsprechungsorgane keinen Anlaß abgeben, lediglich eine Evidenzkontrolle vorzunehmen, sondern sie gegenstands dazu anspornen, die Bildung justizfreier Räume zu verhindern.

Für eine vermehrte rechtliche Durchdringung des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf dem Wege der Rechtsprechung ist vor allem erforderlich, daß sich die Rechtsmittelinstanzen bei ihrer Überprüfung nie allein deswegen Zurückhaltung auferlegen, weil ein komplexer Sachverhalt zu beurteilen ist und die anzuwendenden Normen weitgefaßt sind oder ein ausgesprochenes Spezialgebiet beschlagen; eine beschränkte Überprüfung ist vielmehr immer erst dann zulässig, wenn die Auslegung der beizuziehenden Normen überdies ergibt, daß und in welchem Rahmen die Verwaltung über einen Entscheidungsspielraum verfügt. Dies folgt ohne weiteres aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip, nach welchem es einer Rechtsmittelinstanz keineswegs freisteht, ob sie ihre Kognition ausschöpfen will oder nicht; die Überprüfungszuständigkeit muß zwingend in dem im Verfahrensgesetz vorgeschriebenen Umfang wahrgenommen werden. Dieser vollen Ausschöpfung der Kognition steht nicht entgegen, einen der Verwaltung aufgrund des anwendbaren Rechts zustehenden Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zu respektieren. Dagegen kommt für den wirksamen Rechtsschutz alles darauf an, daß die Rechtsmittelinstanz die einschlägigen Bestimmungen tendenziell so auslegt, daß ihre Anwendung im Anfechtungsverfahren möglichst weitgehend überprüft werden kann. Der verfassungskonformen Auslegung<sup>254</sup> kommt diesbezüglich größte Bedeutung zu, ver-

<sup>253</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 462.

<sup>254</sup> Vgl. J. P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 67 ff.

langt sie doch, daß gerade bei der Anwendung offener Normen die verfassungsmäßigen Gehalte zur Geltung gebracht werden. Bei der Abklärung der Frage, ob und inwieweit der Verwaltung in einem bestimmten Normenbereich eine Beurteilungsprärogative zuzugestehen sei, ist demnach weniger herauszustreichen, daß der Gesetzgeber, indem er die fraglichen Normen weit faßte, der Verwaltung einen erheblichen Spielraum zubilligen wollte, als zu betonen, daß der Gesetzgeber beim Erlaß offener Normen davon ausgehe, der geringe Bestimmtheitsgrad dieser Bestimmungen werde in der Rechtsanwendung durch eine differenzierte Beachtung der verfassungsmäßigen Grundsätze kompensiert. Diese Grundhaltung fördert zugriffigere Interpretationsbemühungen, welche schrittweise den Bedeutungsgehalt weitgefaßter Normen zu klären vermögen und durch kasuistische Erarbeitung von Fallgruppen die Rechtssicherheit verstärken<sup>255</sup>. Die Erfahrung hat gezeigt, daß öfters die zunächst in der Rechtsprechung zu unbestimmten Gesetzesbegriffen herausgebildeten Fallgruppen später in das Gesetz aufgenommen wurden<sup>256</sup>.

Die verfassungskonforme Auslegung kann auch Richtpunkte dafür abgeben, wie die im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufigen Zielkonflikte richtig zu lösen sind; die teleologische Interpretationsmethode steht ja im stark politisch geprägten Wirtschaftsverwaltungsrecht im Vordergrund<sup>257</sup>. Angesichts der weit vorgetriebenen Spezialität wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Bestimmungen muß zudem für die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe in diesem Bereich immer auch deren Stellung im ganzen normativen Umfeld herausgearbeitet werden; die punktuelle Betrachtung einzelner Vorschriften kann leicht falsche Ergebnisse zeitigen.

Ungeachtet der spezifischen Eigenheiten des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist dieses nach den anerkannten Interpretationsmethoden auszulegen<sup>258</sup>. Auch hinsichtlich der Rechtsanwendung ist die Vorstellung, das Wirtschaftsverwaltungsrecht bilde einen abgesonderten Bereich, zu dessen Bewältigung ein ganz spezielles Handwerkszeug vonnöten sei, strikte abzulehnen; gegenteils sind die Einheit der Rechtsordnung und das Gemeinsame der in den verschiedenen Gebieten angebrachten juristischen Arbeitsweise hervorzuheben. Nach gesicherten juristi-

<sup>255</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 387.

<sup>256</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 226.

<sup>257</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 384, 392.

<sup>258</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 179; zur mißverständlichen Formel der «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» auch S. 181.



schen Methoden ist insbesondere auch zu ermitteln, wie weit wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse bei der Auslegung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Normen verwertet werden können<sup>259</sup>.

Die Erkenntnis, daß das Recht weitgehend erst bei der Anwendung im Einzelfall deutliche Konturen erhält, trifft in höchstem Masse hinsichtlich der im Wirtschaftsverwaltungsrecht verbreiteten weitgefaßten Normen zu. Umso entscheidender sind die organisations- und verfahrensrechtlichen Erfordernisse, die beim Erlaß von Verfügungen beachtet werden müssen<sup>260</sup>. Je offener die Normen sind, auf welche sich eine Verfügung stützt, je eingehender sollen daher die Rechtsmittelinstanzen nachprüfen, ob sich die Verfügung auch unter den maßgeblichen organisations- und verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten als hieb- und stichfest erweist. Es besteht umso mehr Anlaß, genau zu untersuchen, ob eine Verfügung unter diesen Aspekten korrekt zustande gekommen ist, als sich die Beschwerdeinstanzen im Wirtschaftsverwaltungsrecht gerne auf die besondere Fachkunde der Vorinstanzen und der von diesen beigezogenen Expertenkommissionen zu berufen pflegen. Sorgfältig ist darauf zu achten, daß einer Expertenkommission nur hinsichtlich derjenigen Fragen eine besondere Fachkunde zugebilligt wird, für deren Beantwortung sie nach dem ihr erteilten Auftrag zuständig und nach ihrer Zusammensetzung fachlich kompetent ist<sup>261</sup>.

Dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs mit allen seinen Teilgehalten muß im Wirtschaftsverwaltungsrecht energisch Nachachtung verschafft werden, da dieser Rechtsbereich stark Interessenverflochten ist, ja die Normen teilweise sogar durch private Organisationen angewendet werden, die mit eigenen Betrieben am Markt teilnehmen<sup>262</sup>.

<sup>259</sup> TETTINGER, a.a.O., S.148 ff.; vgl. auch GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.158.

<sup>260</sup> Vgl. J.P.MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S.34; TETTINGER, a.a.O., S.457 f.; ferner GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.189 zur Garantie durch Verfahren und zur Fairneß der für die sozialen Gegenspieler geltenden Kampfregeln im Bereich der Arbeitsmarktordnung.

<sup>261</sup> Vgl. das instruktive Beispiel bei RHINOW, Die Preisaufsicht des Bundes bei Arzneimitteln, S.60 ff.: Hinsichtlich der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Arzneimitteln kann die Arzneimittelkommission nicht als Expertenkommission betrachtet werden. Die vom Eidg. Departement des Innern als Beschwerdeinstanz praktizierte Beschränkung der Kognition ist deshalb bezüglich dieses Kriteriums nicht zulässig.

<sup>262</sup> Die Sektionen des Zentralverbandes Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM) sind mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in der Milchwirtschaft betraut und führen potente eigene Verbandsmolkereien.



### 2.4.2.3. Ermessen

Das Verwaltungsermessen soll der Verwaltung ermöglichen, im Einzelfall die den Umständen angemessene und zweckmäßige Lösung zu treffen<sup>263</sup>. Die Verwaltungsbehörden dürfen das ihnen eingeräumte Ermessen nicht beliebig handhaben; im Rechtsstaat müssen sie die Ermessenskompetenz pflichtgemäß, grundsatzgebunden und rechtsfehlerfrei ausüben<sup>264</sup>.

Für den Rechtsschutz ist zunächst bedeutsam, daß es eine Rechtsfrage ist, ob und in welchem Umfang der Verwaltung ein Ermessen zusteht<sup>265</sup>. Sodann erfassen die unzulänglichen, aber eingebürgerten Begriffe «Ermessensüberschreitung» und «Ermessensmißbrauch» nicht nur krasse Rechtsverletzungen beim Ermessensgebrauch, sondern sämtliche dabei festgestellten Rechtsfehler<sup>266</sup>.

Ob eine Verfügung, die keine Rechtsgrundsätze der Ermessensausübung verletzt, angemessen oder unangemessen ist, haben die verwaltungsbehördlichen Beschwerdeinstanzen regelmäßig zu überprüfen, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat<sup>267</sup>, während das Bundesgericht die Angemessenheit nur in einzelnen Fällen kontrolliert<sup>268</sup>. Der Gesetzgeber hat ferner Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, die vom Verwaltungsermessen abhängen, von der sachlichen Zuständigkeit des Bundesgerichts ausgenommen. Darunter befinden sich wirtschaftsverwaltungsrechtlich bedeutsame Sachverhalte<sup>269</sup>.

So wenig wie die Kognitionsbeschränkung bei der Überprüfung der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe angeht<sup>270</sup>, so wenig ist sie bei der Kontrolle der Ermessenshandhabung zulässig. Dagegen kann die Auslegung der anwendbaren Normen ergeben, daß die Angemessenheit einer Lösung primär durch ein hiezu speziell geeignetes Organ, etwa eine ausgewogen zusammengesetzte Fachkommission, erarbeitet werden soll. Eine der-

<sup>263</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 228.

<sup>264</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 228; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 1.3, S. 14 f.

<sup>265</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 221.

<sup>266</sup> Art. 49 lit. a VwVG; Art. 104 lit. a OG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 227, 229 f.

<sup>267</sup> Art. 49 lit. c VwVG.

<sup>268</sup> Art. 104 lit. c OG.

<sup>269</sup> Vgl. Art. 99 lit. d, g und h, Art. 100 lit. b OG; dazu GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 83 f.

<sup>270</sup> Vgl. S. 521 f. hiervor.

weise gesetzlich gewollte Ermessensprärogative zu respektieren, bedeutet keine Beschränkung der Überprüfungszuständigkeit, sondern ihre sachgemäße Wahrnehmung. Im Interesse eines vollen und durchgängigen Rechtsschutzes ist indessen das einschlägige Recht tendenziell so auszulegen, daß nach ihm davon auszugehen ist, die Beschwerdeinstanzen seien gleich gut wie die Vorinstanzen in der Lage, die Angemessenheit der Verfügungen zu überprüfen. Ohne qualifizierte, durch Auslegung der anzuwendenden Normen erhärtete Begründung darf sich die Beschwerdeinstanz bei der Kontrolle der Angemessenheit der angefochtenen Verfügung keine Zurückhaltung auferlegen<sup>271</sup>.

Die Forderung, daß die Angemessenheit einer Verfügung umso sorgfältiger begründet werden muß, je größer der Ermessensspielraum der verfügenden Behörde ist<sup>272</sup>, hilft wirksam, sachgerechte Ermessensausübung zu gewährleisten. Anhand der Begründung läßt sich nachprüfen, ob eine Abwägung stattgefunden hat, und ob alle relevanten Gesichtspunkte einbezogen und objektiv gewichtet wurden<sup>273</sup>.

Die Rüge der (gewöhnlichen) Unangemessenheit einer rechtsfehlerfreien Verfügung hilft dem Beschwerdeführer erfahrungsgemäß wenig und spielt deshalb in den Anfechtungsverfahren eine untergeordnete Rolle. Umso begrüßenswerter ist die zunehmende Verrechtlichung der Ermessensausübung.

Grundlegend ist einmal der Appell, die rechtsanwendenden Behörden sollten die verwaltungsrechtlichen Ermessensspielräume zum Anlaß nehmen, unmittelbar verfassungsmäßige Prinzipien zu verwirklichen<sup>274</sup>.

Der praktisch wichtigste Rechtsfehler bei der Ermessensausübung ist der Verstoß gegen den Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Pflicht der Behörden, ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten, ist deshalb in der Bundesrepublik Deutschland im Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>275</sup> und in der Verwaltungsgerichtsordnung<sup>276</sup> ausdrücklich festgehalten.

<sup>271</sup> Zur zurückhaltenden Ermessungsüberprüfung durch den Bundesrat GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.231; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S.194.

<sup>272</sup> Vgl. SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff.17.22, S.145.

<sup>273</sup> TETTINGER, a.a.O., S.484.

<sup>274</sup> Vgl. J.P.MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S.78.

<sup>275</sup> § 40 VwVfG.

<sup>276</sup> § 114 VwGO.

Unter den weiteren Rechtsfehlern, die unter dem Begriff des Ermessensmißbrauchs erfaßt werden<sup>277</sup>, seien hier lediglich zwei erwähnt, denen im Wirtschaftsverwaltungsrecht besonders aufmerksam nachzugehen ist.

Eine unkohärente, stets wechselnde Ermessensausübung entzieht dem Unternehmer nicht nur die Grundlage, auf welcher er den Entscheid der Verwaltung abschätzt und entsprechend disponiert, sondern sie schafft auch stoßende Wettbewerbsverzerrungen. Die Einheitlichkeit und Voraussehbarkeit der Verwaltungspraxis kann durch den Erlaß von ermessensbindenden, womöglich veröffentlichten Verwaltungsverordnungen gewährleistet werden; sie dürfen nur nicht so einengend abgefaßt sein, daß der zuständigen Verwaltungsbehörde keine Möglichkeit mehr bleibt, bei der Ermessensausübung den konkreten Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen<sup>278</sup>. Die Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns wird auch durch die Publikation der getroffenen Ermessensentscheide erleichtert, verengt doch eine sich allmählich festigende Verwaltungspraxis den Ermessensspielraum<sup>279</sup>.

Da in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fällen häufig starke Interessen manifest werden, ist organisationsrechtlich auf größte Transparenz zu achten und nachdrücklich auf der korrekten Verfahrensabwicklung zu bestehen, welche die beste Gewähr sowohl für eine umfassende und objektive Sachverhaltsermittlung als auch für eine unvoreingenommene Ermessensbetätigung bietet.

#### 2.4.2.4. Zum Ermessensspielraum des Verordnunggebers

Im Zusammenhang mit der Delegation der Rechtssetzungsbefugnis und der Normenkontrolle wurde schon darauf hingewiesen, daß das Wirtschaftsverwaltungsrecht zu einem wesentlichen Teil in gesetzesvertretenden Verordnungen enthalten ist, deren Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit das Bundesgericht vorfrageweise nur sehr zurückhaltend überprüft<sup>280</sup>. Im Anschluß an die Ausführungen zur Überprüfung der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und zur Kontrolle der Ermessensausübung ist nun das Problem noch einmal aufzugreifen. Es darf nicht überse-

<sup>277</sup> Art. 49 lit. a VwVG; Art. 104 lit. a OG; vgl. die Aufgliederung bei GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 230.

<sup>278</sup> TETTINGER, a.a.O., S. 468; vgl. auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 230.

<sup>279</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 480.

<sup>280</sup> S. 502 ff, 506 ff. hiervor.

hen werden, daß das Ausmaß, in welchem die Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verordnungen bei der konkreten Normenkontrolle untersucht wird, für den Rechtsschutz in diesem Bereich, jedenfalls wenn die wirtschaftspolitische Komponente stark ausgeprägt ist, bedeutsamer ist als die Auslegung der als gültig erachteten Verordnungsbestimmung<sup>281</sup>.

Die Schwierigkeit entsteht dadurch, daß der Gesetzgeber häufig sowohl den verfolgten Zweck sehr weit umschreibt als auch die bei der Verordnunggebung zu berücksichtigenden Kriterien nur vage formuliert. So haben etwa die Preiszuschläge auf eingeführten Speisefetten und Speiseölen den Zweck, eine geordnete Versorgung des Landes mit Milch und Milchprodukten zu sichern und den Absatz von Milch zu Preisen, die nach den Grundsätzen des Gesetzes angemessen sind, zu fördern<sup>282</sup>. Der Bundesrat hat bei der Festsetzung dieser Preiszuschläge in Betracht zu ziehen<sup>283</sup>:

- die Interessen der Gesamtwirtschaft (Art. 26 Abs. 1 Landwirtschaftsgesetz);
- die Entwicklung der Weltmarktpreise der belasteten Waren (Art. 30 Abs. 2 Milchbeschluß<sup>284</sup>);
- die Preis- und Absatzverhältnisse bei inländischen Milchprodukten und Speisefettstoffen (Art. 30 Abs. 2 Milchbeschluß);
- die Lebenshaltungskosten (Art. 30 Abs. 2 Milchbeschluß).

Wie schon ausgeführt, leitet das Bundesgericht in solchen Fällen aus der weiten Zweckumschreibung und den vagen Kriterien ab, der Bundesgesetzgeber habe dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum zugestanden, was der Verwaltungsrichter gemäß Bundesverfassung<sup>285</sup> zu respektieren habe. Das Bundesgericht dürfe deshalb nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und insbesondere nicht über die Zweckmäßigkeit der Verordnung befinden<sup>286</sup>. Es schreitet deshalb nur ein, wenn die umstrittene Verordnungsbestimmung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Schließlich erachtet das Bundesge-

<sup>281</sup> Vgl. GYGI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, ZbJV 116 (1980), S. 172.

<sup>282</sup> Art. 26 Abs. 1 lit. b Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1).

<sup>283</sup> BGE 104 Ib 425.

<sup>284</sup> SR 916.350.

<sup>285</sup> Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV.

<sup>286</sup> BGE 104 Ib 425, vgl. auch BGE 104 Ib 209f.

richt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angesichts des dem Bundesrat zustehenden großen Ermessensspielraums als nur sehr beschränkt tauglich für die Überprüfung bundesrätlicher Verordnungen<sup>287</sup>. In gleicher Weise, wie bei der Erörterung der unbestimmten Gesetzesbegriffe und der die Ermessensausübung bindenden Rechtsgrundsätze gefordert wurde, daß die Rechtsmittelinstanzen ihre Überprüfungszuständigkeiten stets voll ausschöpfen und dabei nur dann Prärogativen der Verwaltung anerkennen, wenn solche den anzuwendenden Normen auch bei rechtsschutzfreundlicher Auslegung zu entnehmen sind, ist hinsichtlich der konkreten Normenkontrolle auf eine zugriffige Grundposition zu drängen.

Wiederum ist davon auszugehen, daß das Organisationsgesetz auch in eminent wirtschaftspolitischen Angelegenheiten, für welche die sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichts gegeben ist, keine Kognitionsbeschränkung vorsieht<sup>288</sup>. Was den großen Ermessensspielraum<sup>289</sup> anbelangt, der dem Bundesrat im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufig zusteht, ist zu betonen, daß der Gesetzgeber dem Bundesrat damit keinen Freipaß erteilt, sondern als selbstverständlich voraussetzt, daß die eingeräumte weite Befugnis nach Rechtsgrundsätzen, insbesondere in Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Rechtsgleichheitsgebots, ausgeübt wird. Da die Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen sind, – die in der Bundesverfassung statuierte Bindung des Bundesgerichts an die Bundesgesetze<sup>290</sup> verbietet diesem lediglich, allfällig verfassungswidrige Bundesgesetze nicht anzuwenden<sup>291</sup> –, dürfen auch noch so weit gefaßte Delegationsnormen nur so verstanden werden, daß der Verordnungsgeber die verfassungsmäßigen Grundsätze beachten muß. Das Bundesgericht hat demnach zu prüfen, ob der Bundesrat die Teilregeln des Verhältnismäßigkeitsprinzips, an die er als Rechtssetzer fraglos gebunden ist, beachtet hat<sup>292</sup>. Desgleichen

<sup>287</sup> BGE 104 Ib 426 f.

<sup>288</sup> Art. 104 OG.

<sup>289</sup> Verschiedentlich wird angeregt, statt von einem Spielraum des Ermessens in der Rechtssetzung, womit die Vorstellung eines Zweckmäßigkeitsbereichs geweckt wird, von einer Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die mit Rechtserwägungen einzugrenzen wäre, zu sprechen, vgl. GYGI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, ZbJV 116 (1980), S. 175 mit Hinweisen.

<sup>290</sup> Art. 113 Abs. 3, Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV.

<sup>291</sup> J. P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 74.

<sup>292</sup> Vgl. ZIMMERLI, a.a.O., S. 43 f., siehe auch S. 510 hiavor. Zur Normenkontrolle durch einzelne Beamte und die Departemente vgl. BGE 104 Ib 418.



darf der Gesetzgeber davon ausgehen, daß das Bundesgericht alle Verordnungsbestimmungen, welche der gesetzlichen Ermächtigungsnorm widersprechen, als ungültig sanktioniert, und nicht nur diejenigen, welche die Delegationsumschreibung offensichtlich sprengen<sup>293</sup>. Mit Recht wird gefordert, daß der Richter, statt eine weite Rechtssetzungsermächtigung zum Anlaß einer Kognitionsbeschränkung bei der konkreten Normenkontrolle zu nehmen, vielmehr kompensatorisch die gesetzesvertretende Verordnung rechtlich gründlich durchleuchten sollte<sup>294</sup>. Nach der immer wieder zu unterstreichenden Leitlinie darf ganz allgemein die strukturell bedingte Begriffsweite im Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht als Argument zur Rechtfertigung verminderter Kontroll- und Interpretationsanstrengungen herangezogen werden, sondern sie soll im Gegenteil dazu anspornen, solche Anstrengungen zu intensivieren, damit keine rechtsfreien Räume entstehen<sup>295</sup>. Keinesfalls darf das Gericht unter Berufung auf mangelnde Sachkenntnis davon absehen, die ihm aufgebene konkrete Normenkontrolle voll wahrzunehmen; wo nötig, müssen Sachverständige beigezogen werden.

Auch bei einer zugriffigeren Normenkontrolle besteht keine Gefahr, daß das Bundesgericht Wirtschaftspolitik betreiben würde. Daß eine Verfügung aufgehoben wird, weil sie sich auf eine als ungültig erkannte Verordnungsbestimmung stützt, kann zwar beschränkt politische Auswirkungen zeitigen, macht jedoch noch lange keine zusammenhängende Wirtschaftspolitik aus. Die punktuell erfolgende Rechtsprechung reichte dazu ja gar nicht aus, ganz abgesehen davon, daß der Verwaltungsrichter, wenn er die Erwägungen des Verordnunggebers kontrollierend nachvollzieht, durchaus in der Lage ist, die in den einzelnen Gesetzen festgelegte politische Verantwortung der Verwaltung und deren speziellen Fachkunde gebührend zu veranschlagen. So wird er anerkennen, daß die Exekutive und die Verwaltungsbehörden dafür verantwortlich sind, die in der Verfassung und in den Gesetzen enthaltenen globalpolitischen Zielsetzungen zu konkretisieren und gegeneinander abzuwägen. Es ist der Verwaltung, nicht dem Richter, aufgetragen, wirtschaftspolitische Konzeption-

<sup>293</sup> GYGI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, ZbJV 115 (1979), S. 191.

<sup>294</sup> GYGI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, ZbJV 116 (1980), S. 174 ff., 192.

<sup>295</sup> TETTINGER, a.a.O., S. 375.

<sup>296</sup> Zu den einzelnen Wirtschaftspolitiken eingehend GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 109 ff.

nen gestaltend zu entwickeln<sup>296</sup>. In Deutschland spricht man diesbezüglich von einer politisch-konzeptionellen Beurteilungsprärogativen der Verwaltung<sup>297</sup>, wobei sich diese Prärogative richtigerweise in graduellen Abstufungen von oben nach unten verengert, so daß sie hinsichtlich der konjunkturpolitischen Globalkonzeption am weitesten ist und dann über den Bereich der sektoralen und regionalen Zielprioritäten bis hinunter zu den Vorstellungen über individuelle Gestaltungen zunehmend begrenzter wird<sup>298</sup>. Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes ist bei der Normenkontrolle in jedem Einzelfall sorgfältig abzuklären, ob und wie weit die zu überprüfenden Verordnungsbestimmungen überhaupt dem Bereich wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeit zuzurechnen sind, und wie weit ihre Gültigkeit durchaus mit den der Verfassung und der einschlägigen Gesetzgebung zu entnehmenden rechtlichen Maßstäben beurteilt werden kann.

#### 2.4.3. Rechtssetzung und Rechtsanwendung

Im Hinblick auf die überragende Bedeutung der Verordnung im Wirtschaftsverwaltungsrecht sei hier kurz die Wechselwirkung zwischen Verordnunggebung und Rechtsanwendung gestreift.

Anfänglich gesetz- und verfassungsmäßige Verordnungen können durch die Änderung der Rechtslage oder der beim Erlaß vorausgesetzten tatsächlichen Verhältnisse ungültig werden; der leichten Anpassungsmöglichkeit von Verordnungen entspricht insofern eine Revisionsverpflichtung<sup>299</sup>. Das Bundesgericht hält deshalb zutreffend fest, daß sich die Verwaltung fortlaufend mit den Auswirkungen der Verordnung auseinandersetzen soll, zumal das Gericht nur punktuell und sporadisch mit ihrer Anwendung befaßt sei<sup>300</sup>. Die mit den täglichen Routinegeschäften überlastete Verwaltung ist indessen nicht immer darauf erpicht, die ihr vertraute Verordnung kritisch genug darauf zu überprüfen, ob sich rechtlich gebotene Anpassungen aufdrängen<sup>301</sup>. Die rechtsstaatlich angezeigte Rechtssetzung durch den Verordnungsgeber wird in solchen Fällen erst durch den Verwaltungsrichter veranlaßt, der die Gültigkeit der angerufenen Verordnungsbe-

<sup>297</sup> Vgl. TETTINGER, a.a.O., S. 109, 462.

<sup>298</sup> TETTINGER, a.a.O., S. 462.

<sup>299</sup> JOST, a.a.O., S. 83.

<sup>300</sup> BGE 104 Ib 116.

<sup>301</sup> Beispielsweise trägt die Verkehrsmilchverordnung vom 30.4.1957 (SR 916.353.1) den heutigen Produktionsmethoden, der gesteigerten Mobilität und den geänderten Konsumgewohnheiten nicht Rechnung.

stimmungen von Amtes wegen vorfrageweise zu überprüfen hat. Daß der Verwaltungsrichter die Verwaltung durch Nichtanwendung der als ungültig erkannten Verordnungsbestimmung zur Rechtssetzung zwingt, ist im allgemeinen einer Auslegung der betreffenden Bestimmung entgegen ihrem Wortlaut vorzuziehen. Die Auslegung von Normen entgegen ihrem Wortlaut führt bekanntlich zu zweierlei Recht, weil die einen Bürger die Bestimmung in dem Sinn verstehen, wie er sich vom Wortlaut her erschließt, während für die in der Praxis Versierten die der Norm tatsächlich gegebene Bedeutung maßgebend ist<sup>302</sup>. Die Entstehung von derart zwiespältigen Zuständen soll im Wirtschaftsverwaltungsrecht soweit möglich verhindert werden, sind doch alle Wettbewerbsverzerrungen auszuschalten. Die Auslegung einer Verordnungsbestimmung gegen ihren Wortlaut ist jedenfalls dann nicht am Platz, wenn sich die Bestimmung als rechtmäßig erweist, eine zweckmäßigere und angemessenere gesetzgeberische Lösung aber denkbar wäre<sup>303</sup>.

## 2.5. *Rechtsdurchsetzung*

### 2.5.1. Bedeutung für den Rechtsschutz

Sowohl polizeiliche als auch wirtschaftspolitische Normen bringen dem Bürger einesteils Belastungen, andererseits sichern sie seine Freiheit und schützen ihn in mannigfacher Weise. In der gleichmäßigen und konsequenten Anwendung des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist deshalb schon ein ganz erhebliches Quantum an Rechtsschutz mitenthalten. Diese Erkenntnis gewinnt mit zunehmender Gesetzgebung an Bedeutung, was daraus hervorgeht, daß die Haftung des Gemeinwesens für mangelhaften Gesetzesvollzug vermehrt zur Diskussion steht<sup>304</sup>.

Die Sorge für die Einhaltung der im öffentlichen Interesse zwingend gefaßten Rechtsnormen muß nicht zuletzt aus Gründen des allgemeinen Rechtsschutzes ernst genommen werden; die im Verwaltungsrecht bestehenden Vollzugsdefizite sind abzubauen. Der politische Gehalt mancher wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlasse mag die Vorstellung der Opportunität hervorrufen; das

<sup>302</sup> Horz, Bäuerliches Grundeigentum, S. 209.

<sup>303</sup> Vgl. BGE 101 Ib 149.

<sup>304</sup> Vgl. BGE 106 Ib 358; SCHÜRMANN, a.a.O., S. 44.

Legalitätsprinzip verpflichtet die Verwaltungsbehörden jedoch ohne Rücksicht auf die besondere Natur der Erlasse, die gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden, wenn den Behörden diesbezüglich nicht ausdrücklich ein Entschließungsermessen eingeräumt ist<sup>305</sup>. Der Verzicht auf die Durchsetzung von Rechtsnormen wirkt sich gleich aus, wie wenn diese Normen außer Kraft gesetzt würden; die Verwaltung maßt sich demnach Kompetenzen des Gesetzgebers an, wenn sie aus Opportunitätserwägungen auf die Durchsetzung zwingender Bestimmungen verzichtet<sup>306</sup>.

### 2.5.2. Einzelne Aspekte

Daß der Bürger die Gesetzesanwendung in Fällen, in welchen ihm keine konkrete Gefährdung des gesetzlich geschützten Gutes nachgewiesen werden kann, oft als ungerechtfertigt empfindet, ändert am Vollzugauftrag der Verwaltung nichts; die generell-abstrakte Wirkung ist nun einmal ein Merkmal gesetzlicher Vorschriften<sup>307</sup>. Erweist sich die einschlägige Norm selbst als verhältnismäßig, darf die mit dem verbindlichen Sinn übereinstimmende Auslegung und Rechtsanwendung nicht im Einzelfall unter Berufung auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit unterbleiben<sup>308</sup>. Freilich soll das Gesetz sachgerecht differenziert sein und unbeabsichtigten Härten durch Sondernormen vorbeugen. In diesem Sinn sehen etwa Gesetze Ausnahmegewilligungen ausdrücklich vor, welche eine Lösung ermöglichen sollen, die der Gesetzgeber bei Kenntnis der Besonderheiten des Einzelfalls getroffen hätte<sup>309</sup>. Ist die anzuwendende Verordnungsbestimmung selber zu starr, kann der Betroffene ihre Unverhältnismäßigkeit rügen; im Rahmen der konkreten Normenkontrolle ist dann zu überprüfen, ob die fragliche Bestimmung verfassungswidrig ist<sup>310</sup>.

Steht es einerseits nicht im Belieben der Behörde, ob sie das Gesetz anwenden will oder nicht, so steht ihr andererseits ein Auswahlermessen zu, wenn sie entscheidet, welche unter den verschiedenen zulässigen Maßnahmen und Sanktionen im Einzelfall angezeigt ist. Sie hat sich dabei jedoch an die ermessens-

<sup>305</sup> Vgl. IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr.59 B II b; JOST, a.a.O., S.91.

<sup>306</sup> H. A. MÜLLER, Der Verwaltungszwang, S.111.

<sup>307</sup> Vgl. BGE 103 Ib 237.

<sup>308</sup> BGE 103 Ib 239; ZIMMERLI, a.a.O., S.48 ff.

<sup>309</sup> JOST, a.a.O., S.81.

<sup>310</sup> ZIMMERLI, a.a.O., S.50.

bindenden Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtsgleichheit zu halten<sup>311</sup>.

Die Verwaltung eröffnet dem Betroffenen durch eine gewöhnliche Verfügung, mit welcher Maßnahme sie der von ihm begangenen Rechtsverletzung begegnet. Befolgt er diese Verfügung nicht, ist sie von der Verwaltung zu vollstrecken. Voraussetzung ist, daß die Verfügung formell rechtskräftig ist oder zwar noch angefochten werden kann, das zulässige Rechtsmittel aber keine aufschiebende Wirkung hat oder die ihm zukommende aufschiebende Wirkung entzogen worden ist<sup>312</sup>. Daß sich die Verwaltung hiezu keines schärferen Zwangsmittels bedienen darf, als es die Verhältnisse erfordern, ist im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren ausdrücklich als Leitsatz festgehalten<sup>313</sup>. Ein Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es auch, daß die Verwaltung, bevor sie zu einem Zwangsmittel greift, dieses dem Verpflichteten vorerst androht und ihm eine angemessene Erfüllungsfrist einräumt, sofern nicht Gefahr im Verzuge ist<sup>314</sup>. Eine wichtige Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist ferner die zunächst im Polizeirecht anerkannte Austauschbefugnis des Bürgers. Sie bedeutet das Recht des Pflichtigen, den Behörden anstelle des von ihnen bezeichneten Mittels ein anderes zur Erreichung des Ziels taugliches, ebenso rasch zu verwirklichendes Mittel vorzuschlagen und anzuwenden<sup>315</sup>. Selbstverständlich steht dem Pflichtigen keine Austauschbefugnis zu, wenn das einschlägige Gesetz selber ein bestimmtes Mittel vorschreibt.

Das Zwangsmittel, mit welchem die Verwaltung die nicht befolgte Verfügung vollstrecken will, ist zunächst in einer Vollstreckungsverfügung zu konkretisieren. Die Vollstreckungsverfügung kann im Bundesverwaltungsrecht nach den allgemein für die Verfügungen geltenden Bestimmungen angefochten werden<sup>316</sup>. In der Regel kommt daher der Beschwerde gegen eine Vollstreckungsverfügung aufschiebende Wirkung zu<sup>317</sup>. Die Anfechtbarkeit der Vollstreckungsverfügung in gleicher Weise zuzulassen wie diejenige einer gewöhnlichen Verfügung, rechtfertigt sich deshalb, weil die in der Vollstreckungsverfügung festge-

<sup>311</sup> BGE 103 Ib 354, 105 Ib 408.

<sup>312</sup> Art. 39 VwVG.

<sup>313</sup> Art. 42 VwVG.

<sup>314</sup> Art. 41 Abs. 2 und 3 VwVG.

<sup>315</sup> Vgl. H. A. MÜLLER, a.a.O., S. 127; JOST, a.a.O., S. 89.

<sup>316</sup> Art. 5 Abs. 2, 44 VwVG.

<sup>317</sup> Art. 55 Abs. 1 VwVG.



legten Zwangsmittel genau so rechtswidrig und unangemessen sein können wie es der Inhalt der vorausgegangenen, nun zu vollstreckenden Verfügung sein konnte<sup>318</sup>. Den Modalitäten der Vollstreckung kommt in der Praxis eine so große Bedeutung zu, daß der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen über die Vollstreckung von Verfügungen rechtsstaatlich fragwürdig ist<sup>319</sup>. Jedenfalls ist das Argument, der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Vollstreckungsverfügungen sei darin begründet, daß im Vollstreckungsstadium ja das den Betroffenen vor allem interessierende individuell-konkrete Rechtsverhältnis schon verbindlich in der zu vollstreckenden Verfügung festgelegt sei<sup>320</sup>, nicht sehr überzeugend. Daß die in der Sache ergangene, zu vollstreckende Verfügung in materieller Hinsicht für den Betroffenen von erstrangiger Bedeutung ist, ändert nichts daran, daß er auch ein legitimes Interesse daran hat, daß die Vollstreckung rechtsstaatlich einwandfrei erfolgt.

Der Vollzug des Wirtschaftsverwaltungsrechts stellt die verantwortlichen Behörden teilweise vor sehr schwierige Probleme. So zeigt die Erfahrung, daß das bloße Bestehen einer Bewilligungspflicht in manchen Bereichen keineswegs gewährleistet, daß den Bestimmungen, zu deren Durchsetzung die Bewilligungspflicht geschaffen wurde, nachgelebt wird. Wo sich die Beteiligten einig sind, werden verbreitet Bewilligungen, die für die Genehmigung privatrechtlicher Vereinbarungen vorgesehen sind, gar nicht eingeholt<sup>321</sup>. Sodann werden Bedürfnisklauseln etwa dadurch unterlaufen, daß nach Erteilung der erstmaligen Bewilligung ohne erneute Verständigung der Behörden zu umfangreichen Kapazitätserweiterungen geschritten wird<sup>322</sup>. Gewisse produktionslenkende Verfügungen lassen sich gegen den

<sup>318</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 106.

<sup>319</sup> Vgl. H. A. MÜLLER, a.a.O., S. 151.

<sup>320</sup> BBl 1965 II 1313; BGE 97 I 606 Erw. 1. Die Rechtmäßigkeit und Angemessenheit der in der Sache ergangenen Verfügung wird im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht mehr überprüft; immerhin ist auf die Rüge, die zu vollstreckende Verfügung sei nichtig oder sie verletze ein unverjährbares und unverzichtbares Verfassungsrecht, einzugehen (H. A. MÜLLER, a.a.O., S. 150 f.).

<sup>321</sup> Vgl. z. B. zur Pachtzinskontrolle HOTZ, a.a.O., S. 215 f. Auch in der Milchwirtschaft werden keineswegs alle genehmigungspflichtigen Verträge den zuständigen Instanzen vorgelegt.

<sup>322</sup> Dieses Vorgehen wurde während Jahren bei der Ersetzung von Anlagen für die Herstellung und Abfüllung von Pastmilch praktiziert (Art. 21<sup>bis</sup> Abs. 4 Milchbeschluß (SR 916.350)).

geschickten Widerstand der Verfügungsadressaten fast nicht durchsetzen: Es ist beispielsweise nicht leicht, eine Milchproduzentengenossenschaft, die nach dem Tod des Käfers nicht mehr Käse fabrizieren, sondern die Milch für die Konsummilchversorgung abholen lassen will, zu zwingen, einen Käser anzustellen und die Käseherstellung wiederum aufzunehmen. Nicht selten haben sich ferner die wirtschaftlichen Verhältnisse während des Verfahrens so erheblich verändert, daß der Entscheid, wenn er endlich vorliegt, nicht mehr sinnvoll vollzogen werden kann<sup>323</sup>. Schließlich ermöglichen die vielen weitgefaßten Normen im Wirtschaftsverwaltungsrecht zwar einerseits eine bewegliche Reaktion auf die jeweiligen wirtschaftlichen Gegebenheiten, andererseits können sie eine Vollzugsschwäche bedeuten, weil sie nicht genau sagen, was getan werden soll; Blankettnormen werden ja im Routinevollzug häufig nicht ausgeschöpft<sup>324</sup>. Der Gesetzgeber soll sich daher um eine hinreichend präzise Umschreibung der Verhaltenspflichten bemühen und zudem prüfen, ob sich im Hinblick auf die in Frage stehende Materie spezielle Vollzugs- und Vollstreckungsbestimmungen aufdrängen; die allgemeinen Regeln über die Vollstreckung<sup>325</sup> und der Grundsatz, wonach eine Verbotsvorschrift die gesetzliche Basis in sich schließt, das Verbotene zu verhindern<sup>326</sup>, können durch spezifisch auf einzelne Vollzugsprobleme zugeschnittene Normen im Spezialgesetz wirksam verstärkt werden.

### 2.5.3. Anspruch auf Rechtsdurchsetzung

Die gerade auch auf wirtschaftlichem Gebiet gewaltig gewachsenen staatlichen Befugnisse stehen dem Staat nicht um seiner selbst willen zu, sondern im Interesse der Bürger. Dem entspricht es, daß die unmittelbar Interessierten von den zuständigen Verwaltungsbehörden verlangen können, daß sie bestimmte Maßnahmen treffen, wenn die Vorschriften, welche bei der Ausübung der von diesen Behörden beaufsichtigten Wirtschaftstätigkeit zu beachten sind, verletzt werden<sup>327</sup>. Vorausgesetzt ist, daß der Geschädigte nach den Legitimationsgrundsätzen befugt ist, ein sol-

<sup>323</sup> Diese Lage tritt insbesondere bei Maßnahmen der Preisüberwachung ein.

<sup>324</sup> ROSENSTOCK, Umweltschutz und Eigentum, S. 185.

<sup>325</sup> Art. 39–43 VwVG.

<sup>326</sup> BGE 105 Ib 276f.; vgl. GYGI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1979, ZbJV 117 (1981), S. 273.

<sup>327</sup> BGE 98 Ib 58f.; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 163f.

ches Verfahren einzuleiten<sup>328</sup>, und daß sein Rechtsbegehren den für den Erlaß einer Verfügung erforderlichen Bestimmtheitsgrad aufweist<sup>329</sup>. Das gegen die Ablehnung des derweise gestellten Antrags zu ergreifende Rechtsmittel ist die ordentliche Beschwerde, nicht etwa eine bloße Aufsichtsbeschwerde<sup>330</sup>. Der Anspruch auf behördliches Einschreiten wird sich mit zunehmender Gesetzgebung verfestigen und für die wirksame und gleichmäßige Rechtsdurchsetzung vermehrte Bedeutung erlangen.

#### 2.5.4. Die Aufsichtsbeschwerde

Jedermann kann mit einer Aufsichtsbeschwerde jederzeit Tatsachen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten der Behörde von Amtes wegen erfordern, der Aufsichtsbehörde anzeigen<sup>331</sup>. Der Anzeiger, welcher keine Parteirechte hat<sup>332</sup>, zielt darauf ab, daß die Aufsichtsbehörde die ihr hierarchisch unterstellte Verwaltungsstelle anweist, tätig zu werden, wo wichtige öffentliche Interessen mißachtet, klares Recht oder grundlegende Verfahrensvorschriften verletzt werden<sup>333</sup>. Während die Ablehnung eines Begehrens auf behördliches Einschreiten, das von einem verfahrenslegitimierten, mit Parteirechten ausgestatteten Gesuchsteller eingereicht wurde, mit der ordentlichen Beschwerde angefochten werden kann, ist gegen den negativen Bescheid einer Aufsichtsbeschwerde kein Rechtsmittel gegeben, sondern allenfalls bloß wiederum eine Aufsichtsbeschwerde an die nächsthöhere Instanz<sup>334</sup>.

Für die Rechtsdurchsetzung im Wirtschaftsverwaltungsrecht ist die Aufsichtsbeschwerde vor allem dort bedeutsam, wo mangels eines Anfechtungsobjekts kein Rechtsmittel ergriffen werden kann und doch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, wie etwa bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten<sup>335</sup>, bei organisatorischen Maßnahmen<sup>336</sup> oder in Fällen, in welchen die unmittelbar

<sup>328</sup> Art. 48 lit. a VwVG; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 lit. a VwVG.

<sup>329</sup> Art. 5 VwVG.

<sup>330</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 163.

<sup>331</sup> Art. 71 Abs. 1 VwVG.

<sup>332</sup> Art. 71 Abs. 2 VwVG.

<sup>333</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 161 ff.; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 218 f.

<sup>334</sup> Art. 5 Abs. 2 VwVG.

<sup>335</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 99, 105, 162; DERS., Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 48 f.; VPB 1981 (45/III) Nr. 61; BGE 103 I b 157.

<sup>336</sup> VPB 1975 (39/III) Nr. 102 (Aufhebung einer Poststelle).

Betroffenen keine Beschwerden erheben, weil sie von einer gesetzwidrig largen Praxis profitieren.

#### 2.5.5. Öffnung der Verfahren

Die Ausdehnung der staatlichen Aufgaben und die Komplexität der zu lösenden Probleme verunmöglichen es der Verwaltung immer mehr, die in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte selber oder im bloßen Zusammenwirken mit dem Verfügungsadressaten vollständig zu erfassen. Dieser Umstand sowie die weittragenden Auswirkungen der heutigen Wirtschaftstätigkeit auf Mensch und Umwelt bedingen, daß die Verwaltung zur wirksamen Rechtsdurchsetzung nicht nur vermehrt auf Fachgremien und Expertisen angewiesen ist, sondern in eminenter Weise auch auf die gesetzlich statuierte Öffnung der Verfahren. Ohne die Zuerkennung der Beschwerdebefugnis an die betroffenen Dritten, an Behörden und andere speziell ermächtigte Personen<sup>337</sup> wäre die korrekte Anwendung des heutigen Wirtschaftsverwaltungsrechts über weite Strecken nicht mehr gewährleistet.

### 2.6. Zur Beschwerdebefugnis

#### 2.6.1. Allgemeines

Während der Begriff der Verfügung das Anfechtungsobjekt des Beschwerdeverfahrens festlegt<sup>338</sup>, bestimmt sich nach der gesetzlichen Umschreibung der Beschwerdebefugnis das subjektive Rechtsschutzinteresse<sup>339</sup>. Gleich wie der Verfügungsbegriff ist somit die Regelung der Beschwerdebefugnis ein Angelpunkt der Verwaltungsrechtspflege.

Im Interesse eines durchgängigen Rechtsschutzes ist hervorzuheben, daß die gleichen Kriterien, nach welchen sich das Rechtsschutzinteresse im Beschwerdeverfahren beurteilt, im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren maßgebend sind für die Zuerkennung des schutzwürdigen Interesses am Erlaß einer Verfügung<sup>340</sup>. Nach den Grundsätzen der derogatorischen Kraft des

<sup>337</sup> Art. 48 VwVG; Art. 103 OG.

<sup>338</sup> Art. 5, 44 VwVG; Art. 97 OG.

<sup>339</sup> Art. 48 VwVG; Art. 103 OG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 111.

<sup>340</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 113f.; vgl. auch SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 11.3, S. 88.

Bundesrechts und der Einheit des Prozesses muß in Bundesverwaltungssachen die bundesrechtliche Regelung der Legitimation des Betroffenen auch für die kantonalen Instanzen maßgebend sein<sup>341</sup>.

Nach der für das Verwaltungsbeschwerde- und für das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren übereinstimmenden Umschreibung der Beschwerdelegitimation ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Betroffenheitsbeschwerde)<sup>342</sup>, sowie jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt<sup>343</sup>.

Die auf einen effizienten Rechtsschutz ausgerichtete Regelung der Beschwerdelegitimation des Betroffenen schließt einerseits die Popularbeschwerde aus und gestattet andererseits, das prozessuale Rechtsschutzinteresse mit irgendeinem praktischen Nutzen, den die vom Beschwerdeführer beantragte Aufhebung oder Änderung der Verfügung für diesen hätte, darzutun<sup>344</sup>. Die Tauglichkeit dieser Umschreibung der Beschwerdebefugnis erweist sich in höchstem Maße im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Angesichts der vielen unterschiedlichen, teilweise gegensätzlichen Ziele, die der Gesetzgeber im Wirtschaftsbereich verfolgt, wäre es häufig aussichtslos und jedenfalls unfruchtbar, wenn für die Beurteilung der Beschwerdebefugnis jeweils die Schutzrichtung der in Frage stehenden Normen untersucht werden müßte, um festzustellen, ob der Beschwerdeführer zutreffenderweise behauptete, er sei in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt. In der bundesrechtlichen Regelung der Beschwerdelegitimation werden die Fragen des prozessualen Rechtsschutzinteresses einerseits und der materiellen Begründetheit der Beschwerde andererseits richtigerweise strikte auseinandergehalten<sup>345</sup>.

Als Prozeßvoraussetzung muß die Beschwerdebefugnis von Amtes wegen geprüft werden; es ist somit hinsichtlich der im Wirtschaftsverwaltungsrecht häufigen Drittbeschwerden irrele-

<sup>341</sup> GYGI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, ZbJV 115 (1979), S.209 ff.; DERS., Bundesverwaltungsrechtspflege, S.112, 174.

<sup>342</sup> Art.48 lit. a VwVG; Art.103 lit. a OG.

<sup>343</sup> Art.48 lit. b VwVG; Art.103 lit. c OG. In Art.103 lit. b OG ist ein für den gleichmäßigen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts wichtiger Fall der Behördenbeschwerde allgemein geregelt.

<sup>344</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.111, 113.

<sup>345</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.111 ff.



vant, ob der Verfügungsadressat die Verfahrenslegitimation der Drittbeschwerdeführer bestreitet oder nicht<sup>346</sup>.

Je offener die einschlägigen Normen sind, je wichtiger ist für ihre richtige Anwendung ein korrekt durchgeführtes Verfahren. Die Rechtsprechung, wonach die Beschwerdebefugnis hinsichtlich der Rüge von Verfahrensverletzungen auch dann bejaht wird, wenn der Beschwerdeführer den materiellen Entscheid nicht anfechten könnte<sup>347</sup>, hat deshalb im Wirtschaftsverwaltungsrecht mit seinen vielen weitgefaßten Normen eine große Tragweite. Insbesondere ist der Beschwerdeführer stets befugt, durch die Beschwerdeinstanz überprüfen zu lassen, ob die Vorinstanz zu Recht oder zu Unrecht sein Begehren materiell nicht behandelt hat<sup>348</sup>.

## 2.6.2. Anfechtung belastender und abweisender Verfügungen

Der Verfügungsadressat ist durch belastende und abweisende Verfügungen in der Regel beschwert und unmittelbar betroffen, seine Beschwerdebefugnis liegt meistens auf der Hand.

Im Wirtschaftsverwaltungsrecht wirken sich Verfügungen häufig auf privatrechtliche Verträge aus, so daß sich jeweils die Frage stellt, ob neben dem Verfügungsadressaten auch seine Vertragspartner beschwerdebefugt sind. Die Frage beantwortet sich aufgrund der Überlegung, daß nur der unmittelbar Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat.

Bei genehmigungspflichtigen Verträgen<sup>349</sup> sind beide Vertragspartner zur Beschwerdeerhebung berechtigt, wenn die Genehmigung verweigert wird<sup>350</sup>, sind sie doch beide in gleicher Weise unmittelbar davon betroffen, wenn der Vertrag wegen der behördlichen Ablehnung des Genehmigungsgesuchs nicht abgewickelt werden darf. Die Genehmigung oder die Nichtgenehmigung des Vertrags kann naturgemäß nur beide Vertragspartner zugleich direkt betreffen. Erhebt nur der eine Vertragspartner Beschwerde gegen die Verweigerung der Vertragsgenehmigung, und erreicht er im Rechtsmittelverfahren die Genehmigung, ist

<sup>346</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 113.

<sup>347</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 115.

<sup>348</sup> BGE 104 Ib 317.

<sup>349</sup> Das Erfordernis, Verträge genehmigen zu lassen, und das Recht der Behörden, gegen Verträge Einspruch zu erheben, ist besonders im Agrarrecht von großer Bedeutung.

<sup>350</sup> Vgl. BGE 101 Ib 385; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 116.

diese für den andern Vertragspartner ohne weiteres ebenfalls verbindlich. Diese beidseitige unmittelbare Betroffenheit äußert sich mit andern Worten darin, daß es demjenigen Vertragspartner, der sich am Vertrag desinteressiert, nichts einträgt, wenn er sich mit dem abschlägigen Bescheid der Genehmigungsbehörde abfinden will; sofern der andere Vertragspartner die Genehmigungsverweigerung anfechtet, bindet das Prozeßergebnis auch ihn.

Anders liegen die Fälle, in welchen eine Verfügung ergeht, die impliziert, daß ein vom Verfügungsadressaten in Aussicht genommener oder schon abgeschlossener (nicht genehmigungsbedürftiger) Vertrag nicht ausgeführt werden kann. Wird etwa die Bewilligung für eine geplante Installation verweigert, zeitigt dies je nach den getroffenen Abmachungen Auswirkungen auf die Verträge, die der Gesuchsteller im Hinblick auf die Errichtung der Installation abgeschlossen hat oder abzuschließen gedachte. Vom Bewilligungsabschlag ist hier jedoch einzig der Gesuchsteller unmittelbar betroffen; nur er verfügt demnach über ein schutzwürdiges Interesse daran, daß die Beschwerdeinstanz die abweisende Verfügung aufhebt und die nachgesuchte Bewilligung erteilt. Er kann aber auch gute Gründe dafür haben, den abschlägigen Bescheid zu anerkennen und auf die Ergreifung eines Rechtsmittels zu verzichten. Die an der Bewilligungserteilung interessierten Dritten (Lieferanten etc.) sind durch die Verweigerung der Installationsbewilligung nur mittelbar betroffen und deshalb nicht beschwerdeberechtigt. Ihr prozessuales Rechtsschutzinteresse muß schon deswegen verneint werden, weil sie, selbst wenn die Beschwerdeinstanz auf ihre Beschwerden einträte, gar keinen Entscheid zu erlangen vermöchten, der den Gesuchsteller binden würde.

Dies ist ein entscheidender Test: Wo der von einem Drittbeschwerdeführer beantragte Entscheid gegenüber dem Verfügungsadressaten nicht durchgesetzt werden könnte, ist das Interesse des Beschwerdeführers an der materiellen Behandlung seiner Beschwerde nicht schutzwürdig. Wenn der Verfügungsadressat den vom Drittbeschwerdeführer erstrittenen Beschwerdeentscheid nicht beachten muß, kann ja der Ausgang des Beschwerdeverfahrens die rechtliche oder tatsächliche Stellung des anfechtenden Dritten nicht unmittelbar beeinflussen<sup>351</sup>.

Es darf nicht Aufgabe der Rechtspflegeorgane sein, auf Rechtsmittel einzutreten, wenn der angekehrte Sachentscheid letztlich ins Leere stieße. Desgleichen tritt der Zivilrichter auf

<sup>351</sup> GRISEL, Droit administratif suisse, S.478f.

eine Klage nicht ein, wenn sie von vorneherein Unerreichbares erstrebt<sup>352</sup>.

Die an Geschäftsbeziehungen mit dem Verfügungsadressaten interessierten Dritten sind also vorbehältlich besonderer Umstände, die ihre eigene direkte Betroffenheit begründen, nicht beschwerdebefugt. «Würde gegenteilig entschieden, so müßte die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen beschwerdefähige Verfügungen, mit denen der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens ein Ende gesetzt wird, immer auch allen Personen oder Firmen zuerkannt werden, die in der Lage und gewillt wären, ständig oder auch nur gelegentliche geschäftliche Beziehungen zu dem Unternehmen zu unterhalten, oder die in dem Unternehmen Nachwuchsleute ausbilden lassen möchten. Damit würde aber der Kreis der Beschwerdeberechtigten derart erweitert, daß die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einer Populärbeschwerde angenähert würde»<sup>353</sup>.

### 2.6.3. Anfechtung begünstigender Verfügungen durch Dritte

Zunächst ist festzuhalten, daß es in prozessualer Hinsicht auf das gleiche hinauskommt, ob ein Dritter eine den Verfügungsadressaten begünstigende Verfügung anfechtet, oder ob er sich dagegen wehrt, daß es die Verwaltung ablehnt, gegenüber der von ihm bezeichneten Person oder Firma eine belastende Anordnung zu treffen<sup>354</sup>. Wiederum dient das gesetzliche Erfordernis des schutzwürdigen Interesses<sup>355</sup> dazu, die unzulässigen Populärbeschwerden von den Drittbeschwerden, auf die einzutreten ist, zu scheiden.

Entsprechend den vielen und verschiedenartigen Interessen, die im Wirtschaftsgeschehen aufeinanderprallen, kann sich der Kreis der beschwerdebefugten Dritten sehr beträchtlich ausweiten, insbesondere wenn große Industrie- oder Verkehrsanlagen (Kraftwerke, Flughäfen) oder die Ausübung von allgegenwärtigen, aber vom Laien schwer überblickbaren Wirtschaftstätigkeiten (Banken, Versicherungen) in Frage stehen. In den Fällen mit weitreichenden Auswirkungen der Verfügung werden indessen lediglich die Proportionen größer, das Kriterium des prozessualen Rechtsschutzinteresses bleibt sich gleich. Stets kann nur der-

<sup>352</sup> KUMMER, Grundriß des Zivilprozeßrechts, S. 104 f.

<sup>353</sup> BGE 101 Ib 111; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 116.

<sup>354</sup> BGE 98 Ib 58; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 117.

<sup>355</sup> Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG.

jenige Beschwerdeführer als Partei am Verfahren teilnehmen, der durch die strittige Verfügung mehr als jedermann betroffen ist, also in einer besonders nahen Beziehung zum Streitgegenstand steht<sup>356</sup>.

Die Erfolgchancen der Drittbeschwerde dürfen bei der Prüfung der Beschwerdebefugnis nicht berücksichtigt werden. Auch wo es um die Bewilligung von technisch hochkomplizierten Anlagen wie Kernkraftwerken geht, ist für die Eintretensfrage einzig das Rechtsschutzinteresse des Dritten maßgebend; daß kärglich substantiierte Beschwerden ohne großen Aufwand abgewiesen werden können, wenn die Verwaltung ausgewiesene Fachkommissionen begrüßt hatte, ändert daran nichts<sup>357</sup>.

Die seit der Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege im Bund von 1968 aufgelaufene Praxis vermittelt dem Rechtssuchenden in der überwiegenden Zahl von Fällen recht sichere Anhaltspunkte für die Beurteilung seiner Legitimation zum Verfahren. Nachfolgend sei an einigen Beispielen gezeigt, daß es der Rechtsprechung in differenzierter Weise gelungen ist, einerseits die Popularbeschwerden vom Verfahren fernzuhalten, und andererseits den Dritten, die ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der den Adressaten begünstigenden Verfügung haben, zu ermöglichen, als Partei am Verfahren teilzunehmen.

– Die Nachbarn eines Flugplatzes sind befugt, gegen eine Verfügung des Bundesamts für Zivilluftfahrt, welche Nachtflüge im Nichtlinienverkehr bewilligt, Beschwerde zu erheben. Nachtflugbewilligungen berühren diese Nachbarn in ihrem Bedürfnis nach Nachtruhe unmittelbar und stärker als die Bewohner der vom Flugplatz entfernter gelegenen Gebiete<sup>358</sup>.

– Zur Anfechtung einer Verfügung des Bundesamts für Privatversicherungswesen, welche die Prämientarife der obligatorischen Motorfahrzeughaftpflichtversicherung genehmigt, sind alle Halter von Personenwagen berechtigt; die bewilligte Erhöhung der Versicherungsprämie berührt ihre Stellung als Versicherungsnehmer offensichtlich<sup>359</sup>.

– «Jedermann, der innerhalb eines Bereichs lebt, in dem ein Gefahrenpotential besonders hoch einzuschätzen ist, kann sich

<sup>356</sup> BGE 107 Ib 45f., 104 Ib 256, 317f.; VPB 1979 (43) Nr. 46, S. 218ff., 1978 (42) Nr. 96, S. 426, Nr. 139, S. 585f., 1977 (41) Nr. 83, S. 99f., Nr. 84, S. 101.

<sup>357</sup> Vgl. RHINOW, Ist das Verfahren zur Bewilligung des Kernkraftwerkes Kaiser-augst formell rechtmäßig abgewickelt worden?, S. 86.

<sup>358</sup> BGE 104 Ib 317f.

<sup>359</sup> BGE 99 Ib 54f.

auf ein schützenswertes Interesse am Unterbleiben der Gefährdung oder doch an Schutzmaßnahmen berufen, die der Größe und der Eigenart der Gefahr angemessen und geeignet sind, den Eintritt des befürchteten Schadenereignisses zu verhindern oder so gering als nur möglich zu halten»<sup>360</sup>. Die Einwohner der ersten Zone gemäß Alarmorganisation für Kernkraftwerke sind deshalb befugt, die Erteilung der Bewilligung für die Einlagerung von Brennelementen in einem Kernkraftwerk mit Beschwerde anzufechten; außerhalb dieser Zone wohnenden Personen ist dagegen die Beschwerdebefugnis abzusprechen, weil sie nicht mehr intensiv genug betroffen sind<sup>361</sup>. Ebenso kann auf Verwaltungsbeschwerden gegen die Baubewilligung für ein Kernkraftwerk nicht eingetreten werden, wenn die im ausländischen Grenzgebiet wohnenden Beschwerdeführer sich lediglich auf öffentliche Interessen berufen ohne nachzuweisen, daß sie in ihren eigenen schützenswerten Interessen mehr als die Allgemeinheit beeinträchtigt werden<sup>362</sup>.

– Die lokale landwirtschaftliche Organisation ist auch dann nicht befugt, gegen die Wahl des Leiters einer Ortsgetreidestelle durch die Eidgenössische Getreideverwaltung zu rekurrieren, wenn sie einen Kandidaten vorschlug, der bei der Wahl unterlag; der Ausgang der Wahl des Leiters einer Ortsgetreidestelle, der die in der Getreidegesetzgebung festgelegten öffentlichen Interessen wahren muß, hat keinen unmittelbaren Einfluß auf die Tätigkeit der in der lokalen Organisation zusammengefaßten Landwirte<sup>363</sup>.

Hochbedeutsam sind für den Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht die Konkurrentenbeschwerden. Die Rechtsprechung bejaht im allgemeinen eine besonders nahe Beziehung zur Streitsache und damit die Beschwerdebefugnis des Konkurrenten, wenn dieser geltend macht, die von ihm angefochtene, einen Wettbewerbsgenossen begünstigende Verfügung beeinträchtige seine eigenen Verdienstmöglichkeiten, oder die jenem erteilte Bewilligung bedeute eine Verletzung der einschlägigen Marktordnung<sup>364</sup>. Zur Illustration seien wiederum einige Beispiele angeführt.

<sup>360</sup> VPB 1979 (43) Nr. 46, S. 219.

<sup>361</sup> VPB 1979 (43) Nr. 46, S. 219f.

<sup>362</sup> VPB 1977 (41) Nr. 84.

<sup>363</sup> VPB 1979 (43) Nr. 52, S. 250f. Zur Beschwerdebefugnis von Mitbewerbern gegen die Beamtenwahl vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 118.

<sup>364</sup> VPB 1980 (44/IV) Nr. 126, S. 586 mit Praxishinweisen.



– Die dem Schweizerischen Detaillistenverband angeschlossenen Gewerbetreibenden sind mehr als jedermann und in hohem Maße daran interessiert, daß ihre direkten Konkurrenten von der COOP Schweiz und dem Migros-Genossenschafts-Bund nicht dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen, daß sie ihre Wochenzeitungen («Genossenschaft» und «Wir Brückenbauer»), die auch Werbefunktionen erfüllen, in gesetzwidriger Weise zur niedrigeren Zeitungstaxe versenden können, während sie für die postalische Beförderung ihres Mitteilungsblattes («PRO») die Drucksachentaxe entrichten müssen. Es rechtfertigt sich daher, auf die Rüge der ungesetzlichen Begünstigungen der Konkurrenten einzutreten, obschon rechtsrelevant Unterschiede<sup>365</sup> zwischen der Lage der Beschwerdeführer und der angeblich begünstigten Konkurrenten bestehen<sup>366</sup>.

– Der Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM) ist nicht berechtigt, eine Verfügung des Bundesamts für Gesundheitswesen anzufechten, welche einer Nahrungsmittelfabrik das Inverkehrbringen eines Pulvers gestattet, das unter Beimischung von Milch anstelle von Schlagrahm verwendet werden kann und diesem täuschend ähnlich sieht, was bei der graphischen Gestaltung der Verpackung und in der Werbung ausgenutzt wird. Das Bundesgericht schützt den vom Departement bestätigten Nichteintretensentscheid des Bundesamts mit folgender Begründung: «Würde hier die Legitimation der Milchproduzenten anerkannt, so müßte jeder Produzent oder Händler, der eine bestimmte Ware vertreibt, als berechtigt angesehen werden, gegen die Bewilligung des Inverkehrbringens irgendeines Erzeugnisses, das mit dem seinigen in Konkurrenz treten könnte, Beschwerde zu führen, auch wenn die beiden Produkte ganz verschiedener Natur wären. Es müßte z.B. jedem Weinbauern das Recht zuerkannt werden, gegen die Zulassung eines beliebigen alkoholhaltigen oder alkoholfreien Getränkes, das anstelle des Weins genossen werden könnte, Beschwerde zu erheben. Damit würde der Kreis der Beschwerdeberechtigten derart erweitert, daß die Verwaltungsbeschwerde und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Popularbeschwerde angenähert würden. Diese Überlegungen zeigen, daß in Fällen wie dem vorliegenden die erforderliche Beziehungsnähe fehlt»<sup>367</sup>.

<sup>365</sup> Bei der Zeitschrift «PRO» fehlte im Gegensatz zu den zwei Zeitungen der Konkurrenz eine Erklärung der Empfänger, sie wünschten die Publikation regelmäßig zu erhalten, BGE 101 Ib 185.

<sup>366</sup> BGE 101 Ib 186.

<sup>367</sup> BGE 100 Ib 338.

Dieser Entscheid ist zu recht kritisiert worden<sup>368</sup>. Der Beschwerdeführer, welcher die Interessen der Erzeuger von natürlichem Schlagrahm vertritt, wandte sich ja nicht gegen die Bewilligung irgendeines Erzeugnisses, das den natürlichen Rahm konkurrieren könnte, sondern gegen die Bewilligung eines Pulvers, mit dem ein Schaum geschlagen wird, der unmittelbar als Schlagrahmersatz dient. Der Hersteller eines natürlichen Erzeugnisses muß nun legitimiert sein, gegen die Bewilligung des direkten künstlichen Ersatzproduktes, das sich in der Präsentation nicht genügend vom natürlichen Erzeugnis unterscheidet, Beschwerde zu erheben. Zwischen einem natürlichen Erzeugnis und seinem direkten künstlichen Ersatzgut besteht auf dem Markt eine so enge Beziehung, daß der Hersteller des natürlichen Produkts ein schutzwürdiges Interesse daran hat, durch die Rechtsmittelinstanz überprüfen zu lassen, ob nicht sein Konkurrent einen Wettbewerbsvorteil dadurch erlangt, daß die Behörde ihm gegenüber die Lebensmittelverordnung<sup>369</sup> unrichtig anwendet.

– Ein im Tessin ansässiges Luftfahrtunternehmen, das Helikoptertransporte ausführt, ist befugt, gegen die einem bündnerischen Konkurrenzunternehmen vom Bundesamt für Zivilluftfahrt erteilte Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb eines Helikopterflugplatzes in Misox Beschwerde zu erheben<sup>370</sup>.

– Eine zur Bankenrevision ermächtigte Treuhandgesellschaft hat ein genügendes Rechtsschutzinteresse, um eine Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission, durch welche eine andere Treuhandgesellschaft als Revisionsstelle für Banken anerkannt wird, anzufechten. Sie ist durch die Verfügung, welche einer andern Gesellschaft dieselbe qualifizierte Revisionstätigkeit gestattet, mehr als jedermann betroffen und kann deshalb in einem Beschwerdeverfahren überprüfen lassen, ob die Konkurrentin die gesetzlichen Anforderungen für die Anerkennung als Revisionsstelle erfüllt<sup>371</sup>. Das Bundesgericht weist zur Erhärtung seines Entscheids noch darauf hin, daß Angehörige eines Berufes, dessen Ausübung nach Gesetz von einer Eignungsprüfung abhängig ist, auch zur Erhebung der staatsrechtlichen Be-

<sup>368</sup> MEYLAN, La jurisprudence administrative du Tribunal fédéral en 1974, RDAF 1976, S.21f. Auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S.118, bezeichnet die Beurteilung der Beschwerdebefugnis des Konkurrenten in diesem Urteil als zu eng.

<sup>369</sup> SR 817.02.

<sup>370</sup> VPB 1980 (44/IV) Nr.126, S.585f.

<sup>371</sup> BGE 99 Ib 107f.

schwerde, für welche die Legitimation enger umschrieben ist<sup>372</sup>, berechtigt sind, wenn sie rügen, daß einem Konkurrenten die Berufsausübung erlaubt werde, obwohl er den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge<sup>373</sup>.

– Die maßgebenden Vorschriften, welche die Organisation und die Tätigkeit der Butyra (Schweizerische Zentralstelle für Buttersversorgung) regeln<sup>374</sup>, schaffen für alle im Buttergroßhandel tätigen Konkurrenten eine besondere Beziehungsnähe. Die der Butyra angehörenden Mitglieder haben daher als potentielle Konkurrenten eines Unternehmens, das Buttergroßhandel treiben will, ein schutzwürdiges Interesse daran, daß dieses Unternehmen nur Mitglied der Butyra werden und bleiben kann, wenn die bundesrechtlichen Vorschriften dafür erfüllt sind<sup>375</sup>.

– Die der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF) angehörenden Kontingentsinhaber sind befugt, die Erteilung eines neuen Kontingents anzufechten, weil die ihnen zugeteilten Kontingente als Folge der zusätzlichen Kontingenteröffnung gekürzt werden müssen<sup>376</sup>.

– Die Kontingentsinhaber sind auch zur Anfechtung einer Verfügung berechtigt, durch welche ein Sonderkontingent eingeräumt wird, obschon ihre bisherigen Einfuhrquoten deswegen nicht herabgesetzt werden. Selbst wenn die angefochtene Verfügung die Kontingentsinhaber wirtschaftlich nicht direkt benachteiligt, sind sie als Konkurrenten an der vorschriftsgemäßen Handhabung der für die ganze Branche geltenden und ihre eigene wirtschaftliche Tätigkeit wesentlich beeinflussenden Kontingentsordnung interessiert. «Dieses Interesse jedes einzelnen von einer Kontingentsordnung Betroffenen an der richtigen Durchführung des Kontingentierungssystems ist im Sinne von Art. 103 lit. a OG schutzwürdig, auch wenn die möglichen Zuteilungen nicht durch ein Gesamtkontingent beschränkt sind (vgl. BGE 97 I 593, 98 Ib 229 E.2, 99 Ib 107). Die Tatsache der Kontingentierung schafft für alle Konkurrenten eine spezifische Beziehungsnähe, soweit es sich um die Bewilligung von Kontingenten handelt»<sup>377</sup>.

<sup>372</sup> Art. 88 OG.

<sup>373</sup> BGE 99 Ib 107.

<sup>374</sup> Verordnung über die Butyra vom 25. 10. 1960 (SR 916.357.1) sowie die Statuten der Butyra (Genossenschaft des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 829 OR).

<sup>375</sup> BGE 101 Ib 90.

<sup>376</sup> BGE 97 I 297.

<sup>377</sup> BGE 100 Ib 424.

Die im gesamten liberale Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis des Dritten verdient volle Unterstützung. Sie ermöglicht es den Unternehmern insbesondere, ihre eminenten Interessen an der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden zur Geltung zu bringen, indem sie als Partei im ordentlichen Verfahren gegen Wettbewerbsverzerrungen ankämpfen können, die durch eine gesetzwidrige Begünstigung von Konkurrenten bewirkt würden.

Wie schon erwähnt<sup>378</sup>, ist das Rechtsschutzinteresse nicht nur für die Beurteilung der Beschwerdebefugnis maßgebend, sondern auch für den Entscheid darüber, wer als Partei<sup>379</sup> am erstinstanzlichen Verfahren teilnehmen darf<sup>380</sup>. Deshalb ist dem Dritten, der sich neben dem Gesuchsteller am erstinstanzlichen Verfahren beteiligen will, die Parteieigenschaft zuzugestehen, wenn sich erweist, daß er ein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des Verfügungsverfahrens hat<sup>381</sup>. Damit stimmt überein, daß die im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren enthaltene Legaldefinition der Parteien<sup>382</sup> für das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren gleichermaßen gilt. Schreibt aber das Gesetz auch für das Verfügungsverfahren verbindlich vor, wer als Partei anzusehen und entsprechend zu behandeln ist, bedeutet dies, daß es die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht damit bewenden lassen darf, den das Verfahren einleitenden Gesuchsteller als Partei anzuerkennen, sondern daß sie vielmehr auch andern Personen, die von der beantragten Verfügung betroffen werden könnten, Gelegenheit verschaffen soll, am Verfügungsverfahren teilzunehmen<sup>383</sup>.

Im Hinblick auf die elementaren verfahrensrechtlichen Ansprüche, die einer Partei zustehen (rechtliches Gehör<sup>384</sup>, Akteneinsicht<sup>385</sup>, formelle Eröffnung der Verfügung<sup>386</sup>), kommt der frühzeitigen und möglichst vollständigen Erfassung der Parteien ein großes Gewicht zu<sup>387</sup>. Die Verwaltung bemüht sich denn

<sup>378</sup> S. Ziff. 2.6.1., S. 538 hiavor.

<sup>379</sup> Art. 6 VwVG.

<sup>380</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 113f.; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 11.3, S. 88.

<sup>381</sup> Grundlegend VPB 1978 (42) Nr. 96.

<sup>382</sup> «Als Parteien gelten Personen, deren Rechte und Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht» (Art. 6 VwVG).

<sup>383</sup> VPB 1978 (42) Nr. 96, S. 425.

<sup>384</sup> Art. 29 VwVG.

<sup>385</sup> Art. 26 VwVG.

<sup>386</sup> Art. 34 VwVG.

<sup>387</sup> VPB 1978 (42) Nr. 96, S. 427; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 16.232, S. 142f.

auch zunehmend darum, die Parteien von Anfang an auf die Einleitung eines Verfahrens aufmerksam zu machen. So schreitet sie in Fällen, in welchen die durch die beantragte Verfügung Betroffenen nicht von vornherein bekannt sind, vermehrt zur Publikation von Gesuchen um Erteilung von Bewilligungen<sup>388</sup>. Sie wendet dabei die Bestimmung analog an, wonach die Behörde ihre Verfügung in einer Sache mit einer großen Anzahl von Parteien, die sich ohne unverhältnismäßigen Aufwand nicht vollzählig bestimmen lassen, durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt eröffnen kann<sup>389</sup>.

Beteiligen sich Dritte als Parteien am Verfahren, nimmt dieses als Mehrparteienverfahren deutlich zivilprozessuale Züge an. Ist einmal die Parteieigenschaft der Beteiligten anerkannt, können sie sämtliche mit diesem Status verbundenen Rechte geltend machen; es gibt im Verwaltungsverfahren keine Parteien minderen Rechtes. Insbesondere ist der Grundsatz des rechtlichen Gehörs in seinen verschiedenen Ausprägungen gegenüber allen Parteien in gleicher Weise zu beachten. Dies bedingt eine durchgängige vollständige Information; zu häufig noch muß die Zustellung von Vernehmlassungen der Gegenpartei verlangt werden, weil die verfahrensleitende Verwaltungsbehörde glaubt, sie müsse diese dem Gegner nur zur Kenntnis bringen, wenn sie einen zweiten Schriftenwechsel durchführe<sup>390</sup>.

Immerhin muß die Offenheit des Mehrparteienstreits nicht selten zur Wahrung der legitimen Interessen eines Beteiligten beschränkt werden. In wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fällen muß eine Partei der Verwaltung oft Unterlagen einreichen, die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse betreffen. Da nun allen am Verfahren beteiligten Parteien das Recht auf Akteneinsicht<sup>391</sup> zusteht, besteht die Gefahr, daß Dritte, insbesondere

<sup>388</sup> Vgl. z.B. BBl 1981 II 1083: Gesuch um Erteilung der Bewilligung für eine Probebohrung in der Gemeinde Steinmaur; BBl 1981 III 735: Gesuch um Erteilung der Bewilligung für den Bau und Betrieb eines Helikopterflugplatzes bei Kerns; BBl 1980 III 1357: Gesuch um provisorische Erneuerung der Konzession für den Betrieb des Flughafens Bern-Belpmoos.

<sup>389</sup> Art. 36 lit. c VwVG; VPB 1978 (42) Nr. 96, S. 427; vgl. auch SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Ziff. 17.211 und 17.212. Zweckmäßigerweise statuiert der Gesetzgeber selber eine Pflicht zur Publikation von Gesuchen, vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 Rohrleitungsgesetz vom 4. 10. 1963 (SR 746.1), Art. 5 Bundesbeschluß zum Atomgesetz vom 6. 10. 1978 (SR 732.01).

<sup>390</sup> Vgl. zum Anspruch, von der Vernehmlassung der Gegenpartei Kenntnis zu nehmen, BGE 101 Ib 310; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 57.

<sup>391</sup> Art. 26–28 VwVG; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 53 f.; GRISSEL, a.a.O., S. 182 f.; KNAPP, a.a.O., S. 87 f.; FLEINER-GERSTER, a.a.O., S. 205; IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 83.



Konkurrenten, auf dem Weg über das Verwaltungsverfahren Einblick in diese Geheimnisse erhalten<sup>392</sup>. Der Konflikt zwischen dem Anspruch der einen Partei auf umfassende Akteneinsicht und dem Geheimhaltungsinteresse der andern Partei muß jeweils aufgrund einer von Rechtsüberlegungen bestimmten Interessenabwägung gelöst werden. Dabei ist das Verfahrensrecht, welches ja dazu dienen soll, das materielle Recht zu verwirklichen, so anzuwenden, daß die materiellrechtlichen Bestimmungen über den Schutz von Geheimnissen und über die Schweigepflicht der Beamten<sup>393</sup> (Amtsgeheimnis<sup>394</sup>) nicht verletzt werden<sup>395</sup>. Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren sieht diese Interessenabwägung ausdrücklich vor, indem es festlegt, daß die Behörde die Einsichtnahme in die Akten verweigern darf, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern<sup>396</sup>. Desgleichen kann die Urkundeneinsicht im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht beschränkt werden<sup>397</sup>. Ferner tragen die Regelungen über den Zeugenbeweis dem Interesse an der Wahrung von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen Rechnung<sup>398</sup>.

Die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts wird für die davon betroffene Partei dadurch gemildert, daß auf ein Aktenstück, in das ihr die Einsichtnahme verweigert wird, zu ihrem Nachteil nur abgestellt werden darf, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt Kenntnis und ihr außerdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äußern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen<sup>399</sup>.

Die sich im Mehrparteienverfahren stellenden Probleme der Wahrung von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen lassen sich aufgrund der angeführten Bestimmungen befriedigend lösen; sie

<sup>392</sup> HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, S. 200.

<sup>393</sup> Nach Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (SR 172.221.10) ist der Beamte zur Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten verpflichtet, die nach ihrer Natur oder gemäß besonderer Vorschrift geheim zu halten sind.

<sup>394</sup> Die Verletzung des Amtsgeheimnis ist nach Art. 320 des Strafgesetzbuchs (SR 311.0) strafbar.

<sup>395</sup> Vgl. HUBER, a.a.O., S. 200 ff.; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 40.

<sup>396</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. b VwVG.

<sup>397</sup> Art. 38 BZP i.V.m. Art. 113, 95 und 40 OG.

<sup>398</sup> Art. 16 Abs. 1 und 2, Art. 18 Abs. 2 VwVG; Art. 42 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 BZP i.V.m. Art. 113, 95 und 40 OG.

<sup>399</sup> Art. 28 VwVG; vgl. VPB 1979 (43) Nr. 46, S. 222 f.

könnten daher nicht als Grund für eine restriktivere Praxis bei der Zuerkennung der Beschwerdebefugnis angerufen werden. Freilich wird die sorgfältige Partei in ihren Eingaben an die entscheidende Instanz stets selber deutlich auf die in ihnen enthaltenen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hinweisen müssen.

#### 2.6.4. Verbandsbeschwerde

Die Verbände spielen nicht nur im Vorverfahren der Gesetzgebung<sup>400</sup> eine große Rolle, sondern immer mehr auch in verwaltungsrechtlichen Verfügungs- und Beschwerdeverfahren.

Die Verbandsbeschwerde ist in den Bundesgesetzen über das Verwaltungsverfahren und über die Organisation der Bundesrechtspflege nicht speziell geregelt. Sie wird in der Praxis aus prozeßökonomischen Gründen zugelassen, wenn es zur statistischen Aufgabe des Verbandes gehört, die Interessen der Mitglieder wahrzunehmen, und wenn mindestens eine beträchtliche Anzahl der Mitglieder durch die angefochtene Verfügung in einer Weise berührt werden, daß sie diese eigenständig anzufechten befugt wären<sup>401</sup>. Nichts steht entgegen, daß ein Verband anstelle seiner Mitglieder in erster Instanz den Erlaß einer Feststellungs-<sup>402</sup> oder einer andern Verfügung<sup>403</sup> anbegehrt. Da der Verband für seine Mitglieder handelt, braucht er selber nicht betroffen zu sein. In der Praxis kann häufig auf Verbandsbeschwerden nicht eingetreten werden, weil die beschwerdeführenden Vereinigungen nicht nachzuweisen vermögen, daß eine erhebliche Zahl ihrer Mitglieder zur Beschwerde befugt wären<sup>404</sup>. Daß sich der Verband auf die von ihm verfolgten ideellen Ziele beruft, vermag ihm in solchen Fällen nicht zu helfen: Die mit der Wahrung der Mitgliederinteressen begründete Beschwerdebefugnis des Ver-

<sup>400</sup> Die Richtlinien über das Vorverfahren der Gesetzgebung sind publiziert im BBl 1970 I 993 ff. und 1976 II 949; vgl. GROSSEN, L'organisation des travaux préliminaires de législation, S. 349 ff.

<sup>401</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 119; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 178 f.; BGE 104 Ib 318, 100 Ib 424; 99 Ib 55; VPB 1978 (42) Nr. 96, S. 428 f.

<sup>402</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. b, Art. 25 VwVG.

<sup>403</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a und c VwVG; vgl. BGE 98 Ib 58 f.

<sup>404</sup> VPB 1980 (44) Nr. 21, S. 84; 1979 (43) Nr. 46, S. 219 f.; 1978 (42) Nr. 96, S. 431 f.; VPB 1976 (40) Erw. 3 d, S. 67; MACHERET, La qualité pour recourir: clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, S. 188, hält das numerische Kriterium für ungenügend. Nach ihm sollte die Verfahrenslegitimation des Verbandes bejaht werden, wenn die angefochtene Verfügung objektiv geeignet ist, die vom Verband wahrgenommenen gemeinsamen Mitgliederinteressen zu tangieren.

bands kann nicht umfassender sein als diejenige der vertretenen Mitglieder<sup>405</sup>. Private, die allein nicht beschwerdebefugt wären, können die Legitimation nicht durch einen Zusammenschluß erreichen<sup>406</sup>. Ohne nachweisen zu müssen, daß eine erhebliche Zahl seiner Mitglieder beschwerdebefugt ist und daß er nach den Statuten deren Interessen zu wahren hat, kann ein Verband nur dann Verfügungen anfechten, die seinem ideellen Zweck zuwiderlaufen, wenn er hiezu spezialgesetzlich ermächtigt ist<sup>407</sup>.

#### 2.6.5. Behördenbeschwerde nach Art. 103 lit. b OG

Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege ermächtigt in dieser Bestimmung das in der Sache zuständige Departement generell, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen einer eidgenössischen Rekurskommission, einer eidgenössischen Schiedskommission, einer letzten kantonalen Instanz oder einer Vorinstanz im Sinne von Artikel 98 Buchstabe h zu erheben. Die angeführten Vorinstanzen haben ihre Verfügungen, gegen welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist, dem Departement mitzuteilen. Das Bundesrecht kann diese generelle Beschwerdebefugnis auch einer Dienstabteilung der Bundesverwaltung einräumen.

Mit dieser Behördenbeschwerde, die im Gegensatz zur Betroffenenbeschwerde<sup>408</sup> nicht vom Nachweis eines Rechtsschutzinteresses abhängt, verfügen die ermächtigten Stellen der Bundesverwaltung über ein wirksames Mittel, mit welchem sie gegenüber den bezeichneten Instanzen, die außerhalb der Bundeszentralverwaltung in Bundesverwaltungssachen entscheiden, auf die richtige und einheitliche Anwendung des Bundesrechts dringen können<sup>409</sup>. Die Pflicht, die Verfügungen an die beschwerdebefugte Stelle der Bundesverwaltung zu senden, und die bloße Möglichkeit, daß diese eine Verfügung beim Bundesgericht anfechten könnte, wirken bei den außerhalb der Bundeszentralverwaltung stehenden Instanzen in hohem Maße vorbeugend gegen eine gesetzwidrig laxer Anwendung des Bundesverwaltungsrechts.

Für den Unternehmer, der aus Konkurrenzgründen auf gleichmäßigen Gesetzesvollzug pocht, ist die den zuständigen Bundes-

<sup>405</sup> VPB 1978 (42) Nr. 96, S. 429.

<sup>406</sup> VPB 1977 (41) Nr. 82, S. 98.

<sup>407</sup> Art. 48 lit. b VwVG; Art. 103 lit. c OG.

<sup>408</sup> Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG.

<sup>409</sup> Vgl. BGE 105 Ib 359; GYG, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 120f.

verwaltungsbehörden eingeräumte Beschwerdebefugnis von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ein kleines Land bedarf wirksamer verfahrensrechtlicher Vorkehrungen, um sicherzustellen, daß der Vollzugsföderalismus nicht die Einheitlichkeit des Wirtschaftsgebiets gefährdet<sup>410</sup>.

#### 2.6.6. Beschwerdebefugnis von Behörden und Organisationen gemäß Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. c OG

##### 2.6.6.1. Funktion

Die spezialgesetzlich zur Beschwerde befugten Personen, Organisationen oder Behörden können ihre Interessen auf dem Beschwerdeweg geltend machen, ohne daß sie ein schutzwürdiges Interesse im Sinne der allgemeinen Beschwerdelegitimation<sup>411</sup> dartun müssen. Die Beschwerdebefugnis ist ihnen jedoch abzusprechen, wenn sie Interessen verteidigen wollen, deren prozesuale Wahrung ihnen nach dem Sinn des Gesetzes, welches sie zur Beschwerde legitimiert, nicht zukommt<sup>412</sup>.

Ein wichtiger Grund für die zunehmende spezialgesetzliche Zuerkennung der Beschwerdebefugnis an Behörden und Organisationen liegt darin, daß die Wirtschaftstätigkeit heute wegen des enormen Fortschritts von Wissenschaft und Technik derart weittragende Auswirkungen auf Mensch und Umwelt zeitigt, daß die Verwaltungsrechtspflegeordnung nicht mehr bloß nach dem Leitbild des Schutzes der Einzelnen vor dem Staat konzipiert werden kann, sondern auch Rechtsschutzmöglichkeiten zur Wahrung der übergreifenden Interessen schaffen muß. Die enge Verknüpfung zwischen dem materiellen Verwaltungsrecht und dem Verwaltungsverfahrenrecht zeigt sich hier einmal mehr: Die durch die gesteigerte Regelungsbedürftigkeit der heutigen Lebensverhältnisse gewaltig angeschwollene verwaltungsrechtliche Gesetzgebung spiegelt sich in den Verfahrensbestimmungen darin, daß die Beschwerdebefugnis außer dem Verfügungsadressaten auch Dritten zuerkannt wird, und zwar nicht nur solchen, die durch die Verfügung berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung haben, sondern auch Behörden und Organisationen, damit sie öffentliche oder

<sup>410</sup> Die wirtschaftspolitischen Kompetenzen der Kantone sind unter anderem zur Bewahrung des einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsgebietes weitgehend beschränkt (vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 74).

<sup>411</sup> Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG.

<sup>412</sup> BGE 100 Ib 452, 96 I 504; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 124.

doch allgemein bedeutsame Interessen wahren können. Damit der Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis, den die befaßte Instanz in für alle am Verfahren Beteiligten verbindlicher Weise herbeiführen soll<sup>413</sup>, möglichst gesetzeskonform und sachrichtig ausfällt, ist heute oft erforderlich, daß die beschwerdebefugten Behörden und Organisationen die von ihnen verfolgten allgemeinen Interessen in der gleichen Parteistellung geltend machen können, in welcher die betroffenen Privaten für ihre Individualinteressen kämpfen.

Dass die Verwaltungsrechtspflege im modernen Staat nicht eindimensional nur auf den Schutz subjektiver Rechte oder Anliegen ausgerichtet sein kann<sup>414</sup>, liegt letztlich auch im Interesse des wirtschaftlich tätigen Privaten. Die Unternehmer können ja ihre Aktivitäten nur in einem wirtschaftsfreundlichen Umfeld optimal entfalten, und das Verständnis für die Belange der Wirtschaft wird gesamthaft eher gefördert, wenn die Bedenken oder Ängste, die gegenüber einzelnen Projekten bestehen, deutlich und rechtsstaatlich einwandfrei zum Ausdruck kommen können, als wenn sich mangels hiefür bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten außerhalb der ordentlichen Rechtswege Widerstände aufstauen und entladen. Das Mehrparteienverfahren wirkt in besonderem Maße integrierend<sup>415</sup>.

Überdies darf der Gegensatz, der zwischen der Beschwerde des betroffenen Privaten und derjenigen einer kraft Spezialvorschrift legitimierten Behörde oder Organisation besteht, nicht überschätzt werden. Bei näherem Zusehen zeigt sich oft, daß die allgemeinen Interessen, welche die beschwerdebefugten Behörden oder Organisationen zu wahren bestimmt sind, dem Schutz der Rechte und Freiheiten der Einzelnen dienen, während das Vorhaben des individuellen Rechtsschutz anbegehrenden Privaten die Freiheit anderer gefährdet<sup>416</sup>.

Dennoch sollte die Beschwerdebefugnis spezialgesetzlich nicht leichthin an Behörden oder Organisationen erteilt werden. Die

<sup>413</sup> Dies ist die Hauptaufgabe der Verwaltungsrechtspflege (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 18).

<sup>414</sup> Vgl. GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 291; zu den verschiedenen Funktionen des Verwaltungsverfahrensrechts ferner SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S. 15 ff., 93; PFEIFER, Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren, S. 43 ff.

<sup>415</sup> Zur legitimierenden und integrierenden Wirkung der Verwaltungsrechtspflege PFEIFER, a.a.O., S. 47 ff.

<sup>416</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 17; Zur freiheitsverbürgenden Aufgabe insbesondere des Polizeirechts JOST, a.a.O., S. 58 ff.



von der Verfügung betroffenen Dritten, die ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben, können ihre Interessen prozessual aufgrund der allgemeinen Beschwerdebefugnis<sup>417</sup> geltend machen, wobei ein Verband an ihrer Stelle handeln kann, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind<sup>418</sup>. Sollen darüber hinaus noch andere Personen, Behörden oder Organisationen beschwerdebefugt sein, die keine Betroffenheit und kein eigenes Rechtsschutzinteresse nachweisen müssen<sup>419</sup>, bedarf es hiezu besonders stichhaltiger Gründe<sup>420</sup>. Dies gilt umso mehr, als die rechtsanwendenden Instanzen die im einschlägigen Rechtsbereich maßgebenden allgemeinen Interessen unabhängig davon zu berücksichtigen haben, ob spezialgesetzlich einzelnen Behörden oder Organisationen eine Beschwerdebefugnis eingeräumt ist, damit sie diese Interessen prozessual wahren können. Zudem können und sollen sie sich über diejenigen Aspekte eines Problems, die ihnen nicht genügend vertraut sind, durch das Einholen von Mitberichten oder Gutachten bei andern Verwaltungsstellen oder Sachverständigen ins Bild setzen lassen. Jedenfalls ist zu vermeiden, daß durch eine allzu großzügige gesetzgeberische Praxis in der Einräumung von Beschwerdebefugnissen, die an kein eigenes praktisches Rechtsschutzinteresse gebunden sind, eine solche Zunahme und Verlängerung der Verfahren bewirkt wird, daß die mit der sondergesetzlichen Legitimationserweiterung erreichbaren Resultate geringer wiegen als die Nachteile der Prozeßvermehrung. Der Unternehmer soll sich hauptsächlich seinem Betrieb und dem Markt widmen können und davon nicht übermäßig durch Prozesse abgehalten werden. Da eine einmal eingeräumte spezielle Beschwerdebefugnis in der Regel fortbestehen wird, hat der Gesetzgeber, wenn die Einführung einer entsprechenden Sonderregelung zur Diskussion steht, das Dafür und das Dawider sorgfältigst gegeneinander abzuwägen.

#### 2.6.6.2. Behörden

Neben der im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege dem in der Sache zuständigen Departement allgemein eingeräumten Befugnis, Verfügungen bestimmter Vorinstanzen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht

<sup>417</sup> Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG.

<sup>418</sup> S. 551 f. hiervor.

<sup>419</sup> Art. 48 lit. b VwVG; Art. 103 lit. c OG.

<sup>420</sup> Vgl. SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 182.

anzufechten<sup>421</sup>, hat der Bundesgesetzgeber bisher von der Möglichkeit, einzelne Behörden zur Beschwerde zu ermächtigen, ohne daß sie ein praktisches Anfechtungsinteresse dartun müssen<sup>422</sup>, sparsam Gebrauch gemacht<sup>423</sup>. Die spezialgesetzliche Zuerkennung der Beschwerdebefugnis an Behörden kann vor allem dort erwogen werden, wo sich in einem Bereich ganz spezifische Kontroll- und Vollzugsprobleme stellen<sup>424</sup>, so wenn zu befürchten ist, daß die mit dem Vollzug beauftragten Instanzen das Gesetz nicht mit der nötigen Strenge anwenden werden, und wenn nicht mit betroffenen Drittbeschwerdeführern gerechnet werden kann, welche die gesetzwidrigen Vergünstigungen anfechten würden.

Da immer deutlicher erkannt wird, daß die Vernachlässigung der öffentlichen Interessen in einem Verwaltungs- und Anfechtungsverfahren häufig zum Nachteil privater Dritter ausschlägt<sup>425</sup>, die sich unter Umständen nicht wirksam wehren können, dürften die Fälle, in denen der Bundesgesetzgeber einzelnen Behörden eine spezielle Beschwerdebefugnis einräumt, inskünftig eher zunehmen. Der Bundesgesetzgeber wird möglicherweise manchmal auch deshalb eine Sonderregelung der Beschwerdebefugnis treffen, weil er damit für den betreffenden Bereich durch eine einfache Gesetzesvorschrift jede Unsicherheit beseitigen kann, wie sie hinsichtlich der Betroffenheitsbeschwerde des Gemeinwesens besteht.

Die Meinungen darüber, in welchen Fällen ein schutzwürdiges Interesse des sich auf die allgemeine Beschwerdebefugnis<sup>426</sup> berufenden Gemeinwesens an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung zu bejahen ist, gehen auseinander. Nach der einen Auffassung ist das Gemeinwesen anfechtungsberechtigt, wenn es beschwerter Verfügungsadressat ist, sowie wenn es sich als Nichtadressat über ein ausreichendes Rechts-

<sup>421</sup> Art. 103 lit. b OG; vgl. S. 552f. hiavor.

<sup>422</sup> Art. 48 lit. b VwVG; Art. 103 lit. c OG.

<sup>423</sup> Vgl. etwa Art. 12 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. 7. 1966 (SR 451) (Gemeinden und Kantone); Art. 24 Abs. 5 lit. a und b Straßenverkehrsgesetz vom 19. 12. 1958 (SR 741.01) (kantonale Behörden); Art. 6 Abs. 5 Milchbeschluß vom 29. 9. 1953 (SR 916.350) (Gemeindebehörde des Verbrauchsorts); Art. 11 Abs. 1 Satz 3 Verkehrsmilchverordnung vom 30. 4. 1957 (SR 916.353.1) (Zentralverband der Schweizerischen Milchproduzenten, der hier Behörde ist).

<sup>424</sup> Vgl. PFEIFER, a.a.O., S. 141, Anm. 52.

<sup>425</sup> KÖLZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 21 N. 71.

<sup>426</sup> Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG.

schutzinteresse ausweisen kann<sup>427</sup>. Dabei läßt sich aus den anerkannten Grundsätzen der allgemeinen Beschwerdebefugnis einmal ableiten, daß das schutzwürdige Interesse des Gemeinwesens kein *privates* sein muß, sondern in der Regel ein öffentliches sein wird<sup>428</sup>. Sodann kann wie bei allen anderen Beschwerdeführern auch beim Gemeinwesen nur von Fall zu Fall beurteilt werden, ob das Interesse an der Aufhebung und Änderung der angefochtenen Verfügung schutzwürdig ist. Gemäß der Voraussetzung, daß der Anfechtungserfolg dem Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen eintragen müßte, ist das Rechtsschutzinteresse des Gemeinwesens jedenfalls zu verneinen, wenn es diesem bloß um die richtige Rechtsanwendung geht, oder wenn es sich durch den angefochtenen Entscheid desavouiert fühlt, weil es als Vorinstanz anders entschieden hatte<sup>429</sup>. Nach einer zweiten, wesentlich weitergehenden Meinung wäre die Beschwerdebefugnis nicht nur des Gemeinwesens, sondern auch der Behörden jeweils zu bejahen, wenn es bei vernünftiger Betrachtung gerechtfertigt erscheint, daß sich die anfechtende Behörde für die spezifisch in ihren Wirkungskreis fallenden Aspekte öffentlicher Interessen prozessual einsetzen kann. «Sobald der beschwerdeführenden Behörde bei der Entscheidung der Frage ein Ermessensspielraum zusteht, wo lokaler Charakter die Aufgabe prägt, wo der geordnete Betriebsablauf auf dem Spiele steht (Beamtendisziplinarsachen, Anstaltsverwaltung), wo sich eine erstinstanzlich entscheidende Behörde durch einen mindestens faktischen Mehrwert auszeichnet, wo sie besonders gut mit der fraglichen Materie vertraut ist, drängt es sich auf, ihr die Vertretung ihrer Interessen vor übergeordneten Beschwerdeinstanzen zu gestatten»<sup>430</sup>. Dieser zweiten Meinung kann nicht gefolgt werden; sie ist mit dem geltenden Verfahrensrecht nicht vereinbar: Nicht nur wird die Parteilehre strapaziert, indem das Anfechtungsinteresse einer Behörde deren Partei- und Prozeßfähigkeit implizieren würde<sup>431</sup>, sondern das Rechtsschutzinteresse müßte entgegen der

<sup>427</sup> GYGI, Zur Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens in der Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 449 ff.

<sup>428</sup> GYGI, Zur Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens in der Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 461.

<sup>429</sup> GYGI, Zur Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens in der Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 457, 461; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 182; MACHERET, a.a.O., S. 202.

<sup>430</sup> BAUMGARTNER, Behördenbeschwerde – und kein Ausweg?, S. 306 f.

<sup>431</sup> BAUMGARTNER, a.a.O., S. 302 f.; richtig dagegen GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 129; DERS., Zur Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens in der Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 457.

zur allgemeinen Beschwerdebefugnis entwickelten Rechtsprechung auch dann bejaht werden, wenn der von der anfechtenden Behörde erstrebte Ausgang des Streits dieser keinen praktischen Nutzen brächte. So wenig wie bei Privaten kann bei Behörden (d.h. beim Trägerverband) ein Rechtsmittelerfolg, der bloß darin bestünde, daß der Beschwerdeführer mit seiner Auffassung über die richtige Rechtsanwendung durchdringt, als genügendes Rechtsschutzinteresse anerkannt werden. Sonst müßte man konsequenterweise aufgrund der gleichen Bestimmungen über die allgemeine Beschwerdebefugnis<sup>432</sup> auch allen Vereinigungen, die sich prozessual für die Beachtung der besonders von ihnen verfochtenen allgemeinen Interessen einsetzen wollen, die Beschwerdelegitimation zugestehen, ohne daß sie ein praktisches Rechtsschutzinteresse für sich oder für eine erhebliche Zahl ihrer Mitglieder nachzuweisen hätten.

So sehr einerseits eine liberale Praxis zur allgemeinen Beschwerdebefugnis im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes auch für das Gemeinwesen zu begrüßen ist, so sehr sind andererseits Lösungsvorschläge, welche die geltende Verfahrensordnung sprengen, abzulehnen. Will der Bundesgesetzgeber sicher sein, daß eine Behörde bestimmte Verfügungen anfechten kann, muß er diese Befugnis im Spezialgesetz ausdrücklich festlegen. Wo es an einer derartigen speziellen Vorschrift gebricht, wird die Praxis wie bisher von Fall zu Fall entscheiden, ob die beschwerdeführende Behörde ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Dieser Weg ermöglicht die sachgerecht differenzierende Herausarbeitung von Fallgruppen.

Der wirtschaftlich tätige Private ist nicht nur hinsichtlich des materiellen, sondern auch des Verfahrensrechts auf möglichst viel Rechtssicherheit angewiesen. Wenn er umsichtig planen und richtig disponieren will, sollte er in der Lage sein, einigermaßen verläßlich abschätzen zu können, mit welchen potentiellen Drittbeschwerdeführern er in einem Bewilligungsverfahren rechnen muß. Diese Voraussicht wird wesentlich erleichtert, wenn die Rechtsprechung zur allgemeinen Beschwerdebefugnis unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer ein Privater, eine Behörde oder eine Organisation ist, daran festhält, daß sich der Beschwerdeführer über ein eigenes und aktuelles Rechtsschutzinteresse ausweisen muß und daß dieses Rechtsschutzinteresse im praktischen Nutzen besteht, den die erfolgreiche Beschwerde dem Be-

<sup>432</sup> Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG.



schwerdeführer eintragen würde, beziehungsweise in der Abwendung eines Nachteils, den die angefochtene Verfügung für den Beschwerdeführer zur Folge hat<sup>433</sup>. Es liegt somit im Interesse einer klaren Verfahrensordnung, daß das Gemeinwesen durch die Verfügung unmittelbar in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Stellung betroffen sein muß, wenn es sie gestützt auf die allgemeine Beschwerdebefugnis soll anfechten können<sup>434</sup>.

Da nach den Kriterien, welche für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses maßgebend sind, dem Gemeinwesen die Beschwerdebefugnis häufig abgesprochen werden muß, kommt der Frage, für welche Bereiche der Bundesgesetzgeber einem Gemeinwesen (oder einer Behörde) die Beschwerdebefugnis durch eine spezielle Vorschrift einräumt, große Bedeutung zu.

### 2.6.6.3. Organisationen

Im Vordergrund steht gesetzgeberisch die Zuerkennung der Beschwerdebefugnis an Organisationen. Die Tendenz, den Verbänden vermehrt ein eigenständiges (erweitertes) Klagerecht, das also nicht von der Klagebefugnis der einzelnen Mitglieder abhängt<sup>435</sup>, einzuräumen, manifestiert sich sowohl im Bundesprivatrecht<sup>436</sup> als auch im Bundesverwaltungsrecht. Der Gesetzgeber bezeugt mit der Einräumung des erweiterten Verbandsklage-

<sup>433</sup> BGE 106 Ib 413.

<sup>434</sup> BGE 99 Ib 213f.

<sup>435</sup> Wegen dieser Unabhängigkeit von den Klagerechten der Mitglieder wird etwa von einer ideellen Verbandsklage gesprochen im Gegensatz zur egoistischen Verbandsklage, welche die Mitgliederinteressen wahrt (vgl. MATTER, Die Verbandsbeschwerde im schweizerischen Umweltschutzrecht, S.447).

<sup>436</sup> Vgl. z. B. Art. 8 Abs. 2 lit. b des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen: Die Ansprüche auf Feststellung der Widerrechtlichkeit, Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und Unterlassung der Vorkehr stehen auch Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung zu, die sich statutengemäß dem Konsumentenschutz widmen (BBl 1981 II 1345f., 1380). Ferner ist in der Botschaft über ein Konsumkreditgesetz eine Ergänzung des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (SR 241) vorgeschlagen (Art. 2 Abs. 4 Entwurf), wonach die Ansprüche aus den Buchstaben a–c des Artikels 2 UWG auch Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäß dem Konsumentenschutz widmen, insofern zustehen, als sich die Klage gegen unlauteren Wettbewerb im Zusammenhang mit Teilzahlungskäufen und ihnen gleichgestellten Rechtsgeschäften oder Kleinkrediten richtet, wobei in diesen Fällen die Klageberechtigung der Organisation von derjenigen ihrer Mitglieder unabhängig ist (BBl 1978 II 606ff., 639f.). Vgl. auch Art. 31<sup>sexies</sup> Abs. 2 BV.



rechts, den Rechtsschutz des Einzelnen in denjenigen Bereichen zu verbessern, in welchen das soziale, wirtschaftliche oder politische Ungleichgewicht zwischen den Rechtssubjekten so groß ist, daß die richtige Anwendung des positiven Rechts als gefährdet erscheint, wenn nicht zusätzlich zu der auf den Individualrechtsschutz zugeschnittenen allgemeinen Klagebefugnis noch spezielle Klage- oder Beschwerdeberechtigungen erteilt werden<sup>437</sup>. So soll das im Arbeitsgesetz verankerte Beschwerderecht der Berufsverbände<sup>438</sup> einen Ausgleich dafür schaffen, daß die einzelnen Arbeitnehmer oft davon absehen, selber Beschwerde zu führen, weil sie negative Folgen für das Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber befürchten oder Angst davor haben, direkt und nur unter ihrem Namen mit den Behörden verkehren zu müssen<sup>439</sup>. Bei der den Berufsverbänden des Filmwesens eingeräumten Beschwerdebefugnis<sup>440</sup> steht dagegen die Sicherung des mit der Kontingentierung der Spielfilmeinfuhr angestrebten Zwecks, die Unabhängigkeit des schweizerischen Filmverleihs gegenüber dem Ausland zu erhalten, im Vordergrund<sup>441</sup>. Die größte praktische Bedeutung hat die Beschwerdebefugnis der gesamtschweizerischen Vereinigungen erlangt, die sich statutengemäß dem Natur- und Heimatschutz oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen<sup>442</sup>. Die Beschwerden dieser Vereinigungen erfüllen vor allem in den Bewilligungsverfahren für wirtschaftliche Vorhaben mit weitreichenden Auswirkungen auf die Umwelt eine wichtige Funktion, was auch aus ihrer überdurchschnittlichen Erfolgsquote hervorgeht<sup>443</sup>. In Anlehnung an die Verbandsbeschwerde der Natur- und Heimatschutzorganisationen sieht der Entwurf zum Bundes-

<sup>437</sup> MATTER, a.a.O., S. 445 f., 447.

<sup>438</sup> Art. 58 Abs. 1 BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13.3.1964 (SR 822.11).

<sup>439</sup> BGE 98 I b 346 f.

<sup>440</sup> Art. 17 Abs. 2 Filmgesetz vom 28.9.1962 (SR 443.1).

<sup>441</sup> BGE 96 I 172 f. WEBER, Die schweizerische Außenhandelsgesetzgebung, S. 321, fordert, daß im Bereich des Außenhandels außer den Verbänden des Filmwesens auch andern Verbänden mit analoger Struktur gesetzlich eine Prozeßführungsbefugnis eingeräumt werde. Der Bundesgesetzgeber müßte jedoch in jedem Fall qualifizierte Gründe für eine Spezialregelung anführen können.

<sup>442</sup> Art. 12 Abs. 1 Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz von 1.7.1966 (SR 451); vgl. dazu die Arbeit von RIVA, Die Beschwerdebefugnis der Natur- und Heimatschutzvereinigungen im schweizerischen Recht; zur Eingrenzung der Beschwerdebefugnis dieser Vereinigungen GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 124 f.

<sup>443</sup> RIVA, a.a.O., S. 108.

gesetz über den Umweltschutz vor, daß das Beschwerderecht auch den gesamtschweizerischen Umweltschutzorganisationen zusteht, soweit gegen kantonale Verfügungen oder gegen Verfügungen von Bundesbehörden über die Planung, Errichtung oder Änderung von ortsfesten Anlagen, für die eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist, die Verwaltungsbeschwerde oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist<sup>444</sup>.

Die Zuerkennung einer spezialgesetzlichen Beschwerdebefugnis an Organisationen entbindet den Gesetzgeber nicht von der primären Pflicht, alles vorzukehren, damit die Verwaltung tagtäglich das Gesetz gleichmäßig und wirksam durchsetzt; die Rechtsmittelverfahren können Vollzugsmängel nur punktuell beheben<sup>445</sup>.

Sofern es der Gesetzgeber nicht der Praxis überlassen will, abzugrenzen, welche Organisationen sich auf eine spezialgesetzliche Erweiterung der Beschwerdebefugnis berufen können, muß er bei der Auswahl der berechtigten Vereinigungen den Gleichheitssatz beachten<sup>446</sup>.

## *2.7. Rechtsanwendung durch Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung*

### *2.7.1. Allgemeines*

Der Bund läßt wichtige Bereiche des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch Organisationen außerhalb der Bundesverwaltung vollziehen, wozu ihn die Bundesverfassung ermächtigt<sup>447</sup>. Indem er sich auf diese Weise die private Sachkunde zunutze macht, entlastet er die Bundesverwaltung<sup>448</sup>.

Die selbstverwalteten Regelungsbereiche können technischer Natur sein, wie dies für die Kontrolle über die elektrischen Starkstromanlagen durch das Starkstrominspektorat des Schweizerischen Elektrotechnischen Vereins<sup>449</sup> und für die offizielle Quali-

<sup>444</sup> Art. 49E, BBl 1979 III 824ff., 849; vgl. MATTER, a.a.O., S. 466ff.

<sup>445</sup> ROSENSTOCK, Sammelbesprechung von Publikationen zum Natur- und Heimatschutz, S. 322.

<sup>446</sup> MATTER, a.a.O., S. 465.

<sup>447</sup> Art. 32 Abs. 3 BV. Auf der Gesetzesstufe bietet insbesondere Art. 120 Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1) eine wichtige Grundlage.

<sup>448</sup> SCHÜRMANN, a.a.O., S. 332.

<sup>449</sup> Art. 1 Verordnung über das Eidgenössische Starkstrominspektorat vom 27.10.1967 (734.24).

tätskontrolle in der schweizerischen Uhrenindustrie durch das Laboratoire Suisse de Recherches Horlogères (LSRH) zu-  
trifft<sup>450</sup>.

Bedeutsamer sind die interventionistischen Sondermarktordnungen, unter denen die Milchwirtschaft mit dem Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM)<sup>451</sup>, der gemeinsamen Organisation für den Käsegroßhandel «Schweizerische Käseunion AG/Schweizerische Käsekonvention»<sup>452</sup> sowie der Butyra<sup>453</sup> an erster Stelle anzuführen ist. Sodann sind der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF)<sup>454</sup> viele Vollzugsaufgaben, vor allem im Zusammenhang mit der Kontingentierung der Futtermiteleinfuhr, übertragen. Die Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung (GSF)<sup>455</sup> schließlich befaßt sich mit der Durchführung der Schlachtviehordnung.

Für die Übertragung von Verwaltungsbefugnissen an private Organisationen müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein<sup>456</sup>: gesetzliche Grundlage; öffentlich-rechtliche Sicherungen in der Organisation im Interesse einer einwandfreien Aufgabenerfüllung; Staatsaufsicht; Gewährleistung der Gleichbehandlung der Bürger. Ferner muß bei der Auftragserteilung an die private Organisation eine einvernehmliche Regelung getroffen werden können<sup>457</sup>. Wichtig ist die Sicherstellung des Rechtsschutzes der Verfügungsadressaten.

Es ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob der Träger der mittelbaren Staatsverwaltung privatrechtlich oder öffentlich-

<sup>450</sup> Art. 7 Bundesbeschluß über die offizielle Qualitätskontrolle in der schweizerischen Uhrenindustrie vom 18.3.1971/19.6.1981 (SR 934.11). Das LSRH ist ein Verein gemäß Art. 60 ff. ZGB (BBl 1980 III 1343).

<sup>451</sup> Art. 10 Milchbeschluß vom 29.9.1953 (SR 916.350). Der ZVSM ist ein Genossenschaftsverband.

<sup>452</sup> Art. 1 Abs. 2 Bundesgesetz über die Käsevermarktung (Käsemarktordnung) vom 27.6.1969 (SR 916.356.0). Die gemeinsame Organisation ist eine privatrechtliche Doppelgesellschaft.

<sup>453</sup> Art. 15 Milchbeschluß vom 29.9.1953 (SR 916.350); Verordnung über die Butyra vom 25.10.1960 (SR 916.357.1). Die «Schweizerische Zentralstelle für Butterversorgung» (Butyra) ist eine Genossenschaft des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 829 OR.

<sup>454</sup> Bundesbeschluß über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 17.12.1952 (SR 916.112.218). Die GGF ist eine Genossenschaft des öffentlichen Rechts.

<sup>455</sup> Art. 73 Schlachtviehordnung vom 17.2.1982 (SR 916.341). Die GSF ist eine privatrechtliche Genossenschaft.

<sup>456</sup> IMBODEN/RHINOW, a.a.O., II, Nr. 157 B II; ferner BBl 1980 III 1343.

<sup>457</sup> BBl 1980 III 1343.

rechtlich konstituiert ist; entscheidend ist vielmehr der Inhalt des vom beauftragten Träger anzuwendenden Verwaltungsrechts sowie die Ausgestaltung des einschlägigen Organisations- und Verfahrensrechts. So ist beispielsweise das privatrechtliche Gewand der Doppelgesellschaft Schweizerische Käseunion AG/Schweizerische Käsekonvention angesichts der eine wirksame Interessenwahrung des Bundes gewährleistenden Kompetenzordnung relativ bedeutungslos<sup>458</sup>: Zu dem in der Käsemarktordnung (KMO) verankerten Aufsichtsinstrumentarium des Bundes gehören insbesondere das Einspruchsrecht<sup>459</sup>, das individuelle und generelle Weisungsrecht<sup>460</sup>, der Genehmigungsvorbehalt<sup>461</sup> und das weitreichende Recht der Ersatzvornahme<sup>462</sup>.

Die vielen weitgefaßten Normen des agrarpolitischen Interventionsrechts verschaffen den mit seiner Anwendung betrauten Organisationen erhebliche Entscheidungsspielräume; sie können überdies Satzungen erlassen, welche auf dem Delegationsweg erlassenes öffentliches Bundesrecht darstellen<sup>463</sup>.

### 2.7.2. Gefahren für die objektive Rechtsanwendung

Während die Anwendung technisch-polizeilicher Normen durch Institutionen außerhalb der Bundesverwaltung (Starkstrominspektorat, offizielle Qualitätskontrolle in der Uhrenindustrie) keine besonderen Rechtsschutzprobleme stellt, sind mit der Durchführung interventionistischer Marktordnungen durch die damit betrauten Organisationen erhebliche Gefahren für die objektive Rechtsanwendung verbunden, gegen die fortwährend und hartnäckig angekämpft werden muß. Die richtige Anwendung des positiven Rechts ist deshalb gefährdet, weil die von den Organisationen zu treffenden Verfügungen häufig Interessen der Organisation selber oder ihr nahestehender Personen direkt oder indirekt tangieren. Die Unbefangenheit der verbandlichen Entscheidungsgremien ist viel weniger gewährleistet als die Objekti-

<sup>458</sup> Vgl. BBl 1968 I 1062; WEBER, Die schweizerische Außenhandelsgesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung der Handels- und Gewerbefreiheit, S. 228, 231.

<sup>459</sup> Art. 8 KMO (SR 916.356.0).

<sup>460</sup> Art. 10 Abs. 1 KMO.

<sup>461</sup> Art. 19 Abs. 2 und 3 KMO.

<sup>462</sup> Art. 19 Abs. 4 KMO; vgl. zum Überwachungsmechanismus BBl 1968 I 1059, 1062, 1086 ff.; WEBER, a.a.O., S. 224, 228 ff.

<sup>463</sup> GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 150; BGE 101 Ib 309, 98 Ib 444, 97 I 296, 741.

vität einer Verwaltungsbehörde oder gar des Richters. Zur Verdeutlichung seien einige Aspekte der Rechtsanwendung in den Bereichen der Milchwirtschaft und der Futtermiteleinfuhr aufgezeigt.

#### 2.7.2.1. Milchwirtschaft

Der Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten hat die geordnete und kostensparende Konsummilchversorgung des Landes zu gewährleisten und für eine zweckmäßige Milchverarbeitung zu sorgen<sup>464</sup>. Nach der gesetzlichen Ordnung sollen die Milchverbände die Konsummilchversorgung und die Milchverarbeitung *lenken*; der Gesetzgeber wollte jedoch keineswegs, daß die Milchverbände aus diesem Auftrag ableiten, sie dürften bei der Ausübung der ihnen übertragenen Lenkungsbefugnisse vornehmlich ihre eigenen Betriebe (Verbandsmolkereien) berücksichtigen. Vielmehr hat der Gesetzgeber in klarer Erkennung der Gefahr, daß die Milchverbände die ihnen zustehenden öffentlich-rechtlichen Kompetenzen dazu benützen könnten, vor allem für die ihnen gehörenden Betriebe zu sorgen, mehrfach ausdrücklich statuiert, daß die verbandseigenen Unternehmungen gegenüber den unabhängigen Betrieben nicht bevorzugt werden dürfen<sup>465</sup>. Daß die einen öffentlichen Dienst erfüllenden Milchverbände die privatwirtschaftlichen Interessen ihrer Verbandsmolkereien im öffentlich-rechtlich geregelten Tätigkeitsbereich zurückstellen müssen, ist grundlegend und wird stets erneut betont<sup>466</sup>.

In der Praxis wissen indessen die Milchverbände die Interessen ihrer Betriebe gut zu wahren. Die Verbandsmolkereien haben sich nicht zuletzt unter dem Schirm der öffentlichrechtlichen Befugnisse ihrer Träger zu äußerst potenten Großunternehmen entwickeln können. Die verbandsunabhängigen Molkereibetriebe haben es gegenüber der Verbandskonkurrenz schwer, zu ihrem Recht zu kommen, wenigstens wenn sie nicht einen Großverteiler im Rücken haben.

<sup>464</sup> Art. 10 Abs. 1 Milchbeschluß (SR 916.350).

<sup>465</sup> Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3 Verkehrsmilchverordnung vom 30.4.1957 (SR 916.353.1).

<sup>466</sup> BGE 105 Ib 129f., 97 I 863; BBl 1977 I 135, 138, 163 166f., 171 unten; Milchgutachten der Schweizerischen Kartellkommission, VKK 1969, S. 50f., 61f., 66, 68f.; KAUFMANN, Die öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Zentralverbandes Schweiz. Milchproduzenten (ZVSM), S. 73, 104ff.; vgl. IMBODEN/RHINOW, a.a.O., II, Nr. 157 B V.



Die Bevorzugung der Verbandsbetriebe fängt bereits und äußerst wirksam bei der Beschaffung der Rohmilch an. Die Statuten der Milchverbände enthalten Bestimmungen, die dem Verband gegenüber seinen Mitgliedern, den örtlichen Produzentengenossenschaften, ein Vorkaufs- oder ein Kaufsrecht auf freiwerdende Milch einräumt<sup>467</sup>. Obschon die Kartellkommission in ihrem Milchgutachten einläßlich begründet hat, daß diese statutarischen Bestimmungen eine erhebliche Behinderung dritter Milchkäufer (verbandsunabhängige Betriebe) im Wettbewerb bedeuten, die sich nicht durch überwiegende schutzwürdige Interessen im Sinne des Kartellgesetzes<sup>468</sup> rechtfertigen läßt, werden die Verbände diese Bestimmungen weder selber aufheben, noch wird die Aufsichtsinstanz für ihre Aufhebung sorgen. Ein verbandsunabhängiger Betrieb hat schon wegen diesen den Verbänden statutarisch eingeräumten Vorrechten größte Mühe, überhaupt Rohmilch erwerben zu können, kann doch nicht erwartet werden, daß die Vorstände der örtlichen Produzentengenossenschaften wissen, daß die erwähnten statutarischen Vorrechte des Verbandes gegen das Kartellgesetz verstoßen. Gelingt es einem unabhängigen Molkereibetrieb ungeachtet der aufgezeigten Schwierigkeiten, einen Milchkaufvertrag abzuschließen, verzögert der für dessen Genehmigung<sup>469</sup> zuständige Milchverband häufig die Behandlung des entsprechenden Gesuchs<sup>470</sup>, um es schließlich abzulehnen. Angesichts der Schwierigkeiten der Nichtverbandsbetriebe, die von ihnen benötigte Rohmilch zu erwerben, ist es begrüßenswert, daß das Bundesgericht vor kurzem entschieden hat, daß es sich in bestimmten Fällen aufdrängt, den Milchverbänden als Korrektiv zu ihrem faktischen Monopol der Rohmilchbeschaffung die Pflicht aufzuerlegen, Nichtverbandsbetriebe mit Rohmilch zu beliefern<sup>471</sup>.

Der verbandsexterne Unternehmer kämpft oft erfolglos um eine rechtsgleiche Anwendung der einschlägigen milchwirtschaftsrechtlichen Normen. Viele Bestimmungen des Milchbeschlusses und der wichtigen Verkehrsmilchverordnung sind heute veraltet und zu eng, weil sich die vom Gesetzgeber vorausgesetz-

<sup>467</sup> Milchgutachten der Schweizerischen Kartellkommission, VKK 1969, S. 57 ff.

<sup>468</sup> Art. 5 Kartellgesetz vom 20. 12. 1962 (SR 251).

<sup>469</sup> Art. 15 Abs. 2 Verkehrsmilchverordnung (SR 916.353.1).

<sup>470</sup> Die Kartellkommission hat sowohl die Verzögerung der erstinstanzlichen Entscheidung durch die Verbände als auch ihre oftmals ungenügende Begründung festgestellt (Milchgutachten, VKK 1969, S. 68 f.).

<sup>471</sup> BGE 105 Ib 131 ff. Streitig war der von einem verbandsexternen Hersteller von Pastmilch geltend gemachte Anspruch auf Zuweisung von Rohmilch.

ten tatsächlichen Verhältnisse seit dem Inkrafttreten dieser Erlasse grundlegend geändert haben. Der technische Fortschritt, die gesteigerten Transportmöglichkeiten sowie geänderte Konsumgewohnheiten<sup>472</sup> machen größere Produktionsmengen und eine weiträumigere Mobilität unausweichlich. Die Milchverbände wenden nun gerne veraltete Bestimmungen mit engen Gebietsumschreibungen, die auf frühere Produktions- und Lieferverhältnisse zugeschnitten sind, gegenüber den verbandsunabhängigen kleinen oder mittelgroßen Betrieben restriktiv an, während sich die Verbandsmolkereien und die den Großverteilern gehörenden Unternehmen nicht daran halten. Die Verbände vermögen so viele dynamische Betriebe in ihrer Tätigkeit wirksam einzuengen. Ist die gegenüber den verbandsexternen Klein- und Mittelbetrieben befolgte restriktive Praxis vom (veralteten) Wortlaut gedeckt, könnte diesen nur ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht helfen. Ein solcher wird jedoch in der Rechtsprechung nur selten bejaht, da die Rechtsmittelinstanzen darauf angelegt sind, der richtigen Auslegung der Norm Nachachtung zu verschaffen<sup>473</sup>. Da die vorfrageweise Überprüfung der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit von Verordnungen zurückhaltend erfolgt<sup>474</sup>, können die verbandsunabhängigen Betriebe in den Fällen, in welchen veraltete Bestimmungen einseitig nur ihnen gegenüber durchgesetzt werden, auch nicht damit rechnen, daß die Beschwerdeinstanzen diesen Bestimmungen die Anwendung versagen, weil sie aufgrund der veränderten tatsächlichen Gegebenheiten unverhältnismäßig geworden sind.

Es besteht umso mehr Anlaß, die Milchverbände zu einer rechtsgleichen Anwendung der von ihnen zu vollziehenden Normen anzuhalten, als sie sich der Ausübung ihrer öffentlichrechtlichen Funktionen nur dann zu enthalten haben, wenn ihre privaten Interessen unmittelbar und offenkundig denen anderer Beteiligter entgegenstehen<sup>475</sup>. Der Umstand, daß an der zu treffenden Verfügung sowohl verbandseigene als auch verbandsfremde Personen interessiert sind, begründet noch keine solche Enthaltungspflicht. «Das würde die ganze gegenwärtige Organisation der Konsummilchversorgung und Milchverwertung in Frage stellen, denn diese führt ihrer Natur nach immer wieder zu solchen

<sup>472</sup> Z.B. Verlagerung von der offen ausgemessenen zur verpackten Konsummilch; Verbreitung neuartiger Frischmilchprodukte.

<sup>473</sup> BGE 107 Ib 88, 93, 102 Ib 364; GYGI, Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1976, ZbJV 114 (1978), S. 103.

<sup>474</sup> S. 507, 508 f., 527 ff. hiervor.

<sup>475</sup> BGE 105 Ib 130.

Interessenkonflikten. An den Milchverbänden liegt es dann jeweils, sich ihrer öffentlichrechtlichen Aufgaben würdig zu zeigen und unter Hintanstellung von Privat- oder Verbandsinteressen objektiv zu entscheiden. Außerdem hat das Bundesamt für Landwirtschaft als Aufsicht- oder gegebenenfalls als Beschwerdeinstanz darüber zu wachen, daß keine Mißbräuche vorkommen»<sup>476</sup>. Die bundesgerichtliche Erwartung, daß sich Verbände, die handfeste Wirtschaftsinteressen verfolgen, zur edlen Haltung aufschwingen würden, sie hätten das Privileg, öffentlichrechtliche Aufgaben erfüllen zu dürfen, mit selbstloser Hintanstellung ihrer eigenen Interessen zu lohnen, ist ein frommer Wunsch. Die einzige Konzession, die von den Milchverbänden in Richtung auf die Vorstellung von ihrer Selbstlosigkeit gemacht wird, ist eine scheinbare: Sie pflegen die Vorteile, die sie sich zuschanzen oder beanspruchen, damit zu rechtfertigen, daß sie die Milchversorgung im ganzen Land, bis in den hintersten Flecken, gewährleisten und dadurch gegenüber der Allgemeinheit ein großes Opfer erbrächten. Nur soll sich kein verbandsexterner Betrieb erdreisten, ihnen bei dieser Opfertragung Hilfe leisten zu wollen. Es ist eine Konstante des Interventionsrechts, daß die davon am meisten Profitierenden ihre Privilegien mit Opfertheorien zu verbrämen wissen<sup>477</sup>.

Können die Milchverbände schon Verfügungen treffen, an denen verbandseigene und verbandsfremde Personen interessiert sind, wenigstens solange der Interessenkonflikt nicht gar zu kraß ist<sup>478</sup>, wird ihre Stellung zusätzlich noch dadurch verstärkt, daß die Rechtsmittelinstanzen auch dann auf ihre Beschwerden eintreten, wenn sie in erster Instanz selber verfügten<sup>479</sup>.

Ein mit der Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben betrauter Verband kann nicht zugleich zwei Pferde reiten. Wo seine behördliche Funktion zur Diskussion steht, hat er sich ihrer Ausübung zu enthalten, wenn hinsichtlich der zu beurteilenden Frage ein manifester Konflikt zwischen verbandseigenen und verbandsfremden Interessen besteht<sup>480</sup>. Es wird ihm diesfalls häufig Parteistellung zukommen, so daß nichts entgegensteht, ihm die Beschwerdebefugnis zuzuerkennen, wenn ihn die Verfügung berührt und sein Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung

<sup>476</sup> BGE 105 Ib 130.

<sup>477</sup> Vgl. hinsichtlich der Kontingentsberechtigten Gygi, Rechtsgrundsätze der Einfuhrkontingentierung, S. 79.

<sup>478</sup> BGE 105 Ib 130, 97 I 862f.

<sup>479</sup> BGE 105 Ib 129, 98 Ib 30.

<sup>480</sup> BGE 105 Ib 130.

schutzwürdig ist<sup>481</sup>. Sofern der Konflikt zwischen den verbandseigenen und den verbandsfremden Interessen weniger ausgeprägt ist, nimmt der Verband die ihm obliegende Behördenfunktion wahr und verfügt, wobei er die eigenen Interessen im Hinblick auf seine Stellung als Träger der mittelbaren Staatsverwaltung hintanstellen muß<sup>482</sup>. In diesem Fall ist der Verband erstinstanzliche Behörde und daher nach den anerkannten Legitimationsgrundsätzen nicht befugt, einen ihn als Vorinstanz desavouierenden Beschwerdeentscheid anzufechten<sup>483</sup>. Daß der ihm nicht passende Beschwerdeentscheid seine Verbandsinteressen berührt, ändert daran nichts, haben doch diese Interessen dort, wo der Verband als Behörde verfügt, in den Hintergrund zu treten. Für verbandsexterne Betriebe ist es schwer verständlich, daß die Milchverbände sie zunächst hoheitlich mittels der Ausübung ihrer öffentlichrechtlichen Verfügungsbefugnisse zurückdämmen können und nachher, wenn sie vor der Beschwerdeinstanz unterliegen, als Parteien gestützt auf die allgemeine Beschwerdebefugnis weiterfechten dürfen.

Den Milchverbänden kann ferner nicht zugebilligt werden, mit der Betroffenheitsbeschwerde den Entscheidungsspielraum, der ihnen bei der Erfüllung der öffentlichrechtlichen Aufgaben zusteht, zu verteidigen. Andernfalls wären die Verbände mit Teilhoheitscharakter verfahrensmäßig besser gestellt als die Kantone, die beim Vollzug von Bundesrecht ebenfalls in weiten Bereichen über einen erheblichen Spielraum verfügen, ohne daß sie deswegen, von Ausnahmen abgesehen, ihre von den übergeordneten Beschwerdeinstanzen geänderten Entscheide auf dem Rechtsmittelweg verteidigen könnten. Der den Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung eingeräumte «eigenverantwortliche» Wirkungskreis, ihre «Autonomie», kann nicht der in den Kantonsverfassungen garantierten Gemeindeautonomie gleichgestellt werden; vielmehr unterliegen diese Organisationen einer umfassenden Aufsichts- und Weisungsbefugnis des Bundes<sup>484</sup>. Angesichts des vom Bund übernommenen ungedeckten

<sup>481</sup> Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG.

<sup>482</sup> BGE 105 Ib 130, 97 I 862 f.

<sup>483</sup> GYGI, Zur Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens in der Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 457, 461; DERS., Bundesverwaltungsrechtspflege, Ziff. 7.1, S. 121; SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S. 182; MACHERET, a.a.O., S. 202.

<sup>484</sup> Vgl. z. B. Art. 120 Abs. 2 Landwirtschaftsgesetz vom 3. 10. 1951 (SR 910.1); Art. 35, 39, 43 Milchbeschluß vom 29. 9. 1953 (SR 916.350); Art. 8, 10, 19 Käsemarktordnung vom 27. 6. 1969 (SR 916.356.0); VPB 1968–1969 (Heft



Aufwands der Milchrechnung versteht sich diese enge Überwachung von selbst.

### 2.7.2.2. Futtermiteinfuhr

Die Importseite der Futtermittelbewirtschaftung kennzeichnet sich knapp ausgedrückt durch eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung und die Erhebung von Preiszuschlägen an der Grenze. Die Durchführung dieser Aufgaben ist der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF), einer öffentlichrechtlichen Genossenschaft, übertragen, zugunsten welcher ein Einfuhrmonopol begründet wurde<sup>485</sup>.

Die Regelung der Futtermiteinfuhr ist eine denkbar starre Kontingentsordnung. Immerhin hat der Bundesrat kürzlich, nach jahrelangem Druck der Kartellkommission und einzelner dynamischer Importfirmen, die durch das erstarrte Einfuhrsystem benachteiligt werden, den eidgenössischen Räten den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel zugeleitet, das die Flexibilität dieser Kontingentsordnung etwas erhöhen wird<sup>486</sup>.

Die Straffheit des Systems bekommen naturgemäß vor allem jüngere, erfolgreiche Importfirmen zu spüren, die um eine Erhöhung ihres knappen Einzelkontingents<sup>487</sup> kämpfen. Die ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten sind sehr beschränkt. Eine Einengung erleiden diese benachteiligten Importeure einmal dadurch, daß die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel ungeachtet des wichtigen Grundsatzes, wonach die Einfuhrberechtigungen periodisch neu zu ordnen sind<sup>488</sup>, nur sehr selten generelle Kontingentsrevisionen

34) Nr.102, S.183f. (ZVSM); 1970–1971 (Heft 35) Nr.18, S.65 ff. (Käseunion); BBl 1977 I 163, 171.

<sup>485</sup> Art. 1 Abs. 2 Bundesbeschluß über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 17.12.1952 (SR 916.112.218); Art. 19 Abs. 1 Allgemeine Landwirtschaftsverordnung vom 21.12.1953 (SR 916.01); Art. 1 Bundesratsbeschluß über die Einfuhr von Futtermitteln, Stroh und Streue vom 17.12.1956 (SR 916.112.216); vgl. WEBER, a.a.O., S. 118 ff.

<sup>486</sup> BBl 1982 I 101 ff.

<sup>487</sup> Bei der Neueröffnung wird in der Regel bloß ein sog. «Billigkeitskontingent» von 2000 Tonnen zugestanden (Bericht der Schweizerischen Kartellkommission, VKK 1980, S. 73).

<sup>488</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 3 Landwirtschaftsgesetz vom 3.10.1951 (SR 910.1); hinsichtlich der auf Art. 19 Abs. 1 lit. b Landwirtschaftsgesetz beruhenden Ordnung der Futtermiteinfuhr: Art. 20 Abs. 2 Allgemeine Landwirtschaftsverordnung vom 21.12.1953 (SR 916.01) und Art. 1 Abs. 4 Bundesbeschluß über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 17.12.1952 (SR 916.112.218).



durchführt. Die letzte generelle Kontingentsrevision im Bereich der Futtermiteinfuhr fand 1969 aufgrund der Basisjahre 1966 und 1967 statt. Da ein solcher Rhythmus mit einer richtig verstandenen periodischen Neuordnung nichts zu tun hat, sah sich die Kartellkommission diesbezüglich zu einer Empfehlung veranlaßt<sup>489</sup>. Vergleichsweise sei auf einige Kontingents- oder Warenzuteilungsordnungen hingewiesen, welche in gesetzlich festgelegter, viel rascherer Kadenz Neuverteilungen durchführen, wobei die einschlägigen Kriterien und das entsprechende Verfahren bisweilen einläßlich normiert und so zum voraus absehbar sind:

- Schlachtviehordnung<sup>490</sup>, Art.15 (jährliche Anpassung der Einzelkontingente);
- Verordnung über die Einfuhr von Pferden, Maultieren und Eseln<sup>491</sup>, Art.9 (jährliche Zuteilung der Einzelkontingente);
- Weinstatut<sup>492</sup> Art.20 Abs.1 (Neuberechnung der Einzelkontingente alle drei Jahre);
- Warenzuteilungsreglement der Schweizerischen Käseunion<sup>493</sup>, Art.4 (fortlaufende, vierteljährliche Zuteilung nach einem beweglichen System).

Zwischen den seltenen allgemeinen Kontingentsrevisionen im Bereich der Futtermiteinfuhr hat ein tüchtiger Importeur, der nicht auf dem ihm anfänglich erteilten minimalen Billigkeitskontingent sitzen bleiben will, nur die Möglichkeit, ein Gesuch um ausnahmsweise Erhöhung seines Einzelkontingents einzureichen<sup>494</sup>. Der Vorstand der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, dem Konkurrenten des Gesuchstellers angehören, wird dessen Begehren abweisen. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement als Rekursinstanz wird dem Gesuchsteller ebenfalls einen abschlägigen Bescheid erteilen, nicht ohne ihn auf den kontingentsfreien Import aufmerksam zu machen<sup>495</sup>. Eine erfolgreiche Importtätigkeit im Bereich der nichtkontingentierten Futtermittel nützt dem Importeur freilich nichts, da sie bei der Kontingentsrevision nicht berücksichtigt zu werden pflegt. Schließlich wird das Bundesgericht die Ablehnung des Gesuchs um Erhöhung des Einzelkontingents schützen, weil

<sup>489</sup> VKK 1977, S.204.

<sup>490</sup> Vom 17.2.1982 (SR 916.341).

<sup>491</sup> Vom 10.12.1979 (SR 916.322.1).

<sup>492</sup> Vom 23.12.1971 (SR 916.140).

<sup>493</sup> Vom 26.4.1972 (SR 916.356.01).

<sup>494</sup> Art.7 Statuten der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel.

<sup>495</sup> Bericht der Kartellkommission VKK 1980, S.73.

außerhalb der periodischen generellen Anpassung der Kontingente einzelne Änderungen in der bestehenden Kontingentsstruktur nur ausnahmsweise und mit Zurückhaltung vorgenommen werden sollen<sup>496</sup>. Die Kontingentsverwaltungsbehörde wird die vom Bundesgericht erhaltene Bestätigung, daß aus der erfolgreichen und zunehmenden Geschäftstätigkeit im nichtkontingentierten Bereich kein Anspruch auf eine individuelle Kontingenterhöhung abgeleitet werden könne<sup>497</sup>, gerne zur Kenntnis nehmen und im übrigen die generelle Kontingentsrevision hinausschieben, zumal weder eine präzise gesetzliche Frist noch eine Weisung des beaufsichtigenden Volkswirtschaftsdepartements dazu drängen.

Ohne Erfolg ist wiederholt kritisiert worden, daß die über die Kontingentserteilung verfügende erste Instanz, der Vorstand der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel<sup>498</sup>, wegen dessen Zusammensetzung nicht die erwünschte Gewähr für unbefangene Entscheide bietet<sup>499</sup>. Die Vorstandsmitglieder, deren Kontingentsanteile bei der Erteilung neuer oder der Erhöhung bestehender Kontingente geschmälert werden, sind daran interessiert, daß entsprechende Gesuche abgelehnt werden.

Je starrer eine Kontingentsordnung ist, je schwieriger fällt es, mit einem Gesuch um Erhöhung des Einzelkontingents durchzudringen. Der Gesuchsteller muß deshalb sein Begehren hieb- und stichfest begründen können. Hiezu muß er Vergleiche mit den andern Kontingentsberechtigten ziehen können. Ganz allgemein hat er als von der Kontingentsordnung Betroffener ein Interesse an deren richtigen Durchführung, weshalb er auch zur Konkurrentenbeschwerde zugelassen ist<sup>500</sup>. So ist es für ihn beispielsweise von Belang, daß die Pflicht der Selbstausnützung<sup>501</sup> des

<sup>496</sup> BGE 98 Ib 445.

<sup>497</sup> BGE 98 Ib 446.

<sup>498</sup> Art. 5 und 7 Statuten der GGF.

<sup>499</sup> Am 15. 12. 1978 verfügten 10 der 16 Vorstandsmitglieder direkt oder indirekt selbst über Futtermittelkontingente (VKK 1980, S. 64f.; vgl. auch S. 67f. und 110). Vgl. auch VKK 1977, S. 155, 191f., 204; ALDER, Die staatliche Lenkung der schweizerischen Futtermiteleinfuhr, S. 23.

<sup>500</sup> BGE 100 Ib 424.

<sup>501</sup> Art. 9 Abs. 2 Statuten der GGF: «Die Einzelkontingente und die gestützt darauf erteilten Ermächtigungen zur Verzollung dürfen ausschließlich durch den statutarisch berechtigten Inhaber selbst ausgenützt werden. Die Übertragung der Ausnützung durch Umgehungsgeschäfte oder die Ausnützung für Rechnung Dritter ist unzulässig.» Vgl. zum Grundsatz der Selbstausnützung

Kontingents von allen Kontingentsinhabern erfüllt wird und daß Trittbrettfahrer<sup>502</sup>, die keine eigentliche Importleistung erbringen, ausgeschaltet werden. Ob die andern Kontingentsinhaber den statutarischen Voraussetzungen genügen, kann er indessen nur überprüfen, wenn das Kontingentsystem möglichst transparent ist. Der Vorstand der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel weigert sich nun aber sogar, die individuellen Kontingentsberechtigungen bekanntzugeben. Damit verletzt er den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.

Anerkanntermaßen beinhaltet der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Beweisstadium den Anspruch des Rechtssuchenden, über rechtserhebliche Sachvorbringen mit nicht zum vornherein ungeeigneten Beweismitteln Beweis führen zu können<sup>503</sup>. Die Angaben über die individuellen Kontingentsberechtigungen sind Beweismittel, mit welchen ein Gesuchsteller sein Begehren um Kontingenterhöhung (oder um Kontingentsentzug gegenüber einem die statutarischen Pflichten verletzenden Konkurrenten) in rechtserheblicher Weise stützen kann. Die Kartellkommission hat festgestellt, daß die Kenntnis der einzelnen Kontingentsberechtigungen nichts mit einem Geschäftsgeheimnis (Fabrikationsmethode, Kundenliste) zu tun hat, und gefordert, daß die aus fragwürdigen Gründen geheimgehaltene Einzelkontingentsverteilung offengelegt werde<sup>504</sup>. In der Tat leuchtet nicht ein, weshalb öffentlichrechtlich zugemessene Privilegien<sup>505</sup> geheim sein sollten. Genau so wenig wie die Kontingentszuteilung dürfen die je bestehende Aufteilung und die Veränderungen eine Geheimwissenschaft sein<sup>506</sup>.

Bezeichnend für die Starrheit der Kontingentsordnung im Bereich der Futtermiteinfuhr ist auch der eingebaute Strukturschutz<sup>507</sup>, der im Widerspruch steht zu der heute in den meisten

BGE 100 Ib 425; VEB 1951 (Heft 21) Nr. 98, S. 158f., 1952 (Heft 22) Nr. 97, S. 161f., 1953 (Heft 23) Nr. 76, S. 168; ALDER, a.a.O., S. 28ff., 97f.; NELL, Mengenmäßige Beschränkungen im Agrarrecht, S. 75; GYGI, Rechtsgrundsätze der Einfuhrkontingentierung, S. 81f.; HODLER, Erfahrungen der Praxis mit mengenmäßigen Beschränkungen und Vorschläge für eine Neuordnung, S. 91f.; VKK 1980, S. 77f.

<sup>502</sup> Vgl. VKK 1980, S. 96.

<sup>503</sup> Art. 32 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 VwVG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 57; GRISEL, a.a.O., S. 181; IMBODEN/RHINOW, a.a.O., I, Nr. 82 B IV b.

<sup>504</sup> VKK 1980, S. 71, 111.

<sup>505</sup> Zur Vorzugsstellung der Kontingentsinhaber GYGI, Rechtsgrundsätze der Einfuhrkontingentierung, S. 79.

<sup>506</sup> VKK 1970, S. 102f., 115, 119 oben.

<sup>507</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. a Statuten der GGF; vgl. BGE 97 I 302ff.

Wirtschaftsbereichen festzustellenden Auflösung deutlich getrennter Handelsstufen. Zudem ist es nicht Aufgabe des Bundes, bei der Verfolgung agrar- und außenhandelspolitischer Zielsetzungen Strukturpolitik des Handels zu betreiben<sup>508</sup>. Die künstliche Aufrechterhaltung überlebter Handelsstrukturen erleichtert die leidigen Koppelungsgeschäfte, die darin bestehen, daß der Kauf eines Postens kontingentierter Ware vom gleichzeitigen Kauf eines Postens nichtkontingentierter Ware abhängig gemacht wird, den der Abnehmer unter Umständen anderswo günstiger erstehen könnte<sup>509</sup>.

Die Kontingentierung der Futtermiteleinfuhr wurde bis heute derart starr praktiziert, daß von den Neu-Importeuren, die den Importhandel erst nach 1932 aufnahmen, keiner sein Kontingent so erheblich zu erhöhen vermochte, daß er in die Gruppe der Großimporteure aufgestiegen wäre<sup>510</sup>. Die in Aussicht genommene Neuordnung will mit einer periodischen teilweisen Kontingentsversteigerung mehr Flexibilität in das System bringen<sup>511</sup>. Leider wird überflüssigerweise vorgesehen, daß das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement die alle drei Jahre durchzuführende Versteigerung in begründeten Fällen verschieben kann<sup>512</sup>.

Nach den hinsichtlich Flexibilität und Transparenz wenig erhebenden Erfahrungen mit der Kontingentsordnung der Futtermiteleinfuhr ist es ein starkes Stück, daß der Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel in der Bestimmung über den Rechtsschutz einen Absatz des Wortlauts enthält: «Konkurrenten sind nicht zur Beschwerde berechtigt»<sup>513</sup>.

### 2.7.3. Korrekturmöglichkeiten

Es gibt keine Wundermittel, mit denen man bewerkstelligen könnte, daß die Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung das Recht, mit dessen Vollzug sie beauftragt sind, stets objektiv und rechtsgleich anwenden. Der eminent politische Einschlag der interessendurchwobenen interventionistischen Marktordnungen läßt sich nicht wegdiskutieren. Entscheidend ist, daß

<sup>508</sup> VKK 1980, S.105, VKK 1970, S.118; vgl. auch BGE 99 Ib 171.

<sup>509</sup> VKK 1980, S.90f.; BBl 1982 I 116f.

<sup>510</sup> BBl 1982 I 116.

<sup>511</sup> Art.15 Abs.2–7 E; BBl 1982 I 127f., 144.

<sup>512</sup> Art.15 Abs.2 Satz 2 E; BBl 1982 I 144.

<sup>513</sup> Art.20 Abs.3 E; BBl 1982 I 137f., 145.

die Gefahren, die mit der Delegation von wirtschaftspolitischen Verwaltungsaufgaben an Organisationen verbunden sind, erkannt und nachhaltig bekämpft werden. Die zuständigen Bundesbehörden müssen die Organisationen wirksam überwachen und dürfen in der ihnen obliegenden Aufsichtstätigkeit nicht erlahmen, wie hartnäckig auch die bei den Selbstverwaltungskörperschaften zu überwindenden passiven Widerstände gelegentlich sein mögen. Wenn die Bundeszentralverwaltung feststellt, daß die zur Mitwirkung beim Gesetzesvollzug herangezogenen oder zu diesem Zweck geschaffenen Organisationen ihren Auftrag nicht einwandfrei erfüllen, hat sie energisch einzugreifen. Die den Trägern der mittelbaren Staatsverwaltung zuzubilligende Sachkunde und der ihnen eingeräumte Handlungsspielraum darf die Bundesbehörden nicht davon abhalten, Mißstände zu beseitigen. Vielmehr rufen der den Organisationen zustehende Entscheidungsspielraum und die wirtschaftliche Bedeutung der an sie delegierten Verwaltungsbefugnisse kompensatorisch einer besonders scharfsichtigen Überwachung. Hinsichtlich der Aufsicht über die Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung muß das gleiche Rechtsschutzanliegen hervorgehoben werden wie bei der vorfrageweisen Prüfung der Gültigkeit gesetzesvertretender Verordnungen: Das Rechtsstaatsdefizit, das in der Globaldelegation liegt, darf nicht nochmals durch eine zu zurückhaltende Kontrolle vergrößert werden<sup>514</sup>. Die Aufsichtsinstanzen haben insbesondere von ihrer Weisungsbefugnis Gebrauch zu machen<sup>515</sup>. Sodann haben die Rechtsmittelinstanzen die Rügen, mit welchen die Beschwerdeführer ihren Antrag auf Aufhebung oder Änderung der von den Organisationen getroffenen Verfügungen begründen, sehr sorgfältig zu prüfen. Eine zurückhaltende Kontrolle ist um so weniger am Platz, als die verbandsunabhängigen Firmen bezüglich der bei den Verbänden bestehenden Interessenkollision stets mit der unabhängigen Überprüfung im gut ausgebauten Rechtsschutzsystem getröstet werden<sup>516</sup>. Die Rechtspflegeorgane müssen vor allem auf

<sup>514</sup> GYGI, Rechtsgrundsätze der Einfuhrkontingentierung, S. 82; DERS., Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 298.

<sup>515</sup> Es ist z. B. schwer verständlich, daß das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel nicht schon vor Jahren aufgrund von Art. 5 Abs. 3 der Statuten der GGF angewiesen hat, eine Neuordnung der Einzelkontingente vorzunehmen (vgl. Art. 1 Abs. 4 Bundesbeschluß über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 17. 12. 1952 [SR 916.112.218]).

<sup>516</sup> Vgl. KAUFMANN, a.a.O., S. 121; BBl 1977 I 163, 171.



eine objektive und rechtsgleiche Gesetzesanwendung drängen. Zwar läßt sich die Rechtsgleichheit im Bereich der Lenkungsverwaltung, so bei der Schaffung und Handhabung von Kontingentsordnungen, von der Sache her nicht im gleichen Maß verwirklichen wie etwa im Polizeirecht<sup>517</sup>. Die einschlägigen Bestimmungen dürfen jedoch nicht einseitig zulasten bestimmter Unternehmen ausgelegt werden. Die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Verhältnismäßigkeit sind bei der Beurteilung kontingentsrechtlicher Fragen auch deswegen vermehrt zur Geltung zu bringen, weil innerhalb des Bereichs der Kontingentierung die Handels- und Gewerbefreiheit nicht oder nur beschränkt einen zutreffenden Anknüpfungspunkt abgibt<sup>518</sup>.

Befriedigend ist der Rechtsschutz, wo es um den Zugang zu einer Marktordnung<sup>519</sup> oder um Sanktionen, die wegen Regelwidrigkeiten verhängt werden<sup>520</sup>, geht. Für den in einem interventionistischen Bewirtschaftungssystem tätigen Unternehmer ist es indessen wichtig, daß der Rechtsschutz auch in den sachverhältnismäßig und rechtlich viel komplizierteren Fällen, in welchen Mengenprobleme oder die Folgen einer fragwürdigen Ausgestaltung von gesetzesvertretenden Verordnungen im Vordergrund stehen, zugriffsfähig funktioniert.

Über viele Möglichkeiten, den Gefahren unobjektiver und rechtsungleicher Gesetzesanwendung durch die Organisationen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung vorzubeugen, verfügt der Gesetzgeber. Wenn er durch eindeutige und zwingende Vorschriften die Transparenz eines Bewirtschaftungssystems sicherstellt, ist schon vielen Mißbräuchen die Spitze gebrochen. Bezeichnenderweise wehren sich diejenigen Kontingentsverwaltungsstellen, welche die starrsten Systeme verwalten, am meisten gegen Offenlegungspflichten<sup>521</sup>. Der Ausgestaltung des Organisations- und Verfahrensrechts ist alle Aufmerksamkeit zu schen-

<sup>517</sup> SCHÜRMANN, a.a.O., S. 106 f.; vgl. auch BGE 99 Ib 190 Erw. 2a am Ende.

<sup>518</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 142 ff.; DERS., Rechtsfragen der Einfuhrkontingentierung, S. 78 f.; zum Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zur Kontingentierung auch MÜLLER, Le principe de la proportionnalité, S. 240 f.; WEBER, a.a.O., S. 181; BGE 97 I 299 Erw. 2b; VPB 1978 (42/II) Nr. 70, S. 300.

<sup>519</sup> Z.B. BGE 97 I 293 ff.

<sup>520</sup> Z.B. BGE 103 Ib 126 ff., 362 f.

<sup>521</sup> Der Vorstand der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel sträubte sich bis vor kurzem sogar gegen die Publikation von Rechtssätzen (vgl. die Kritik bei WEBER, a.a.O., S. 127), und er weigert sich nach wie vor, die individuellen Kontingentsberechtigungen bekanntzugeben (vgl. S. 572 hiavor).

ken; der Überwachungsmechanismus ist je stärker auszubauen, je mehr nach der Interessenlage und der Zusammensetzung der in den Organisationen verfügenden Gremien mit deren Voreingenommenheit gerechnet werden muß. Der Gesetzgeber hat die mit vielen unerfreulichen Nebenfolgen verbundene Erstarrung der Bewirtschaftungssysteme zu verhindern, indem er Bestimmungen zur Sicherung der Beweglichkeit erläßt. Erfahrungsgemäß genügen dabei allgemein gehaltene Pflichten nicht; Kontingentsrevisionen unterbleiben, wenn der zeitliche Rhythmus für die Neuverteilung im Gesetz nicht präzise festgelegt ist. Durch die im Gesetz vorgesehene Kadenz der Neuverteilungen wird auch der von den alteingesessenen Inhabern großer Kontingente gegenüber Revisionen erhobene Anspruch auf Bestandesschutz entkräftet, sind doch dann die aufgrund der Kontingentsordnung getroffenen Dauerverfügungen von Anfang an zeitlich befristet<sup>522</sup>.

## 2.8. Unbefriedigte Rechtsschutzbedürfnisse

Der Staat bewältigt seine beträchtlich ausgeweitete Aufgabenfülle mit den vielfältigsten Handlungsformen; er verfügt nicht nur oder schließt Verträge ab, sondern er arbeitet Pläne aus, er beeinflußt das Verhalten der Bürger durch Leistungsanreize und Leistungsverzicht<sup>523</sup>, er trifft organisatorische Maßnahmen<sup>524</sup>, er erteilt Auskünfte, Zusicherungen und Empfehlungen<sup>525</sup>; zudem ist er selber in beträchtlichem Ausmaß wirtschaftlich tätig. Im Hinblick auf die mannigfachen Erscheinungen des Verwaltungshandelns wird gelegentlich festgestellt, die Ausrichtung des Verwaltungsverfahrens- und des Verwaltungsprozeßrechts des Bundes am Verfügungsbegriff gewährleiste zwar eine hohe systematische Geschlossenheit, erschwere aber die Lösung von Rechtsschutzbedürfnissen bei neuartigen Verwaltungshandlungen<sup>526</sup>.

Gründe der Rechtssicherheit und der Praktikabilität schließen es aus, daß in allen Fällen, in welchen sich ein Rechtsschutzbedürfnis manifestiert, stets auch eine Anfechtungsmöglichkeit ge-

<sup>522</sup> Vgl. GYGI, Zur Rechtsbeständigkeit von Verfügungen, S.160, 167.

<sup>523</sup> Vgl. METZ, Der direkte Verwaltungsprozeß in der Bundesrechtspflege, S.33.

<sup>524</sup> GYGI, Über die anfechtbare Verfügung, S.522 ff.

<sup>525</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S.25 f., Ziff.10.11, S.57.

<sup>526</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, S.26, 58 f.; vgl. auch METZ, a.a.O., S.33; TETTINGER, a.a.O., S.266.

geben ist. Soll eine Verfahrensordnung praktisch durchführbar sein, muß sie als Prozeßvoraussetzung stets neben dem subjektiven Rechtsschutzinteresse auch den Verfahrens- oder Anfechtungsgegenstand<sup>527</sup> umschreiben. Indem der Bundesgesetzgeber die Verfügung definiert<sup>528</sup> und das Verwaltungsverfahrensgesetz grundsätzlich auf Verfahren in Verwaltungssachen anwendbar erklärt hat, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind<sup>529</sup>, legte er verbindlich fest, in welchen Fällen ein Anspruch darauf besteht, daß ein Anliegen in einem mit rechtsstaatlichen Garantien ausgestatteten Verfahren geprüft wird. Wo nicht eine behördliche Anordnung im Einzelfall in Frage steht, durch welche ein konkretes und individuelles Rechtsverhältnis in verbindlicher Weise rechtsgestaltend oder feststellend geregelt wird<sup>530</sup>, kann somit nicht verlangt werden, daß sich das Verwaltungshandeln nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet. Der Gesetzgeber hat eben hinsichtlich der in einem gesetzlich geordneten Verfahren abzuklärenden Rechtsschutzbedürfnisse eine verbindliche Auswahl getroffen<sup>531</sup>. Das Verständnis der Verfügung als Zweckinstitut<sup>532</sup> vermag zwar vor einer sachwidrig restriktiven Auslegung des Verfügungsbegriffs zu bewahren, nicht jedoch eine Überschreitung der Grenzen der gesetzlichen Verfahrensordnung zu rechtfertigen. Gerade im Wirtschaftsbereich, wo der Staat mit höchst unterschiedlichen Mitteln arbeitet und oft indirekte Maßnahmen direkten Eingriffen vorzieht<sup>533</sup>, lassen sich nicht alle Rechtsschutzbedürfnisse in die Verfahren der Bundesrechtspflege kanalisieren.

Die Bemühungen zur Verbesserung des Rechtsschutzes müssen vor allem danach trachten, die in den geltenden Verfahrensordnungen enthaltenen Möglichkeiten auszuschöpfen; für einen wirksamen Rechtsschutz kann hier noch viel herausgeholt werden. Es seien diesbezüglich lediglich drei besonders für den wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bereich wichtige Ansatzpunkte hervorgehoben.

Einmal haben die Rechtsmittelinstanzen ihre Überprüfungsbefugnis auch in wirtschaftspolitisch geprägten Fällen stets voll

<sup>527</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 97.

<sup>528</sup> Art. 5 VwVG.

<sup>529</sup> Art. 1 Abs. 1 VwVG.

<sup>530</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 98.

<sup>531</sup> Vgl. GYGI, Über die anfechtbare Verfügung, S. 524.

<sup>532</sup> SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, S. 70 oben.

<sup>533</sup> Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 165.

auszuschöpfen und den Vorinstanzen keine Beurteilungsprärogativen zuzubilligen, wo sie ihnen nach der verfassungskonform ausgelegten gesetzlichen Ordnung nicht zustehen.

Sodann haben die Rechtssuchenden gemeinhin noch zu wenig erkannt, daß sie auch dann ein Begehren um Erlaß einer Verfügung einreichen können, wenn dies im einschlägigen Gesetz nicht speziell vorgesehen ist. Der Anspruch auf staatliches Handeln besteht auch außerhalb der gesetzlich statuierten Bewilligungsverfahren, wenn der Gesuchsteller am Erlaß der beantragten Verfügung, die keine Feststellungsverfügung<sup>534</sup> zu sein braucht, ein schutzwürdiges Interesse hat<sup>535</sup>. Behandelt die Verwaltung das Gesuch nicht, ist die Beschwerde wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung gegeben<sup>536</sup>. Die Möglichkeit, den Anspruch auf Erlaß einer Verfügung durchzusetzen, wird übrigens wohl auch dazu beitragen, daß die künftige Gesetzgebung den direkten Verwaltungsprozeß (verwaltungsrechtliche Klage) nur noch sehr selten vorsehen wird<sup>537</sup>.

Schließlich kann mit der frühzeitigen Erfassung der Parteien, die durch eine Verfügung berührt werden, der Rechtsschutz von Anfang an wirksam gewährleistet und transparent gemacht werden<sup>538</sup>.

In Fällen, in welchen nach der Rechtsprechung einem staatlichen Entscheid der Verfügungscharakter abgeht und folglich keine Rechtsmittel ergriffen werden können, indessen ein ausgeprägtes Rechtsschutzbedürfnis der vom staatlichen Handeln Betroffenen offensichtlich ist, läßt sich feststellen, daß die im Verwaltungsverfahrensgesetz enthaltenen rechtsstaatlichen Grundsätze doch zunehmend wirkungsvoller auf die ihm nicht unterstellten Verwaltungshandlungen ausstrahlen. So wird die Vergabe öffentlicher Arbeiten<sup>539</sup> allmählich stärker kontrolliert.

<sup>534</sup> Art. 25 VwVG.

<sup>535</sup> BGE 98 Ib 58f.

<sup>536</sup> Art. 70 VwVG; Art. 97 Abs. 2 OG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Ziff. 4.1, S. 101; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, S. 63.

<sup>537</sup> Vgl. METZ, a.a.O., S. 66f., 181f.; BBl 1977 I 162.

<sup>538</sup> Vgl. S. 481, 548f. hiervor.

<sup>539</sup> Die Anfechtbarkeit von Entscheiden über die Vergabe öffentlicher Arbeiten wird in der Praxis nicht zugelassen (vgl. BGE 103 Ib 156ff.; VPB 1981 (45/II) Nr. 61, S. 337f.). Vgl. dazu GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 99, 105; DERS., Über die anfechtbare Verfügung, S. 525f.; DERS., Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 48f.; SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, Ziff. 10.33, S. 69f.; KÖLZ, a.a.O., § 19 N. 47–49; MACHERET, a.a.O., S. 173f.; G. MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, S. 118f.; BBl 1978 II 952.

Das Bundesgericht weist die nicht berücksichtigten Bewerber auf die Möglichkeit der Aufsichtsbeschwerde hin<sup>540</sup>, und die Bundesbehörden nehmen vermehrt Verwaltungsbeschwerden, die gegen den Zuschlag erhoben werden, als Aufsichtsbeschwerden entgegen, die sie unter Umständen eingehend prüfen<sup>541</sup>. Zudem ist die Verwaltung bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten und bei der Abwicklung von Beschaffungen immer mehr an allgemeine Weisungen und Verordnungen gebunden, welche größtmögliche Transparenz und die Gleichbehandlung der Bewerber gewährleisten wollen<sup>542</sup>.

Eine bedeutsame Beschränkung des Rechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht ergibt sich daraus, daß die Bundesgesetze und die ihnen gleichgestellten Erlasse nicht auf die Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden können<sup>543</sup>. Dadurch ist der prozessuale Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit in Bundesverwaltungssachen beschnitten; immerhin vermag die verfassungskonforme Auslegung der Bundesgesetze diesen Mangel zu mildern.

<sup>540</sup> BGE 103 Ib 157f.

<sup>541</sup> VPB 1981 (45/III) Nr. 61, S. 338 ff.

<sup>542</sup> Vgl. z. B. Verordnung vom 31. 3. 1971 über die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten des Bundes (Submissionsverordnung) (SR 172.056.12); Verordnung vom 8. 12. 1975 über das Einkaufswesen des Bundes (Einkaufsverordnung) (SR 172.056.13); GATT-Übereinkommen vom 12. 4. 1979 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.42); Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) für die Einkaufsstellen des Bundes, Empfehlung des Eidg. Finanzdepartementes vom 13. 10. 1981; vgl. auch Submissionsverordnung des Regierungsrats des Kantons Bern vom 23. 12. 1980.

<sup>543</sup> Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV.



### 3. Folgerungen

#### 3.1.

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist kein abgesonderter, in sich geschlossener Rechtsbereich; der Rechtsschutz kann auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Regel aufgrund der allgemeinen Verfahrensbestimmungen gewährleistet werden. Desgleichen drängt es sich nicht auf, spezielle Wirtschaftsverwaltungsgerichte zu schaffen. Bestimmte Schwierigkeiten der Rechtsanwendung treten im Wirtschaftsverwaltungsrecht besonders akzentuiert auf. Für die anzustrebende Verbesserung des Rechtsschutzes kommt alles darauf an, daß diese in der Materie liegenden Schwierigkeiten nicht Anlaß zur Resignation geben, sondern gegenteils dazu anspornen, vermehrte Anstrengungen zu ihrer Bewältigung zu unternehmen.

#### 3.2.

Die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts bildet den wichtigsten Ansatzpunkt für einen wirksamen Rechtsschutz. Auf die gründliche Erarbeitung der oft komplexen und schwer durchschaubaren wirtschaftlichen Tatsachen ist daher die größte Sorgfalt zu verwenden.

#### 3.3.

Das Gebot einer angemessenen Verfahrensdauer erheischt im Wirtschaftsverwaltungsrecht starke Beachtung; angesichts des dynamischen Wirtschaftsablaufs gefährdet der überlange Verfahrensgang den Rechtsschutz aufs schwerste.

Die mit einer längeren Verfahrensdauer verbundenen Nachteile sind durch eine sorgfältige Handhabung der vorsorglichen Maßnahmen, insbesondere des Suspensiveffekts, zu mildern.

Die Erweiterung der Beschwerdebefugnis ruft korrelativ einer differenzierten gesetzlichen Regelung der Verantwortlichkeit für den dem Beschwerdegegner durch unbegründete Beschwerdeführung zugefügten Schaden.

## 3.4.

Die Vielfalt und Spezialität der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Normen sowie der rasche Rechtssetzungsrhythmus auf der Verordnungsstufe gereichen dem Normadressaten einerseits zum Vorteil, andererseits können sie mit der Rechtssicherheit in Konflikt geraten.

Bei der Beurteilung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Fälle ist dem Gebot der Rechtssicherheit ein hoher Stellenwert einzuräumen. Insbesondere ist das eminente Interesse des wirtschaftlich Tätigen an der Vorausssehbarkeit des Rechts stark zu gewichten, wenn zu prüfen ist, ob die Verordnungsbestimmungen, die den Übergang auf das neue Recht regeln, verhältnismäßig ausgestaltet sind.

## 3.5.

Das Ausmaß, in welchem die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der gesetzesvertretenden Verordnungen bei der konkreten Normenkontrolle überprüft wird, hat für den Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht entscheidende Bedeutung.

Die im Wirtschaftsverwaltungsrecht verbreiteten weitgefaßten Delegationsbestimmungen entbinden den Verwaltungsrichter nicht davon, die Gültigkeit der Verordnungen eingehend zu kontrollieren. Der Umfang der Kognition ist im Verfahrensgesetz verbindlich umschrieben und muß daher stets voll ausgeschöpft werden. Zudem ist der Bundesrat aufgrund der verfassungskonform auszulegenden Ermächtigungsnorm an die Verfassungsgrundsätze gebunden, soweit das delegierende Gesetz nicht Verfassungsverletzungen auf der Verordnungsstufe unzweideutig deckt. Der Verwaltungsrichter muß bei der vorfrageweisen Kontrolle der Gültigkeit von gesetzesvertretenden Verordnungen bestrebt sein, das mit der Globaldelegation verbundene Rechtsstaatsdefizit durch eine strenge Prüfung der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der Verordnung wieder auszugleichen.

## 3.6.

Desgleichen haben die Rechtsmittelinstanzen ihre gesetzlich umschriebene Kognition voll auszuschöpfen, wenn sie die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe durch die Vorinstanz überprüfen. Ob und in welchem Umfang der Verwaltung eine Beurteilungsprärogative zusteht, ist einzig aufgrund einer sorgfältigen Auslegung der anwendbaren Normen zu ermitteln. Verfassungskonforme Auslegung gebietet hier wiederum, daß der geringe Bestimmtheitsgrad der offenen Normen in der Rechtsanwendung

durch eine differenzierte Beachtung der verfassungsmäßigen Grundsätze kompensiert werden soll.

Je weitgefaßter die einer Verfügung zugrundegelegten Bestimmungen sind, je genauer muß kontrolliert werden, ob die Verfügung in einem korrekten Verfahren ergangen ist.

### 3.7.

Die Zulassung von Dritten als Parteien im Verfügungs- und Beschwerdeverfahren verstärkt den individuellen Rechtsschutz und dient der richtigen Anwendung des objektiven Rechts. Zudem wirkt sie integrierend.

Die als Parteien in Frage kommenden Dritten sind im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes und aus verfahrensökonomischen Gründen möglichst frühzeitig ins Verfahren einzubeziehen. Die Erkenntnis, daß das gleiche Rechtsschutzinteresse, nach welchem sich die Beschwerdebefugnis bestimmt, auch für die Beurteilung der Frage maßgebend ist, wer als Partei am erstinstanzlichen Verfahren teilnehmen darf, hat sich noch nicht überall durchgesetzt.

### 3.8.

Viele Rechtsschutzmöglichkeiten liegen noch brach, weil der Bürger außerhalb den in den einzelnen Gesetzen geregelten Gesuchs- und Bewilligungsverfahren nur zurückhaltend um den Erlaß einer Verfügung nachsucht. Die Rechtssuchenden haben noch zu wenig erkannt, daß die Verwaltung einen Antrag auf Erlaß einer Feststellungs- oder einer andern Verfügung behandeln muß, wenn der Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse am Erlaß der angebehrten Verfügung hat.

### 3.9.

Besondere Aufmerksamkeit erheischt der Rechtsschutz in den interventionistischen Marktordnungen, mit deren Durchführung Organisationen außerhalb der Bundesverwaltung betraut sind. Die objektive und rechtsgleiche Rechtsanwendung ist hier gefährdet, weil diese Organisationen häufig in Angelegenheiten verfügen, in welchen sie selber oder ihr nahestehende Personen und Betriebe mitinteressiert sind. Es bedarf des kombinierten Einsatzes der Aufsichtsbehörden, der Rechtspflegeinstanzen und der benachteiligten Betroffenen, um den befangenen Organisationen eine objektive Rechtsanwendung abzurufen. Die Befugnis zur Anfechtung von Beschwerdeentscheiden ist den Organi-

sationen abzusprechen, wenn sie selber als Vorinstanz entscheiden haben.

Der Gesetzgeber hat die Transparenz und Flexibilität der interventionistischen Bewirtschaftungssysteme sicherzustellen.

### 3.10.

Der Bundesgesetzgeber hat für das Verwaltungs- und das Beschwerdeverfahren den Verfahrensgegenstand (Verfügung) und das subjektive Rechtsschutzinteresse verbindlich festgelegt. So sehr eine den Rechtsschutz erleichternde Auslegung des Verfügungsbegriffs und der Umschreibung der Beschwerdebefugnis zu begrüßen ist, so sehr ist aus Gründen der Gesetzmäßigkeit, der Rechtssicherheit und der Praktikabilität abzulehnen, daß die Verfahrenslegitimation stets schon dann zugesprochen würde, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, ohne daß im übrigen die gesetzlichen Voraussetzungen genau erfüllt sein müßten.

Nicht mit einer völligen Aufweichung der prozessualen Erfordernisse ist dem Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht am meisten gedient, sondern mit der Ausschöpfung der in den Verfahrensordnungen enthaltenen Möglichkeiten.

### 3.11.

Im konsequenten und rechtsgleichen Vollzug der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gesetze ist schon viel Rechtsschutz inbegriffen.

