

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: 102 (1983)

Artikel: Intertemporales Verwaltungsrecht

Autor: Kölz, Alfred

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896124>

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: 06.01.2026

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

Intertemporales Verwaltungsrecht

Referat von Dr. iur. ALFRED KÖLZ

Professor an der Universität Zürich

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	105
1. Einleitung	109
2. Allgemeine Leitprinzipien für die Lösung intertemporalrechtlicher Probleme	117
2.1. Allgemeine Problematik der Rechtsänderung	117
2.2. Akzeptierbereitschaft der Betroffenen	118
2.3. Akzeptierfähigkeit der Betroffenen	121
3. Verfassungsrechtliche Problematik des Rechtswandels	122
3.1. Lösungsansätze aufgrund bisheriger Dogmatik	122
3.1.1. Allgemeines	122
3.1.2. Vertrauensgrundsatz und Rechtsänderung	123
3.1.3. Rechtssicherheitsgebot oder Vertrauensgrundsatz? ...	126
3.1.4. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder Vertrauensgrundsatz?	130
3.1.5. Eigentumsgarantie oder Vertrauensgrundsatz?	134
3.1.6. Fehlen einer umfassenden Vertrauensdogmatik	135
3.1.7. Gefahr einer Expansion des Vertrauensgrundsatzes? ..	136
3.2. Neuer Lösungsansatz	137
3.2.1. Geltungsvertrauen	139
3.2.2. Kontinuitätsvertrauen	139
3.2.3. Verhältnis zur bisherigen Praxis	142
3.3. Rechtliche Fundierung des Vertrauensgrundsatzes	143
3.4. Wahrung des Vertrauens oder Kompensation?	145
3.4.1. Zurückdrängung von Gesetzmäßigkeitsprinzip und öffentlichem Interesse	145
3.4.2. Entschädigung als Ersatz für Vertrauensverletzung ...	146
3.5. Rechtsänderung und Rechtsgleichheit	153
3.6. Intertemporales Recht und Regulationsstruktur	154
3.7. Intertemporales Recht und Normenhierarchie	155
4. Intertemporales Kollisionsrecht	158
4.1. Intertemporales Kollisionsrecht als Schrankenrecht	160
4.1.1. Das Rückwirkungsverbot	160
4.1.2. Das Rückwirkungsverbot in der Praxis des Bundesgerichtes	164
4.1.2.1. Entstehung der heutigen Praxis	164
4.1.2.2. Zur heutigen Praxis	167

4.1.3.	Vorwirkung?	172
4.1.4.	Nachwirkung (Weiterwirkung)	175
4.1.4.1.	Milderes Recht (lex mitior)	175
4.1.4.2.	Keine Anwendung der lex mitior bei Zeit- gesetzen	176
4.1.4.3.	Bemerkungen zur Praxis bei der lex mitior . . .	176
4.1.5.	Besondere Vertrauenslagen als Schranke der Anwen- dung neuen Rechts	177
4.1.5.1.	Wohlerworbene Rechte und öffentlich-recht- liche Verträge	177
4.1.5.2.	Besitzstandsgarantie	191
4.1.5.3.	Verwaltungsakte als Schranke der Anwendung neuen Rechts?	196
4.1.5.4.	Privatrechtliche Verträge als Schranke für neues Recht?	200
4.2.	Intertemporales Kollisionsrecht als Verweisungsrecht	200
4.2.1.	Anwendung privatrechtlichen Kollisionsrechts?	200
4.2.2.	Vertrauensanknüpfung unter Berücksichtigung der Rechtsgleichheit, des öffentlichen Interesses und der Praktikabilität	204
4.2.2.1.	Im Bau- und Planungsrecht	206
4.2.2.2.	Exkurs: Anwendbares Recht bei Rechtsmittel- verfahren über Dauersachverhalte	215
4.2.2.3.	Im Schulrecht	216
4.2.2.4.	In weiteren Bereichen	220
4.3.	Prozessuales intertemporales Kollisionsrecht	222
5.	Einführungsrecht	224
5.1.	Allgemeines	224
5.2.	Systemwandel und Innovationshöhe als Richtmaß für die Ein- führungsnormen	226
5.3.	Rechtsgleichheit und Einführung	227
5.4.	Mittel der Einführung	231
5.4.1.	Frühzeitige Ankündigung von Rechtsänderungen	231
5.4.2.	Stufenweises Inkraftsetzen von neuem Recht?	232
5.4.3.	Anpassungsfristen	233
5.4.4.	Materielles Zwischenrecht	240
5.4.5.	Stufenweise Erhöhung gesetzlicher Anforderungen . . .	242
5.4.6.	Zeitlich zunehmende Kausalabgaben	243
5.4.7.	Anpassungshilfen	244
5.4.7.1.	Subventionen	244
5.4.7.2.	Entschädigung	245
5.4.8.	Härtemilderungs- und Ausnahmeklauseln	245
6.	Zusammenfassung	247

Literaturverzeichnis

Die hier angeführten Schriften werden nur mit Namen und Stichwort (siehe Klammern) zitiert. Weitere Literaturangaben in den Anmerkungen.

- AEMISEGGER, HEINZ. Leitfaden zum Raumplanungsgesetz, Bern 1980 (Leitfaden).
- AFFOLTER, FRIEDRICH. Geschichte des intertemporalen Privatrechts, Leipzig 1902 (Geschichte).
- System des Deutschen Bürgerlichen Übergangsrechts, Leipzig 1903 (System).
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. De quelques limites au principe de la primauté des lois, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981 (Limites).
- Traité de droit constitutionnel suisse, Supplément 1967–1982, Neuchâtel 1982 (Droit constitutionnel, Supplément).
- BAUMANN, MARCEL. Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Zürich 1952 (Begriff).
- BROGGINI, GERARDO. Intertemporales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, Basel 1966 (Privatrecht).
- Dauer und Wandel im Recht, ZSR 84 I, 1965, S. 1 ff. (Dauer).
- DUBACH, WERNER. Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten, hrsg. v. Bundesamt für Wasserwirtschaft, Bern 1980 (Wasserrecht).
- DÜRIG, GÜNTER. Zeit und Rechtsgleichheit, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1977 (Zeit).
- EICHENBERGER, KURT. Gesetzgebung im Rechtsstaat, in: VVDStRL 40/1982, S. 7 ff. (Gesetzgebung).
- ERICHSEN, HANS UWE/MARTENS, WOLFGANG. Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Berlin 1981 (Verwaltungsrecht).
- FLEINER, FRITZ. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (Institutionen).
- FLEINER-GERSTER, THOMAS. Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980 (Grundzüge).
- FORSTHOFF, ERNST. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., München 1973 (Lehrbuch).
- GIACOMETTI, ZACCARIA. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. I, Zürich 1960 (Allgemeine Lehren).
- GIESKER-ZELLER, HEINRICH. Die Grundprinzipien des Übergangsrechts zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR 34/1915, S. 1 ff. (Grundprinzipien).
- GÖTZ, VOLKMAR. Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, hrsg. v. Christian Starck, Tübingen 1976, S. 421 ff. (Vertrauensschutz).
- GRÄTZER, PAUL. Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Einsiedeln 1953 (clausula).
- GRISEL, ANDRÉ. L'application du droit public dans le temps, ZBl 75/1974, S. 233 ff. (Application).

- Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970 (Droit administratif).
- GRUNSKY, WOLFGANG. Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Karlsruhe 1970 (Grenzen).
- GUENG, URS. Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, Zürich 1967 (Entschädigungspflicht).
- Zum Stand und den Entwicklungstendenzen im öffentlichen Entschädigungsrecht, ZBl 69/1968, S. 375 ff. (Stand).
- GYGI, FRITZ. Zur Rechtsbeständigkeit von Verwaltungsverfügungen, ZBl 83/1982, S. 149 ff. (Rechtsbeständigkeit).
- HÄBERLE, PETER. Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, Berlin 1978, S. 59 ff. (Zeit).
- HEGNAUER, CYRIL. Die Übergangsbestimmungen zum neuen Kindesrecht, in: Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, S. 151 ff. (Kindesrecht).
- HEIDERICH, EBERHART G. Übergangsvorschriften in der neueren Gesetzgebungspraxis, Heidelberg 1967, Masch. Schrift (Übergangsvorschriften).
- HIS, EDUARD. Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen, ZSR 42/1923, S. 22 ff. (Problem).
- HUBER, HANS. Der Schutz der wohlerworbenen Rechte in der Schweiz, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 457 ff. (Schutz).
- Vertrauensschutz, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. v. Otto Bachof u. a., München 1978, S. 313 ff. (Vertrauensschutz).
- Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat, in: Festschrift für Werner Kägi, Zürich 1979, S. 193 ff. (Vertrauen).
- HUGUENIN, CLAIRE. Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlich-rechtlichen Vertrag, ZBJV 118/1982, S. 489 ff. (Vertrag).
- IMBODEN, MAX. Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 77 II, 1958, S. 10a ff. (Vertrag).
- IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel 1976 (Verwaltungsrechtsprechung).
- JOST, ANDREAS. Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, ZSR 101 II, 1982, S. 453 ff. (Rechtsschutz).
- KÄMPFER, WALTER. Zur Gesetzesbeständigkeit «wohlerworbener Rechte», in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 339 ff. (Gesetzesbeständigkeit).
- Schwerpunkte des solothurnischen Staatshaftungsrechtes, in: Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Solothurn 1981, S. 287 ff. (Schwerpunkte).
- KISKER, GUNTER. Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, S. 149 ff. (Vertrauensschutz).
- Die Rückwirkung von Gesetzen, Tübingen 1963 (Rückwirkung).
- KLEIN, FRIEDRICH/BARBÉY, GÜNTHER. Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, Bonn 1964 (Bundesverfassungsgericht).
- KLOEPFER, MICHAEL. Künftige Normen und Verwaltungshandeln, DöV 26/1973, S. 657 ff. (Künftige Normen).
- Übergangsgerechtigkeit bei Gesetzesänderungen und Stichtagsregelungen, DöV 31/1978, S. 225 ff. (Übergangsgerechtigkeit).
- Vorwirkung von Gesetzen, München 1974 (Vorwirkung).
- KNAPP, BLAISE. Précis de droit administratif, Bâle 1980 (Précis).
- KÖLZ, ALFRED. Das wohlerworbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?, SJZ 74/1978, S. 65 ff., 89 ff. (wohlerworbenes Recht).
- LEISNER, WALTER. Das Gesetzesvertrauen des Bürgers, in: Festschrift für Friedrich Berber, München 1973, S. 273 ff. (Gesetzesvertrauen).

- MÜLLER, GEORG. Die Einführung neuer Rechtsnormen in die bestehende Rechtsordnung, in: Grundfragen der Rechtssetzung, hrsg. v. Kurt Eichenberger u. a., Social Strategies Vol. 11, Basel 1978 (Einführung).
- Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel 1979 (Inhalt).
- MUTZNER, PAUL. Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des ZGB, I. Abschnitt, Art. 1–50, in: Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1926 (Anwendungs- und Einführungsbestimmungen).
- OSSENBÜHL, FRITZ. Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DöV 25/1972, S. 25 ff. (Vertrauensschutz).
- OTT, CHARLES. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Verwaltungsrechtsnormen, Zürich 1952 (Grundsatz).
- PICOT, FRANÇOIS. La bonne foi en droit public, ZSR 96 II, 1977, S. 115 ff. (Bonne foi).
- PIEROTH, BODO. Rückwirkung und Übergangsrecht, Berlin 1981 (Rückwirkung).
- PFISTERER, MARTIN. Die Anwendung neuer Bauvorschriften auf bestehende Bauten und Anlagen, Dießenhofen 1979 (Anwendung).
- PFISTERER, THOMAS. Die Vorschriften über einen minimalen Wohnanteil in Kerngebieten und anderen Wohn-Gewerbebezonen, vorab im Kanton Aargau, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 459 ff. (Vorschriften).
- PÜTTNER, GÜNTER. Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, S. 200 ff. (Vertrauensschutz).
- RHINOW, RENÉ A. Rechtsetzung und Methodik, Basel 1979 (Rechtsetzung).
- Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, ZBl 80/1979, S. 1 ff. (vertragliche Rechte).
- ROUBIER, PAUL. Le droit transitoire, 2. Ed., Paris 1960 (Droit).
- SALADIN, PETER. Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982 (Grundrechte).
- Das Verfassungsprinzip der Fairneß, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff. (Fairneß).
- Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: Die bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1975, Basel 1975 (Verwaltungsprozeßrecht).
- SALZWEDEL, JÜRGEN. Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre «Überleitung» in neues Recht, Die Verwaltung 5/1972, S. 11 ff. (Besitzstände).
- SAMELI, KATHARINA. Treu und Glauben im öffentlichen Recht, ZSR 96 II, 1977, S. 289 ff. (Treu und Glauben).
- SCHEERBARTH, HANS WALTER. Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte, Berlin 1961 (Anwendung).
- SCHULTHEISS, BEAT. Wohlerworbene Rechte in der schweizerischen Rechtsordnung, Basel 1980 (wohlerworbene Rechte).
- SCHWARZENBACH, HANS RUDOLF. Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Bern 1980 (Grundriß).
- STERN, KLAUS. Zur Problematik rückwirkender Gesetze, in: Festschrift für Theodor Maunz, München 1981, S. 381 ff. (Problematik).
- STRAUB, MARTIN. Das intertemporale Recht bei der Baubewilligung, Zürich 1976 (Baubewilligung).
- THOMMEN, MARCELLE. Zur Problematik der sogenannten Vorwirkung, Basel 1979 (Vorwirkung).

- WEBER-DÜRLER, BEATRICE. Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Bern 1973 (Rechtsgleichheit).
- WEISS, LEO. Zeit, Zeitlichkeit und Recht, Zürich 1968 (Zeit).
- WERNER, ALAIN. Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1982, S. 737 ff. (Contribution).
- ZIMMERLI, CHRISTOPH. Das Verbot rückwirkender Verwaltungsgesetze, Basel 1967 (Verbot).
- ZIMMERLI, ULRICH. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, *ZSR* 97 II, 1978, S. 1 ff. (Verhältnismäßigkeit).
- ZIMMERLIN, ERICH. Zum Problem der zeitlichen Geltung im Baupolizei- und Bauplanungsrecht, *ZSR* 88 I, 1969, S. 429 ff. (Problem).
- ZÜST, MARKUS. Veröffentlichung und Inkrafttreten von Rechtserlassen, Zürich 1976 (Veröffentlichung).

1. Einleitung*

Alles Recht steht im Spannungsfeld zwischen Stabilität und Veränderung. Legitime Stabilität des Rechts besteht, wenn die Rechtsordnung in genügender Art und Weise auf die Bedürfnisse der Gesellschaft abgestimmt ist. Ist das nicht oder nicht mehr der Fall, so beginnt von der Gesellschaft her ein Druck auf die gesetzgebenden Organe hin zu wirken, der auf eine Veränderung der Rechtsordnung abzielt. Neues Recht entsteht und verdrängt das alte. Das neue Recht wirkt, sobald es in Kraft tritt, auf die Gesellschaft ein, und aus ihr wachsen stets neue Impulse zur Rechtsfortbildung.

Offensichtlich ist der gesellschaftliche Druck auf die gesetzgebenden Organe im Bereich des *Verwaltungsrechts* im heutigen Wohlfahrtsstaat ungleich größer als in jenem des Staatsrechts und in anderen Rechtsgebieten¹, betreffen doch die weitaus meisten neuen Erlasse und die überwiegende Zahl der bedeutsameren Änderungen von solchen das Verwaltungsrecht². Das öffentliche Recht der Schweiz ist also einerseits geprägt durch einen relativ raschen Wandel des Verwaltungsrechts und ander-

* Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. Peter Herold, danke ich für seine Mithilfe bei der Ausarbeitung des Referates, meiner Frau für die kritische Durchsicht des ganzen Textes und Herrn Verwaltungsgerichtspräsident Dr. Hans Peter Moser für vielerlei Ratschläge und Hinweise.

Der heute allgemein eingebürgerte Ausdruck «intertemporales Recht» stammt vom Solothurner Juristen FRIEDRICH AFFOLTER (1862–1923), der als Professor in Heidelberg wirkte (vgl. MUTZNER, Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, S.2). Friedrich Affolter entstammt einer bekannten Solothurner Juristen- und Politikerfamilie (seine beiden Brüder Albert und Hans waren nacheinander Bundesrichter); er hat mit seinen Werken «Geschichte» und «System» einen bedeutenden Beitrag zum intertemporalen Recht geliefert.

¹ Immerhin sprach BROGGINI (Privatrecht), S.365, schon Mitte der sechziger Jahre von einer «bedrohlichen Ruhelosigkeit der Rechtsentwicklung».

² Vgl. die Zusammenstellung in der Sammlung der *eidgenössischen Gesetze* und *Systematische Sammlung des Bundesrechts*, Inhaltsverzeichnis 1981.

seits durch außerordentlich hohe Stabilität des Staatsrechts³. Nicht nur ist die Bundesverfassung mehr als hundert Jahre alt⁴, auch die überwiegende Mehrheit der kantonalen Verfassungen stammt aus dem 19. Jahrhundert⁵, eine davon sogar aus der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts⁶. Während der ersten fünfzig Jahre nach der 1848 erfolgten Schaffung des Bundesstaates hielt sich zwar auch die verwaltungsrechtliche Gesetzgebungstätigkeit infolge Vorherrschens der liberalen Staatsdoktrin noch in bescheidenem Rahmen. In unserem Jahrhundert hat sie sich indessen etwa vom Ersten Weltkrieg an vor allem als Folge sozial- und wirtschaftspolitischer Vorgänge intensiviert, um seit den sechziger Jahren ein geradezu hektisches Tempo anzunehmen. Auf die Ursachen dieser Erscheinung kann hier nicht näher eingegangen werden. Es sei nur so viel angemerkt, daß seit dem Zweiten Weltkrieg neben die gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich des Wirtschafts- und Sozialrechts Erlasse zur Förderung von Technik und Naturwissenschaft traten, zu denen dann seit den sechziger Jahren im Sinne einer Gegenbewegung solche zur Erhaltung einer menschengerechten natürlichen Umwelt im weitesten Sinne traten. Dieser hier nur angedeutete fundamentale gesellschaftspolitische Antagonismus hat neben andern Ursachen das Bedürfnis nach neuen Normen in der heutigen Zeit auf ein bisher nicht bekanntes Maß anwachsen lassen. Die Neigung zur Verwendung *zivilrechtlicher* Mittel für die Konfliktbewältigung hat parallel dazu deutlich abgenommen, obwohl solche auch heute noch in einigen Bereichen sachgemäße Regelungen erlauben würden. Der mißtrauische Bürger des ausgehenden 20. Jahrhunderts vertraut beinahe nur noch dem zwingenden öffentlichen Recht⁷. Das Verwaltungsrecht ist daher in unserem Staate

³ RICHARD WEISS (Schweizerische Volkskunde, 2. Aufl., Erlenbach 1978) hebt die große *Kontinuität* der Rechtsentwicklung im schweizerischen Staatsrecht (und im Zivilrecht) hervor (S. 347). Man könnte im Bereich des Staatsrechts heute mit guten Gründen von einer gewissen *Erstarrung* sprechen, wie die Bemühungen um eine Totalrevision der Bundesverfassung zeigen.

⁴ Zwar hat sie zahlreiche Teilrevisionen erfahren; diese betreffen jedoch zumeist Kompetenzverschiebungen. Eigentliche Strukturveränderungen waren selten.

⁵ Auch die (formell) totalrevidierten Kantonsverfassungen enthalten wenig neues staatsrechtliches Gedankengut von Bedeutung; das meiste ist in neue Form gegossenes Staatsrecht aus dem 19. Jahrhundert. Lediglich die Verfassung des Kantons *Jura* geht neue Wege.

⁶ Constitution de la République et Canton de Genève du 24 Mai 1847.

⁷ Auch wenn dieses der *Form* nach ins Zivilrecht eingekleidet wird, so deutlich etwa im Arbeits- und Mietrecht.

zum bestimmenden und zugleich dynamischen Faktor geworden, dem gegenüber die Reformbestrebungen in andern Rechtsgebieten eher in den Hintergrund treten. Der berühmte, vielzitierte Satz von OTTO MAYER «Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht» muß daher im Lichte heutiger schweizerischer Realitäten geradezu umgekehrt verstanden werden⁸.

Die sich rasch folgenden neuen Gesetze und die häufigen Änderungen von solchen⁹ geben dem Bürger, aber auch Verwaltung und Rechtsprechung, zunehmend Probleme auf¹⁰. Allein die Rechtsprechung des Bundesgerichtes – bekanntlich ja nur die Spitze des Eisbergs – weist seit Mitte der sechziger Jahre ein durch die häufigen Rechtsänderungen bedingtes markantes Ansteigen intertemporalrechtlicher Problemstellungen auf, und zwar sowohl in quantitativer wie auch qualitativer Hinsicht.

Die einfachste Methode, die Probleme der häufigen Rechtsänderung zu lösen oder zu mildern, bestünde natürlich darin, den Gang der Gesetzgebungstätigkeit zu verlangsamen oder auf den Erlaß neuer Gesetze überhaupt zu verzichten. Dieser Weg ist aber meistens infolge drängender öffentlicher Interessen nicht gangbar¹¹. Auch kann ein derartiges Hinauszögern wichtiger Gesetzgebungsaufgaben bewirken, daß später der

⁸ OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., München 1924, Vorwort zur dritten Auflage. Z. GIACOMETTI hat schon vor 50 Jahren in seinem Handexemplar des «Mayer» mit Bleistift ein Fragezeichen neben diesem Satz angebracht! Kritisch in einem etwas andern Sinne auch FLEINER-GERSTER, Grundzüge, S. 35 f., sowie ERICHSEN/MARTENS, Verwaltungsrecht, S. 67. Zu OTTO MAYERS berühmtem Satz auch DÜRIG, Zeit, S. 40/41.

⁹ Allein auf den 1. Jan. 1983 traten 14 neue bzw. geänderte Bundesgesetze sowie 56 neue bzw. geänderte Verordnungen (inkl. Erlasse unterer Stufe) in Kraft.

¹⁰ Vgl. AUBERT, Limites, S. 3; FRITZ GYGI, ZBJV 116/1980, S. 170; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 188.

¹¹ Vgl. BGE 99 I a 583: «Les autorités sont... tenues de diriger le développement d'une agglomération en fonction de l'intérêt public et d'adapter la planification aux circonstances changeantes, en procédant périodiquement aux révisions nécessaires du règlement et du plan». GERARDO BROGGINI, Dauer, S. 9: «Die rechtsgeschichtliche Erfahrung zeigt uns, daß ein Fortschritt, eine bessere Verwirklichung der menschlichen Ziele nur durch eine Veränderung der geltenden Normen und Institutionen erreichbar ist.» Auch EICHENBERGER, Gesetzgebung, S. 38, vertritt die Auffassung, das Normierungsbedürfnis werde sich nicht grundlegend verringern. Rechtsstaatliche Perfektion der Rechtsordnung sowie sozialstaatliche politische Auseinandersetzungen erforderten «ausgreifende gesetzgeberische Aktivitäten».

Unterschied zwischen gesellschaftlichem Sein und gesetzlichem Sollen noch größer wird, mithin die Übergangsproblematik sich dann noch schärfer als heute stellt, wenn nicht gar eine Lage der plötzlichen und ungestümen explosiven Entladung entsteht¹². Der in Rechtssetzung oder Rechtsanwendung tätige Jurist hat zudem auf den Gang der Gesetzgebung recht wenig Einfluß, denn zumindest die Grundzüge der Verwaltungssetzung werden nicht von juristischen, sondern von gesellschaftlichen Bedürfnissen bestimmt und von den politischen Kräften, in neuerer Zeit oft mittels Volksinitiativen¹³, in die gesetzgebenden Organe getragen¹⁴. Immer häufiger enthält zudem auch die Verfassung bindende Gesetzgebungsaufträge¹⁵. Gerichte, Verwaltung und Rechtswissenschaft müssen sich daher mit der heutigen intensiven Gesetzgebungstätigkeit weitgehend abfinden. Umgekehrt muß aber auch festgehalten werden, daß eine unvollständige und lückenhafte Gesetzgebung den rechtsanwendenden Organen oft ebenfalls schwere Probleme aufgibt. So hat das Bundesgericht kürzlich eindringlich auf die Schwierigkeiten bei der Anwendung unvollständiger Erlasse hingewiesen¹⁶.

Wenn nun die Rechtswissenschaft wenig Einfluß auf diesen Aspekt der Gesetzgebung nehmen kann, so muß sie andererseits dazu beitragen, die negativen Folgen des raschen Rechtswandels für die Betroffenen zu mildern oder – im besten Fall – zu eliminieren. Um das tun zu können, muß sie sich mit den Problemen des intertemporalen Verwaltungsrechts befassen. Ein vorläufiger kurzer Blick auf Lehre, Gesetzgebung und Rechtsprechung des intertemporalen Rechts im Bereich des Verwaltungsrechts zeigt aber, daß bis heute in dieser Richtung

¹² MAX IMBODEN, *Helvetisches Malaise*, in: *Staat und Recht*, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel 1971, S. 279.

¹³ Den großen Einfluß von Volksinitiativen (auch auf die einfache Gesetzgebung) zeigen HANS WERDER (*Die Volksinitiative in der Nachkriegszeit*, Bern 1978) sowie OSWALD SIGG auf (*Die eidgenössischen Volksinitiativen 1892–1939*, Bern 1978).

¹⁴ Vgl. HANS NEF, *Warum so viele Gesetze?*, Rektoratsrede, in: *Jahresbericht der Universität Zürich 1976/77*.

¹⁵ Art. 24^{septies} BV (Umweltschutzgesetzgebung); Art. 25^{bis} BV (Tierschutzgesetzgebung); Art. 34^{quinquies} BV (Mutterschaftsversicherung); Art. 41^{ter} Abs. 4 lit. c letzter Satz BV (Pflicht zum Ausgleich der sogenannten kalten Progression). Vgl. auch § 130 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980.

¹⁶ Bericht des Schweizerischen Bundesgerichts über seine Amtstätigkeit im Jahre 1981 vom 12. Februar 1982, S. 329.

recht wenig getan worden ist. Zwar gibt es – wie noch zu zeigen sein wird – eine ansehnliche Praxis und Literatur zu den Fragen der eigentlichen *Kollision* des alten mit dem neuen Recht, insbesondere über das Rückwirkungsverbot. Auch mit der heute umstrittenen Rechtsfigur des «wohlerworbenen Rechts» haben sich zwar Praxis und Lehre immer wieder beschäftigt; doch mußten die wohlerworbenen Rechte ihrerseits in die durch mangelhaftes intertemporales Recht verursachte Lücke springen, weshalb diese Rechtsfigur eine gewisse Unschärfe erhielt¹⁷. Manchmal wird auch im Verwaltungsrecht versucht, die Lösung von zeitlichen Kollisionsproblemen bei den Übergangsbestimmungen des Schlußtitels des ZGB zu suchen¹⁸. Doch helfen insbesondere die allgemeinen intertemporalrechtlichen Bestimmungen des ZGB¹⁹ – die für eine analoge Anwendung allein in Frage kommen – nicht viel weiter, denn sie sind unklar gefaßt und auf spezifisch privatrechtliche Verhältnisse zugeschnitten²⁰. Über die Probleme der *Einführung* des neuen Rechts, also der *Überleitung* des alten zum neuen Recht, existieren indessen nur wenige Ansätze in der Lehre²¹, und in der Gesetzgebung ist die Situation geradezu besorgniserregend²²: Wichtige und wichtigste – auch neuere – Erlasse enthalten nur rudimentäres²³

¹⁷ Dazu hinten S. 178 ff.

¹⁸ BGE 99 Ib 153 mit Hinweis.

¹⁹ Art. 1–4 Schlußtitel ZGB.

²⁰ Vgl. hinten S. 200 ff.

²¹ MÜLLER, Einführung, S. 369 ff.; RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 23.

²² Den Erlaß sorgfältiger Übergangsnormen fordern namentlich: ALFRED MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, Bern 1979, S. 179; RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 23; HEINZ AEMISEGGER, Leitfaden zum Raumplanungsgesetz, Bern 1980, S. 12; PFISTERER, Anwendung, S. 92; MÜLLER, Einführung, S. 376; HANS PETER MOSER, ZBl 74/1973, S. 452; vgl. auch BGE 99 Ib 152. Angesichts der heutigen Problemlage mutet die Aussage in BGE 103 Ia 272 etwas seltsam an: «Vom Gesetzgeber kann nicht verlangt werden, daß er selbst die Probleme des Übergangsrechts bis ins kleinste Detail regelt».

²³ Ich stütze mich hier und im folgenden auf die Erlasse des öffentlichen Rechtes des *Bundes* und auf das Übergangsrecht der formellen Gesetze der folgenden drei genauer untersuchten Kantone *Zürich*, *Solothurn* und *St. Gallen*. Beispiele für *rudimentäres*, zum Teil fehlendes Übergangsrecht: *Bund*: Art. 69 des Bundesgesetzes über Jagd und Vogelschutz vom 10. Juni 1925; Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927; Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979; Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes vom 3. Oktober 1951; Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Oktober 1971 (vgl. BGE 99 Ia 125, 99 Ib 152). *Zürich*: Gesetz über die Organisation und die Geschäftsordnung

oder gar kein Übergangsrecht²⁴, wenn auch da und dort positive Ausnahmen zu verzeichnen sind²⁵. Manchmal begnügt sich der Gesetzgeber mit einem bloßen Hinweis auf das Inkrafttreten des neuen Rechts oder mit der – infolge der Regel der *lex posterior* – selbstverständlichen Formel, mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes träten die damit in Widerspruch stehenden früheren Erlasse außer Kraft²⁶. Gelegentlich wird die Regelung der gesamten Übergangsproblematik einfach an die Exekutive

des Kantonsrates vom 5. April 1981; Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 5. April 1936; Fluglärmgesetz vom 27. September 1970. *Solothurn*: Volksschulgesetz vom 14. September 1969; Gesetz über die Erhebung einer Billettsteuer vom 3. Dezember 1953. *St. Gallen*: Verantwortlichkeitsgesetz vom 7. Dezember 1959; Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979; Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht vom 6. Juni 1972; Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965.

²⁴ Beispiele für *fehlendes* Übergangsrecht schlechthin: *Bund*: Nationalbankgesetz vom 3. Dezember 1953; Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966; Bundesgesetz über die Fischerei vom 14. Dezember 1973; Bundesgesetz über den Tierschutz vom 9. März 1978. *Zürich*: Gesetz über die Bezirkshauptorte vom 6. Dezember 1931; Gesetz über die Konflikte vom 23. Juni 1831; Gesetz betreffend die Einteilung des Kantons in Notariatskreise ... vom 14. Dezember 1873; Gesetz über die Förderung des kulturellen Lebens vom 1. Februar 1970; Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943. *Solothurn*: Gesetz über Vorschüsse für den Unterhalt von Kindern vom 28. September 1980; Gesetz über den Fristenlauf an Samstagen vom 29. September 1963; Gesetz über die Prüfungen der Pfarrgeistlichen vom 2. Mai 1926. *St. Gallen*: Gesetz über den Handel mit Waffen und Munition, das Waffentragen und den Waffenbesitz vom 4. Januar 1972; Gesetz über Lotterien und gewerbmäßiges Wetten vom 21. Juni 1937; Gesetz über die Schifffahrt auf den öffentlichen Gewässern vom 21. Juni 1965. – Vgl. ferner den Hinweis in ZBl 78/1977, S. 217.

²⁵ Eingehende, sorgfältige Übergangsbestimmungen enthalten etwa die folgenden Gesetze: *Bund*: Art. 57 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952; Art. 26 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931; Art. 26 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958; *Zürich*: § 20 ff. Gesetz über das katholische Kirchenwesen vom 7. Juli 1963; Gesetz über die direkten Steuern vom 8. Juli 1951; Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975; § 177 ff. Gesetz über die Förderung der Landwirtschaft vom 2. September 1979; zu § 178 dieses Gesetzes (Auflösung der Korporationen für Zuchtstierhaltung) hat der Zürcher Regierungsrat ein Rechtsgutachten über die Verwendung des Vermögens der altrechtlichen Korporation erstellen lassen; der Text von § 178 stützt sich auf dieses (vgl. Amtsblatt 1978, S. 1847); *Solothurn*: § 31 ff. Verantwortlichkeitsgesetz vom 26. Juni 1966; § 227 ff. der Strafprozessordnung vom 7. Juni 1970; § 155 ff. des Baugesetzes vom 3. Dezember 1978; *St. Gallen*: Art. 53 ff. Polizeigesetz vom 10. April 1980; Art. 50 ff. Gesetz über die Gewässernutzung vom 5. Dezember 1960; Art. 60 ff. Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 26. Dezember 1960.

delegiert²⁷. Dabei stehen heute in verschiedenen Bereichen die Probleme der Überleitung vom alten zum neuen Recht beinahe gleichbedeutend neben andern Gesetzgebungs- und Vollzugsfragen²⁸. Eine negative Folge der Vernachlässigung des intertemporalen Rechts durch Gesetzgebung und Lehre bildet das leichte Einfließen von Gruppeninteressen in diesen Teil der Gesetzgebung: Die fehlenden Grundsätze, aber auch die Delegationstendenz des formellen Gesetzgebers erlauben es konkurrierenden gesellschaftlichen Gruppen in diesem «rechtsfreien» Raum, ihre partikulären Interessen leichter als sonst zur Geltung zu bringen. Fehlendes oder schlecht ausgebildetes Übergangsrecht gefährdet damit die Objektivität der Rechtsordnung, abgesehen von der latenten Gefahr der verfassungsrechtlich verpönten Ungleichbehandlung.

²⁶ Art. 58 des Bundesgesetzes betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 8. Dezember 1905; Art. 69 des Bundesgesetzes über Jagd- und Vogelschutz vom 10. Juni 1925; Art. 221 der Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. April 1907; Art. 48 des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951; Art. 17 des (Solvothurner) Gesetzes über die Erhebung einer Billettsteuer vom 3. Dezember 1953. Kritisch auch MÜLLER, Einführung, S. 377. In der Diskussion anlässlich der Staatsrechtslehrertagung 1973 wurde bedauert, daß die Kunst der Übergangsregelungen verlorengegangen sei, ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, VVDStRL 32, 245.

²⁷ § 39 Abs. 2 des (Zürcher) Gesetzes über die Ausbildung von Lehrern für die Vorschulstufe und die Volksschule vom 24. September 1978 (vgl. BGE 106 Ia 256 ff.); § 49 des (Zürcher) Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons vom 2. September 1979; sinngemäß ist dasselbe der Fall beim Eidgenössischen Tierschutzgesetz vom 9. März 1978, vgl. dazu die Übergangsbestimmungen in den Art. 73–76 der (bundesrätlichen) Tierschutzverordnung vom 27. Mai 1981.

²⁸ So etwa bei der «Lex Furgler», vgl. BGE 106 Ib 13; BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 19 ff.; BGer. 2. Mai 1975 = Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 56/1975, S. 290 ff. – Art. 73 ff. der Tierschutzverordnung vom 27. Mai 1981. Auch die von einem gewissen Mißtrauen gegenüber den Behörden geprägten Übergangsbestimmungen von *Volksinitiativen* liefern oft politischen «Zündstoff» und rechtliche Probleme. Vgl.: Volksinitiative «Demokratie im Straßenbau» (Text in BBl 1977 I, S. 1370 f.); Volksinitiative «gegen die Luftverschmutzung durch Motorfahrzeuge» (Text in BBl 1977 I, S. 1376 f.); Volksinitiative «Zur Wahrung der Volksrechte und der Sicherheit beim Bau von Atomanlagen» (Text in BBl 1978 II, S. 889 f.); Volksinitiative «Gegen den Straßenlärm» (Text in BBl 1979 II, S. 1011); Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» (Text in BBl 1980 III, S. 701); Volksinitiative «für eine Zukunft ohne weitere Atomkraftwerke» (Text in BBl 1980 II, S. 511); Volksinitiative «zur Herabsetzung des AHV-Rentenalters ...» (Text in BBl 1981 II, S. 1272); Volksinitiative «für eine gerechte Belastung des Schwerverkehrs» (Schwerverkehrsabgabe) (Text in BBl 1981 II, S. 1079).

Weshalb nun diese Vernachlässigung des intertemporalen Rechts? Ein wesentlicher Grund bildet gewiß die Tatsache, daß die Fragen des intertemporalen Rechts jeweils nur für eine bestimmte, relativ kurze Zeit aktuell sind und nachher rasch wieder verblassen²⁹. Hat ein Gesetz einmal die Einführungszeit «überstanden», so benötigt man die Lehren des intertemporalen Rechts nicht mehr oder nur noch in Ausnahmefällen. Ein weiterer Grund ist natürlich im bereits erwähnten Umstand zu sehen, daß noch vor einer Generation nur ein Bruchteil der heutigen Rechtsänderungen zu verzeichnen und dementsprechend bis vor kurzem das Bedürfnis nach intertemporalrechtlichen Regeln entsprechend gering war.

Der Grund, weshalb die heutigen neuen Gesetze vielfach nur sehr rudimentäres oder gar kein Übergangsrecht enthalten, kann einerseits durch das Fehlen tragfähiger Lehren des intertemporalen Rechts erklärt werden, und liegt anderseits wohl einfach darin, daß die an der Gesetzgebung beteiligten Personen am Schluß ihrer Arbeit ermüdet sind³⁰. So hat einmal ein Bundesrichter anläßlich der Beurteilung eines schwierigen übergangsrechtlichen Falles gesagt, dem Gesetzgeber gehe bei der Übergangsregelung regelmäßig der «Schnauf» aus³¹!

Im folgenden sollen zunächst aufgrund allgemeiner und verfassungsrechtlicher Überlegungen Schranken und Leitprinzipien für die Lösung intertemporalrechtlicher Problemlagen herausgearbeitet werden. Sodann soll die Praxis des Bundesgerichts zum intertemporalen Recht im Lichte der Lehre und der verfassungsrechtlichen Grundlagen untersucht werden. Gestützt auf die daraus gewonnenen Resultate und gesetzestechnischer Überlegungen sollen sodann Grundsätze für die Gestaltung übergangsrechtlicher Normen erarbeitet werden.

²⁹ Vgl. GRISEL, Application, S. 233.

³⁰ In den Parlamenten verbraucht man sich bereits bei der oft viel zu langen Eintretensdebatte.

³¹ Gemäß freundlicher mündlicher Mitteilung von HANS PETER MOSER (Zürich).

2. Allgemeine Leitprinzipien für die Lösung intertemporalrechtlicher Probleme

2.1. Allgemeine Problematik der Rechtsänderung

Recht und Rechtsbeständigkeit hängen eng miteinander zusammen. Die Beständigkeit des Rechts bildet geradezu einen Teil der Rechtsidee. Das Vertrauen der Bürger in eine minimale Beständigkeit der Rechtsordnung ist daher eine Voraussetzung der Legitimität des Rechts und damit der Rechtsgeltung. Jede Rechtsänderung bedeutet daher in gewissem Sinne auch enttäuschte Rechtsbeständigkeitserwartung und bildet immer eine neuralgische Situation in den Beziehungen zwischen Bürger und Staat. Sofern der Staat dieser Situation nicht «loyal» und behutsam Rechnung trägt, kann dies leicht zur Erschütterung der Grundlagen des Rechtssystems führen.

Nun kann aber heute infolge drängender öffentlicher Interessen die Stabilität der Rechtsordnung nicht stets im wünschbaren Maße gewährleistet werden. Damit müssen sich – wie gesagt – Rechtsprechung und Lehre weitgehend abfinden. Sie haben indessen nach Korrektiven für die enttäuschte Rechtsbeständigkeitserwartung der Bürger zu suchen. Aus verständlichen Gründen ist jedoch der *Rechtsdogmatiker* in der Regel derart stark im Gedanken der Beständigkeit der Rechtsordnung verhaftet, daß ihm die Bewältigung der aus der enttäuschten Rechtsbeständigkeitserwartung resultierenden Probleme Mühe bereitet. Ihm ist im Gegensatz zum *Rechtshistoriker* der Gedanke des Rechtswandels wenig vertraut. Er neigt daher allgemein zur Vernachlässigung der *genetischen* Aspekte des Rechts. Das ist wohl ein wesentlicher Grund dafür, weshalb die bestehende Dogmatik des intertemporalen Rechts verhältnismäßig wenig entwickelt ist. Der ständige Rechtswandel ist indessen heute eine Tatsache, und es ist angezeigt, sich Gedanken darüber zu machen, wie die Probleme der enttäuschten Rechtsbeständigkeitserwartung bewältigt werden können.

2.2. Akzeptierbereitschaft der Betroffenen

Weil neues Recht prinzipiell Beständigkeitserwartung enttäuscht, läßt es sich nicht einfach «mechanistisch» in die gesellschaftliche Wirklichkeit umsetzen. Es hängt vielmehr von zahlreichen rechtlichen und außerrechtlichen Faktoren ab, ob und wie es eingeführt werden kann. Zunächst kommt es wesentlich auf die *Akzeptierbereitschaft*, also auf ein entsprechendes «Wollen» der vom neuen Recht Betroffenen an. Zwar läßt sich das Recht, im Gegensatz zu ethischen Prinzipien, mittels staatlichem Zwang auch gegen Widerstreben durchsetzen. Doch einmal führt diese Art der Rechtsverwirklichung die Verwaltung sehr bald an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. Ferner verfügt gerade der liberale, tendenziell schwache Staat oft nicht über die Machtmittel, die es ihm gestatten würden, seinen Willen auch machtmäßig starken Privatrechtssubjekten aufzudrücken. Zudem erlauben die Zwangsvollzugsmittel aus praktischen Gründen oft nur eine Rechtsdurchsetzung im Sinne von bloßen Minimalanforderungen. Schließlich weckt eine allzu häufige Zwangsdurchsetzung des neuen Rechts in der Gesellschaft bald politische Kräfte, welche auf dessen Abschwächung oder gar Aufhebung hinarbeiten. Der Staat muß daher auch im öffentlichen Interesse danach trachten, die Einstellung der Betroffenen zum neuen Recht so zu beeinflussen, daß dieses möglichst freiwillig vollzogen werden kann. Die Akzeptierbereitschaft seitens der vom neuen Recht Betroffenen muß daher im folgenden als bestimmendes Element angesehen werden. Wie weit sie jeweils vorhanden ist, hängt von einer Reihe von Faktoren ab:

Sind es mehr oder weniger die vom neuen Recht erfaßten Personen und Personengruppen, von denen die auf Rechtsänderung hinwirkenden gesellschaftlichen Kräfte stammen, so ist die Rechtsänderung in der Regel darum weniger problematisch, weil es sich um *autonome* Bestimmung handelt. Die Akzeptierbereitschaft gegenüber dem neuen Recht und damit die Vollziehbarkeit desselben ist dann regelmäßig gut. Weit schärfer tritt die Problematik des Überganges vom alten zum neuen Recht dann hervor, wenn die rechtserzeugenden Kräfte nicht von den Betroffenen stammen, letztere also *heteronom* bestimmt werden. Hier sind Akzeptierbereitschaft für das neue Recht und damit dessen Vollziehbarkeit tendenziell schlecht, weshalb die Rechtsänderung regelmäßig Probleme aufwirft.

Bestimmend für die Akzeptierbereitschaft und die Möglich-

keit einer wirkungsvollen Umsetzung von neuem Recht in die gesellschaftliche Wirklichkeit ist weiter die *sachliche Legitimität* desselben. Diese kann im Bereich des Verwaltungsrechts weitgehend mit Qualität und Intensität des *öffentlichen Interesses* gleichgesetzt werden. Ist das öffentliche Interesse ein qualifiziertes und intensives, so läßt sich das neue Recht, auch wenn es heteronome Bestimmungen enthält, in der Regel leichter einführen, als wenn dies nicht der Fall ist. Art und Weise des das neue Recht hervorbringenden Gesetzgebungsverfahrens liefern wichtige Aufschlüsse über das öffentliche Interesse beim konkreten Erlaß. Als weiterer Faktor für die Akzeptierbereitschaft ist die «*Innovationshöhe*» des neuen Rechts gegenüber dem alten bestimmend. Bewirkt das neue Recht lediglich geringe Veränderungen, so kann es von den Betroffenen als sozusagen kontinuierliche Weiterentwicklung des alten relativ leicht akzeptiert werden. Anders im Fall eines eigentlichen *Systemwandels*. Die Kontinuität der Rechtsentwicklung erscheint hier als gefährdet, wenn nicht gar als gebrochen; die Betroffenen empfinden die Neuerung als eigentlichen «Sprung», den sie nur bei entsprechend hohem Legitimitätsgrad des neuen Rechts zu tun bereit sind³². Die Akzeptierbereitschaft der vom neuen Recht Betroffenen hängt ferner von der *verfahrensmäßigen Legitimität* des neuen Rechts ab. Je besser die Betroffenen in den Rechtswerdungsvorgang einbezogen werden, desto eher sind sie bereit, das neue Recht zu akzeptieren – hier zeigt sich ein Konnex zur autonomen beziehungsweise heteronomen Bestimmung. An erster Stelle sind hier differenziert ausgestaltete demokratische Beteiligungsrechte der Betroffenen bei der Schaffung des neuen Rechts zu nennen. Dazu gehört – neben der Mitwirkung in Form des Referendums – schon ein bestimmtes Maß an Öffentlichkeit bei der Vorbereitung des neuen Rechts. Auch die Vernehmlassungen an die Betroffenen beziehungsweise deren Verbände erfüllen eine ähnliche Funktion.

Maßgebend für den Grad der Akzeptierbereitschaft ist schließlich, wie weit sich das neue Recht in ein *übergeordnetes*

³² Der mühevolle, langjährige Kampf der Liberalen um die Ablösung der mittelalterlichen *Feudallasten* zeigt dies eindrücklich: Weil es bei diesem Vorgang um die Ersetzung stark verflochtener privatrechtlicher vertraglicher Bindungen durch ein rationales Régime des öffentlichen Rechts ging, handelte es sich um einen beinahe revolutionären Systembruch (vgl. EDUARD HIS, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts, Bd. II, Basel 1929, S. 469 ff.). Aus diesem Grunde mußte in der Regel mit dem Mittel der Entschädigung (Loskauf) gearbeitet werden (His, a. a. O.).

Kontinuum einfügt. Als übergeordnetes Kontinuum ist – zunächst rein rechtlich betrachtet – die Verfassung anzusehen. An erster Stelle sind hier die alle Zeiten überdauernden allgemeinen Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu nennen; an zweiter das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot. Schließlich sind alle übrigen Grundrechte Bestandteile des verfassungsrechtlichen Kontinuums. Bezieht man auch außerrechtliche Faktoren mit ein, so kann als übergeordnetes Kontinuum die gesamtgesellschaftliche «Ambiance» einer bestimmten menschlichen Gemeinschaft angesehen werden.

Nun hat aber die Rechtswissenschaft recht wenig Einfluß auf die ersten drei der genannten fünf Faktoren, welche die Akzeptierbarkeit des neuen Rechts durch die Betroffenen bestimmen. Es sind im wesentlichen die *politischen Kräfte*, welche die Grundzüge der neuen Ordnung festlegen: Diese gebieten im heutigen Wohlfahrtsstaat immer häufiger *heteronome* Bestimmung, so etwa soziale Sicherungen zugunsten wirtschaftlich schwächerer Bevölkerungsgruppen, jedoch zulasten der stärkeren, oder Beschränkungen bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten zugunsten einer gesunden natürlichen Umwelt. Auch auf das *öffentliche Interesse* hat die Rechtswissenschaft im allgemeinen recht wenig Einfluß; dieses ist im Prinzip eine vorgegebene Größe, die in erster Linie durch die politische Auseinandersetzung ermittelt wird. Ähnliches ist zur *Innovationshöhe* des neuen Rechts gegenüber dem alten zu sagen; auch dieses Element wird vorab von den politischen Kräften bestimmt.

Maßgebend beeinflussen kann der Jurist hingegen die beiden letzten Faktoren, welche die Akzeptierbereitschaft durch die Betroffenen mitbestimmen, nämlich die Herstellung einer bestimmten *verfahrensmäßigen* Legitimität des neuen Rechts und die Bewahrung eines *übergeordneten Kontinuums* im Sinne des Verfassungsrechts. Hier liegen mannigfache Möglichkeiten, das neue Recht zu prägen – sowohl im Stadium der Rechtssetzung als auch in jenem der Rechtsanwendung. Nicht nur das Verfahren beim Erlaß neuen Rechts, sondern vor allem auch die *sanfte, schonende Überleitung* vom alten zum neuen Recht sowie die Einbindung des neuen Rechts in die verfassungsmäßige Ordnung sind die eigentlichen Einflußsphären von Wissenschaft, systematischer Rechtssetzung und professioneller Rechtsanwendung.

2.3. Akzeptierfähigkeit der Betroffenen

Zum größten Teil außerrechtliche Faktoren sind maßgebend dafür, wie weit die vom neuen Recht Betroffenen überhaupt *fähig* sind, ihm nachzuleben, es geht hier also um ein «Können» und nicht um ein «Wollen». Das neue Recht kann, etwa im Bereich des Umweltschutzrechts oder des Wirtschaftsverwaltungsrechts dazu führen, daß die wirtschaftliche Existenz bestimmter Betroffener in schwerem Maße gefährdet wird. Es kann für diese nun beinahe ein «ultra posse» bedeuten, die neuen Normen einzuhalten. Natürlich hängt es ganz entscheidend von der Qualität des öffentlichen Interesses ab, wie weit der Gesetzgeber in solchen Problemlagen gehen soll und darf. Sprechen überwiegende öffentliche Interessen dennoch für ein für die Betroffenen einschneidendes Vorgehen, so darf sich der Staat als Wahrer des öffentlichen Interesses dieser Aufgabe nicht entziehen. Er ist jedoch in solchen Situationen gehalten, flankierende gesetzgeberische Maßnahmen zur Unterstützung der Betroffenen im Anpassungsprozeß zu treffen, wobei die Maßnahmen stark von der Vorausssehbarkeit der neuen Normen, der Zahl der Betroffenen, deren wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und zahlreichen weiteren Faktoren abhängt. Als letztes, oft aber sehr wirksames Mittel ist stets die Möglichkeit der staatlichen Entschädigung miteinzubeziehen. Das einfache – und billigere – Mittel der Ansetzung von langen Fristen für die Einführung des neuen Rechts schont zwar die Betroffenen, ist aber überall da untauglich, wo drängende öffentliche Interessen bestehen³³.

³³ Vgl. BGE 106 Ia 260 unten.

3. Verfassungsrechtliche Problematik des Rechtswandels

3.1. Lösungsansätze aufgrund bisheriger Dogmatik

3.1.1. Allgemeines

Der Rechtswandel ist die natürliche Folge der sich im Laufe der Zeit wandelnden Bedürfnisse der Gesellschaft. Dieser Einsicht trägt die Bundesverfassung Rechnung, indem sie von der jederzeitigen Revidierbarkeit aller Normen ausgeht³⁴. Daraus und aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit folgt, daß grundsätzlich kein Rechtssubjekt Anspruch auf Beständigkeit einer bestimmten Rechtslage hat³⁵.

Irgendwie widerspricht es aber – zunächst sehr allgemein ausgedrückt – dem *Gerechtigkeitsgedanken*, wenn man zuläßt, daß durch neues Recht *jederzeit* und *abrupt* in das Leben eingegriffen werden kann³⁶. Dies besonders dann, wenn mit dem Eingriff in rigoroser Art und Weise persönliche Verhältnisse tangiert oder wirtschaftliche Existenzen gefährdet, wenn nicht gar vernichtet werden. Wie könnte man nun diesen Gerechtigkeitsgedanken juristisch ausdrücken? Es ist naheliegend, dazu einen Blick auf das Verfassungsrecht zu werfen, denn der Ge-

³⁴ BGE 102 Ia 252, 96 I 127 mit weiteren Hinweisen. Art. 6 Abs. 2 lit. c BV schreibt nach gefestigter Auslegung die «jederzeitige» Revidierbarkeit der Kantonsverfassungen vor; dieselbe Regel gilt auch für die Bundesverfassung (Art. 118 BV). Die in der Regenerationszeit gebräuchlichen Rigiditätsklauseln sind also nicht mehr zulässig (vgl. etwa Art. 93 Abs. 1 der Staatsverfassung für den Eidgenössischen Stand Zürich vom 23. März 1831, der für eine Zeit von sechs Jahren die Unabänderlichkeit derselben festlegte). Die Regel der jederzeitigen Revidierbarkeit der Verfassung gilt mittelbar auch für die gesamte übrige Gesetzgebung, denn jeder Norm unterverfassungsrechtlicher Stufe kann mittels Verfassungsänderung die Geltungsgrundlage entzogen werden.

³⁵ BGE 100 Ia 318, 101 Ia 450 = ZBl 77/1976, S. 202 ff.; vgl. ferner KNAPP, Précis, S. 70.

³⁶ Vgl. BGE 106 Ia 261 unten.

setzgeber ist an die Verfassung als oberster rechtlicher Grundnorm des Staates gebunden. Im Vordergrund steht der ursprünglich zivilrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben, heute als Vertrauensgrundsatz ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dessen Geltung sich unmittelbar auf die Verfassung stützt³⁷. Ein Gesetzgeber, der nach jahrelangem Untätigsein plötzlich und rigoros vorgeht, erweckt den Eindruck, gegen den Vertrauensgrundsatz zu handeln. Es wäre zu fragen, ob dessen abrupter Meinungswandel gegen das Gebot des widerspruchsfreien Handelns, also gegen das Verbot des «venire contra factum proprium», einer Konkretisierung des Vertrauensgrundsatzes, verstoße.

3.1.2. Vertrauensgrundsatz und Rechtsänderung

Der Vertrauensgrundsatz ist für die Rechtsänderungsproblematik von zentraler Bedeutung. Das Vertrauen bildet die Grundlage aller menschlichen Beziehungen und damit auch jeder *Rechts*beziehung. Auch die Rechtsordnung als *System*, welche gesamthaft die Beziehungen der Rechtssubjekte unter sich sowie dieser mit dem Staat normiert, muß auf dem Vertrauensprinzip basieren³⁸. Mit zunehmender Systematisierung und Formalisierung des Rechts wird jedoch das Vertrauensprinzip im Laufe der Zeit tendenziell immer weiter eingeschränkt, denn die Rechtserzeugung entfernt sich in diesem Prozeß immer stärker von der natürlichen vertrauensbegründenden Beziehung zwischen zwei oder wenigen Personen. Die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes, welche stets einen Rückgriff auf die Grundlagen menschlicher Beziehungen bedeutet, wird daher auf den ersten Blick gerne als *systemrelativierend* angesehen. Diese Sicht erweist sich jedoch als Trugschluß, indem sie der Betrachtungsweise des statisch denkenden reinen Systematikers entspringt: Dieser erkennt, wenn er die Relativierung des Systems durch den Vertrauensgrundsatz beklagt, leicht die Tatsache, daß das sich vom Vertrauen entfernende System fortschreitend an Legitimität und damit an Geltungskraft einbüßt. Die Rechtsordnung untergräbt also mit zunehmender Systematisierung und Formalisierung ihre eigene Geltungs-

³⁷ SAMELI, Treu und Glauben, S. 302 ff., bes. 307 mit zahlreichen Praxishinweisen.

³⁸ Vgl. dazu und zum folgenden NIKLAS LUHMANN, Vertrauen, 2. Aufl., Stuttgart 1973, bes. S. 35 ff.

grundlage, sofern damit nicht ein ständiges Bemühen um Wahrung und Wiederherstellung des Vertrauens einhergeht. Langfristig hat die breite Anwendung des Vertrauensgrundsatzes also systemkonsolidierende Wirkung; ein stets latenter Legitimitätsbruch zwischen Staat und Gesellschaft kann damit allenfalls abgewendet werden, und die Gefahr explosiver und revolutionärer Entwicklung wird vermindert.

Die Rechtsänderung ist also ein vom Vertrauensgesichtspunkt aus besonders neuralgischer Punkt. Sie wird leicht als Bruch einer durch das alte Recht aufgebauten Vertrauensbeziehung gewertet; dies auch dann, wenn keine besonderen Zusicherungen in Dauer und Bestand des alten Rechts abgegeben wurden³⁹. Der Bürger erwartet vom Staat eine gewisse, wenn auch minimale Garantie für die Beständigkeit der von ihm erlassenen Verhaltensnormen, namentlich wenn er gestützt auf letztere in guten Treuen nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat. Müssen die Normen aber dennoch – aus legitimen Gründen – geändert werden, so verlangt er in der Übergangsphase als Korrelat zur «enttäuschten Beständigkeitserwartung» eine besonders ausgeprägte Vertrauenshaltung von seiten des Staates. Als Ausdruck dieser Vertrauenshaltung wird von diesem zunächst erwartet, daß er die vom neuen Recht Betroffenen darin unterstützt, sich in jenes zu integrieren. Diese Erwartung entsteht in der Regel nur bei Rechtsänderungen mit großer Innovationshöhe. Schließlich wird vom Staat bei der Schaffung des neuen Rechts erwartet, daß er das Verhalten der Betroffenen unter dem *bisherigen* Recht und insbesondere deren darauf beruhenden Dispositionen soweit als möglich berücksichtigt. Das als Ausfluß der Tatsache, daß die Vertrauensbeziehung stets eine *zweiseitige* ist. Dieser Aspekt des Vertrauensprinzips wird vor allem bei den Problemen der *richtigen Anknüpfung bei mehrgliedrigen Sachverhalten* relevant⁴⁰. Als eigentlichen Vertrauensbruch im Sinne eines «venire contra factum proprium» schließlich wertet der Bürger die erneute rechtliche Erfassung und Qualifizierung der vom alten Recht bereits erfaßten und qualifizierten abgeschlossenen Sachverhalte oder der vergangenen Teile von Dauersachverhalten durch das neue Recht. Diese sogenannte *Rückwirkungsproblematik* erscheint unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als besonders wichtig.

³⁹ Vgl. sehr deutlich BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 23 ff.

⁴⁰ Dazu hinten S. 204 ff.

Der Praxis bereitet die Vertrauenssituation bei der Rechtsänderung offensichtlich große Schwierigkeiten. Dies beginnt damit, daß Unsicherheit darüber besteht, welches Verfassungsprinzip in dieser Situation zur Anwendung kommt. Keine Klarheit besteht ferner darüber, wie weit der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet ist, übergangsrechtliche Normen zu erlassen. Ferner ist nicht hinreichend geklärt, ob und wie weit die *rechtsanwendenden* Behörden berechtigt sind, gewissen Personen, die eine qualifizierte Vertrauenssituation geltend machen – in Abweichung vom Gesetz –, eine besondere übergangsrechtliche Behandlung zu gewähren. Der überkommene Dualismus von Rechtssetzung und Rechtsanwendung schafft hier zusätzliche Schwierigkeiten: So besteht eine umfangreiche Praxis zur Frage der Widerrufbarkeit von Verwaltungsakten infolge Rechtsänderung. Zum Teil ist diese vom Grundsatz von Treu und Glauben geprägt; es spielen jedoch noch weitere, teilweise recht kasuistische und pragmatische Elemente wie etwa das sogenannte «subjektive öffentliche Recht» eine Rolle. Zum Problem der Verbindlichkeit (unrichtiger) behördlicher Auskünfte besteht zwar eine konsolidierte Praxis; jedoch herrscht auch hier noch Unsicherheit darüber, welche *Rechtsfolge* in solchen Fällen eintritt. Eine Brücke zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung schlägt die Praxis in neuerer Zeit bei den wohlerworbenen Rechten. Sie ist dazu übergegangen, vertrauensbegründenden Akten von Gesetzgeber *und* rechtsanwendenden Behörden Bestandeskraft zuzubilligen. Die wohlerworbenen Rechte spielen auf diese Weise in den Fragenkreis des Widerrufs von Verwaltungsakten infolge Rechtsänderung hinein; außerdem dienten sie trotz ihrer dogmatischen Fragwürdigkeit dazu, eine Ersatzfunktion zu Treu und Glauben gegenüber dem Gesetzgeber zu erfüllen⁴¹.

Kennzeichnend für die bisherige Praxis und einen Teil der Lehre ist ferner die Tatsache, daß bei Akten der rechtsanwendenden Behörden wenig Zurückhaltung herrscht, den Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden. Je konkreter die Verhältnisse sind, desto eher billigt man dem Privaten zu, sich auf Treu und Glauben zu berufen und gewährt ihm entsprechenden Schutz⁴². Dies auch – und vor allem – dann, wenn die Anwendung des Vertrauensprinzips die Bestandeskraft eines individuellen Aktes auch gegenüber dem neuen oder geänder-

⁴¹ Dazu hinten S. 177 ff.

⁴² Vgl. BGE 102 Ia 338.

ten Gesetz zur Folge hat. Leicht, oft zu leicht, wird bei konkreten Akten der Verwaltung der Grundsatz, wonach der individuell konkrete Akt dem Schicksal der Gesetzgebung folgt, durchbrochen – wie namentlich die zurückhaltende Widerrufspraxis zeigt⁴³.

3.1.3. Rechtssicherheitsgebot oder Vertrauensgrundsatz?

Es besteht eine lange Kette von höchstrichterlichen Entscheidungen, wo jeweils etwas apodiktisch erklärt wird, der Grundsatz von Treu und Glauben könne gegenüber Gesetzesänderungen nicht angerufen werden; ergänzend wird dann jeweils zwar immerhin beigelegt, die Gesetzesänderungen dürften keine wohlerworbenen Rechte verletzen und nicht willkürlich sein⁴⁴. Diese Rechtsprechung macht deutlich, daß man – im Gegensatz zu individuell-konkreten Vertrauenssituationen – bis vor kurzem wenig Bereitschaft hatte, generelles und abstraktes Vertrauen zu anerkennen. Zieht man aber in Betracht, daß etwa die «wohlerworbenen Rechte» in der neueren Praxis in verschiedenen Bereichen die lediglich durch den Begriff «wohlerworben» halbverdeckte Funktion erfüllten, eine besondere Vertrauenslage Privater gegenüber dem *Gesetzgeber* zu schützen⁴⁵, so erscheint der vom Bundesgericht wiederholt ausgesprochene Satz, Treu und Glauben könne gegenüber dem Gesetzgeber nicht angerufen werden, als erheblich relativiert. Er wird dadurch weiter abgeschwächt, als in neueren Entscheiden⁴⁶ wesentlich differenzierter vorgegangen wird: Das Bundesgericht betont zwar jeweils zunächst, das Prinzip des Vertrauensschutzes habe seine Bedeutung vor allem im Bereiche der Rechtsanwendung, fügt jedoch in einem neueren Entscheid bei, es binde «aber auch den Gesetzgeber»⁴⁷. Neben den wohlerworbenen Rechten wird hier als weiterer vertrauensbegründender Sachverhalt eine frühere Zusicherung des *Gesetzgebers* genannt⁴⁸.

⁴³ Dazu eingehend GYGI, Rechtsbeständigkeit, S.149; AUBERT, Limites, S.10/11.

⁴⁴ BGE 106 Ia 259, 101 Ia 450, 101 Ib 197, 100 Ib 298, 99 Ib 102 mit weiteren Hinweisen. Kritisch auch RHINOW, Rechtsetzung, S.275, 269 Anm.81.

⁴⁵ Dazu hinten S.177ff.

⁴⁶ Paradoxerweise in den beiden Entscheiden, auf die sich das Bundesgericht in BGE 106 Ia 259 zur Stützung seiner apodiktischen Aussage beruft!

⁴⁷ BGE 102 Ia 336 mit Hinweisen.

⁴⁸ BGE 102 Ia 336.

Im selben Entscheid wird gesagt, ein Zonenplan könne seinen Zweck nur erfüllen, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweise; das Gebot der «Rechtssicherheit» gebiete daher, daß dieser nur aus entsprechend gewichtigen Gründen abzuändern sei⁴⁹. Das Gebot der Rechtssicherheit – so das Bundesgericht weiter – sei mit dem Prinzip von Treu und Glauben «verwandt», setze aber keine besondere Vertrauenssituation voraus. Die von der Rechtssicherheit gebotene Interessenabwägung sei aber nicht unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben, sondern unter jenem der Eigentumsgarantie zu prüfen⁵⁰.

Der Rechtssicherheitsbegriff muß also eine Art Ersatzfunktion wahrnehmen, um den Vertrauensgedanken auch gegenüber dem Gesetzgeber zur Geltung zu bringen. Gleichzeitig bestehen aber offensichtlich Bedenken gegen eine umfassende Anwendung desselben, wie der Verweis auf die Eigentumsgarantie zeigt⁵¹. Ein wichtiger Grund für die Zurückhaltung des Bundesgerichtes in der Anwendung des Rechtssicherheitsgebotes liegt in dessen inhaltlicher Unbestimmtheit; bis heute ist der Rechtssicherheitsbegriff diffus und wenig konturiert geblieben, wie die verschiedenen ihm zugeschriebenen Bedeutungen zeigen: Im Verfahrensrecht dient er vornehmlich dazu, die Festlegung von Fristen zur Anfechtung von Urteilen und Verfügungen zu rechtfertigen, mithin Klarheit darüber zu schaffen, von welchem Zeitpunkt an ein Akt rechtskräftig wird⁵². Im materiellen Recht werden aus der Rechtssicherheit Verjährungs- und Verwirkungsfristen hergeleitet⁵³. Die Gesetzgebungslehre leitet aus der Rechtssicherheit Klarheit und Verständlichkeit der Normen für den Bürger ab⁵⁴. Mit dem Rechtssicherheitsprinzip werden ferner Publikationsgebote bestimmter Akte, zumeist von Rechtssetzungsakten, begründet⁵⁵ – alles Ausprägungen der Rechtssicherheit, die für das Übergangsrecht nicht oder wenig spezifisch sind. In für die Übergangsproblematik spezifischer Weise dagegen wird der Begriff vom Bundesgericht

⁴⁹ BGE 102 Ia 333, 98 Ia 377 mit Hinweisen.

⁵⁰ BGE 102 Ia 338, mit Hinweisen; auch SAMELI, Treu und Glauben, führt aus, der Vertrauensschutz im Sinne der Rechtssicherheit sei in den verschiedenen verfassungsmäßigen Rechten enthalten (S. 350).

⁵¹ BGE 102 Ia 338. Eine ähnliche Feststellung für Deutschland macht OSSEN-BÜHL, Vertrauensschutz, S. 26.

⁵² Vgl. BGE 105 Ia 119, 106 III 113, 106 II 376.

⁵³ Vgl. BGE 107 Ia 123; ZBl 72/1971, S. 329 ff.; BGE 106 II 138 zu Art. 60 OR.

⁵⁴ Vgl. statt vieler PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973, S. 182.

⁵⁵ BGE 105 Ib 82, 106 II 326.

etwa verwendet, um die Frage der Widerrufbarkeit von Verwaltungsakten infolge Rechtsänderung zu beantworten⁵⁶. Weiter hat das Gericht etwa mit Hilfe des Rechtssicherheitsgebotes die Frage beurteilt, ob die Vornahme einer Zonenplanänderung überhaupt zulässig sei⁵⁷. Ferner hat es aus dem Rechtssicherheitsgebot die Notwendigkeit der sorgfältigen Interessenabwägung vor einer Praxisänderung abgeleitet⁵⁸.

Die Nähe der zuletzt aufgezeigten Aspekte des Rechtssicherheitsgebotes zum Vertrauensprinzip ist unverkennbar⁵⁹; mit beiden Begriffen soll zum Ausdruck gebracht werden, unter welchen Voraussetzungen der Staat das Vertrauen der Bürger in eine bestehende Rechtslage zu wahren hat, beziehungsweise wo dieser sich nach den Umständen nicht auf solches Vertrauen berufen kann. Es geht also letztlich immer um die Beurteilung einer irgendwie gearteten Vertrauenslage im Hinblick auf die Rechtsänderung, hervorgerufen durch ein geändertes öffentliches Interesse⁶⁰. Weil das Bundesgericht eine gewisse Unsicherheit und Zurückhaltung darin bekundet, den Grundsatz von Treu und Glauben auch gegenüber dem Gesetzgeber zur Anwendung zu bringen⁶¹, erfüllt jener der Rechtssicherheit in diesem Bereich mithin eine Art Ersatzfunktion für das Vertrauensprinzip⁶². Es ist jedoch nicht die herkömmliche, konkrete Bedeutung von Treu und Glauben, die das Bundesgericht mit dem Rechtssicherheitsgebot zum Ausdruck bringen will. Es handelt sich dabei vielmehr um *allgemeines, abstraktes* Vertrauen, das auch vom Gesetzgeber gewahrt werden muß.

⁵⁶ BGE 103 Ib 206 mit Hinweisen, 100 Ib 301 ff., 98 Ia 568 ff., KNAPP, Précis, S. 138 mit weiteren Hinweisen; GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 154; SALADIN, Fairneß, S. 59 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁷ BGE 102 Ia 333 mit weiteren Praxishinweisen.

⁵⁸ BGE 100 Ib 71; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, S. 444 mit weiteren Praxishinweisen.

⁵⁹ Deutlich BGE 102 Ia 333, 338; 98 Ia 377. Das geht auch aus den Ausführungen von SAMELI, Treu und Glauben, S. 350, hervor.

⁶⁰ Vgl. STRAUB, Baubewilligung, S. 29 ff. Unklar BGE 102 Ia 338: In anderem Zusammenhang hat das Bundesgericht den Zusammenhang zwischen Vertrauensschutz und Rechtssicherheit hergestellt (BGE 103 Ib 206, 100 Ib 301 ff., 98 Ia 568 ff.).

⁶¹ Für die Anwendung von Treu und Glauben gegenüber dem *Gesetzgeber*: BGer., unveröff. Entsch. vom 21. Sept. 1976 i. S. Popp, S. 11, mit Hinweisen; ähnlich BGE 102 Ia 336, 107 Ia 36 ff. Dagegen: BGE 106 Ia 259; auch AUBERT, Traité, Supplément (S. 235), macht auf die Unklarheit dieser Rechtsprechung aufmerksam.

⁶² BGE 102 Ia 333/338, vgl. aber BGE 99 Ia 583. OSSENBÜHL, Vertrauensschutz, S. 26, gelangt zu einer ähnlichen Diagnose für das deutsche Recht.

Während die Rechtsnatur des Grundsatzes von Treu und Glauben einigermaßen geklärt ist, ist die Frage nach der Rechtsnatur des Rechtssicherheitsgebotes immer noch offen. Das Bundesgericht schweigt sich darüber aus, und im Grunde genommen auch die Lehre⁶³. Einzig GIACOMETTI definiert die Rechtssicherheit als «allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verwaltung»⁶⁴. Nachdem jedoch das Bundesgericht mehrfach das Rechtssicherheitsgebot auch gegenüber dem Gesetzgeber angewandt hat⁶⁵, ist diese Qualifikation nicht schlüssig. Auch die Aussage, in den verschiedenen verfassungsmäßigen Rechten sei der Vertrauensschutz im Sinne der Rechtssicherheit «enthalten»⁶⁶, schafft keine Klarheit, sind doch jene nicht auf die Rechtsänderungsproblematik hin zugeschnitten, sondern statisch konzipiert. So wie das Bundesgericht das Rechtssicherheitsgebot als Funktion des Vertrauensgrundsatzes praktisch angewandt hat, muß es als selbständiges ungeschriebenes Verfassungsprinzip angesehen werden⁶⁷.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Rechtssicherheitsgebot von der Praxis ersatzweise als Form des Vertrauensprinzips auch gegenüber dem Gesetzgeber angewendet wird. Praktisch geschieht dies, weil ein entsprechendes Bedürfnis besteht. Dogmatisch wird das Rechtssicherheitsgebot und nicht etwa der Grundsatz von Treu und Glauben deshalb verwendet, weil letzterer – seiner zivilrechtlichen Herkunft entsprechend – auf das subjektiv-konkrete, personbezogene *Rechtsverhältnis* zugeschnitten ist. Ein generelles und abstraktes Vertrauen glaubte man daher daraus nicht ableiten zu dürfen. Aus diesen Gründen ist es dann zur eigenartigen Entgegensetzung von Treu und Glauben und Rechtssicherheit gekommen⁶⁸.

Der vom Bundesgericht mit der Anwendung des Rechtssicherheitsgebotes verfolgte Zweck ist zwar zur Sicherung von

⁶³ Aus BGE 56 I 194 kann ich keinen Verfassungsrang herauslesen, anders GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 154, 164; KNAPP, Précis, S. 138; AUBERT, Limites, S. 7; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, S. 443 f.; BROGGINI, Privatrecht, S. 361, setzt die Rechtssicherheit der Gerechtigkeit entgegen.

⁶⁴ Allgemeine Lehren, S. 291.

⁶⁵ BGE 102 Ia 333, 98 Ia 377, 94 I 351.

⁶⁶ SAMELI, Treu und Glauben, S. 350; vgl. auch BGE 102 Ia 338 mit Praxishinweisen.

⁶⁷ Gl. M. SALADIN, Fairneß, S. 58/59.

⁶⁸ Vgl. SAMELI, Treu und Glauben, S. 348.

objektivem Vertrauen grundsätzlich als positiv zu bewerten⁶⁹. Der Grundsatz der «Rechtssicherheit» ist jedoch infolge der aufgezeigten inhaltlichen Vieldeutigkeit problematisch. Zudem trägt er ein gewisses «Vorverständnis» in die Problematik hinein, indem er – allein schon vom Wortsinn her – das staatliche Rechtsänderungsinteresse und mithin das öffentliche Interesse zugunsten des Status quo tendenziell zurückdrängen kann⁷⁰. Schließlich ist auch seine Stellung in der Rechtsordnung bis heute weitgehend ungeklärt geblieben⁷¹. Dennoch sind gewisse Ausprägungen des Rechtssicherheitsgebotes unterhalb der Verfassungsstufe nach wie vor sinnvoll: Überall dort, wo es um formelle Voraussetzungen und Grenzen der Geltungskraft sowie um äußere Erscheinungsformen von Normen geht, ist der Rechtssicherheitsbegriff angemessen. So können daraus Publikationsgebote für Normen abgeleitet werden. Ferner kann aus dem Rechtssicherheitsgebot die Forderung nach Klarheit und Verständlichkeit der Normen abgeleitet werden; auch die Forderung auf Beendigung von rechtlichen Schwebezuständen mittels Fristbestimmungen kann darauf gestützt werden. Für die Lösung materieller Rechtsänderungsprobleme liefert indessen der Rechtssicherheitsbegriff kaum Anhaltspunkte; ja er erschwert infolge seiner Ambivalenz mithin eine solche sogar.

3.1.4. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder Vertrauensgrundsatz?

Neben dem wohlerworbenen Recht und dem Rechtssicherheitsgebot wird von der Praxis ferner der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* beigezogen, um eine halbverdeckte Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auch gegenüber dem Gesetzgeber zur Geltung zu bringen⁷². So wurde vom Bundesgericht ausgeführt, im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes könne «allenfalls auch Vertrauen berücksichtigt werden, wenn nämlich aufgrund eines besonders gerechtfertigten Vertrauens in den Bestand einer gesetzlichen Regelung Dispositionen getrof-

⁶⁹ SALZWEDEL, Besitzstände, S. 15: «Für den Bürger bedeutet Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz».

⁷⁰ Dieser Aspekt wird in der Arbeit von SAMELI nicht deutlich (Treu und Glauben, S. 348/49).

⁷¹ Vgl. SALADIN, Fairneß, S. 58 ff.

⁷² Vgl. BGE 106 Ia 260, 106 Ia 195, BGer. 13. Juli 1977 = ZBl 79/1978, S. 81; BGE 103 Ia 275.

fen worden sind, deren vollständige und sofortige Wertlosigkeit unter neuem Recht für die Betroffenen eine Härte darstellt, die nach Sinn und Zweck der Neuregelung als unverhältnismäßig erscheint»⁷³. Ähnlich wurde in einem Entscheid argumentiert, wo es um die Beurteilung einer bundesrätlichen Übergangsordnung zu einem schärferen Régime im Bereich der Einfuhr von Fleisch ging⁷⁴. Das Bundesgericht hat unter anderem ausgeführt, es könne erforderlich sein, die Neuordnung eines Rechtsgebietes «unverzüglich» in Kraft zu setzen, wenn sie den angestrebten Zweck erreichen soll⁷⁵. In andern Fällen möge es angezeigt sein, einen Erlaß erst einige Zeit nach seiner Publikation in Kraft zu setzen, um den Betroffenen Gelegenheit zu geben, Anpassungsmaßnahmen zu treffen. Schließlich könne es gerechtfertigt sein, Übergangsbestimmungen zu erlassen, damit der Übergang vom alten zum neuen Recht erleichtert werde⁷⁶. Und weiter: «Bei der Wahl des Vorgehens hat der Gesetzgeber die Vorschriften der Verfassung, und wenn keine ausdrücklichen Vorschriften bestehen, die allgemeinen Grundsätze, z. B. der Verhältnismäßigkeit, oder das Willkürverbot zu beachten. Auch die allenfalls gewählte Übergangslösung muß verfassungsmäßig sein»⁷⁷. Auch bei diesem Entscheid zeigt sich die Tendenz des Gerichtes, den Grundsatz von Treu und Glauben zwar beizuziehen, ihn aber nicht selbständig, sondern lediglich akzessorisch – hier zum Verhältnismäßigkeitsprinzip – anzuwenden. Daß es sich im Grunde genommen aber auch hier um eindeutige Vertrauenslagen handelt, denen bei der Rechtsänderung soweit als möglich Rechnung zu tragen ist, zeigen die im selben Entscheid⁷⁸ getroffenen weiteren Ausführungen: So wird zu Recht festgestellt, daß die *sofortige* Inkraftsetzung des neuen Rechts je eher gerechtfertigt ist, «je weniger die Interessen der von der Änderung Betroffenen zu festen rechtlichen Positionen geworden sind ...»⁷⁹. Was die *Pflicht* des Gesetzgebers zum Erlaß einer Übergangsordnung betrifft, so scheint das Bundesgericht nach anfänglichem Zögern⁸⁰ nun

⁷³ BGE 106 Ia 260, ähnlich BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 23.

⁷⁴ BGE 104 Ib 205 ff.

⁷⁵ BGE 104 Ib 215.

⁷⁶ BGE 104 Ib 215.

⁷⁷ BGE 104 Ib 216. Sorgsam wird also der Begriff «Vertrauen» vermieden, jedoch mit der beispielhaften Aufzählung auch nicht ausgeschlossen.

⁷⁸ BGE 104 Ib 216.

⁷⁹ BGE 104 Ib 216.

⁸⁰ BGE 99 Ib 180.

doch in gewissen Fällen dazu übergehen zu wollen, eine solche festzusetzen, und zwar dann, «wenn durch die sofortige Inkraftsetzung einer Gesetzesänderung ... der Bürger in einem Maße belastet wird, daß die Belastung in keinem vernünftigen Verhältnis zum Zwecke der Gesetzesänderung steht»⁸¹. Auch hier wird vordergründig der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angerufen; im Kern geht es jedoch weniger um diesen als um das Verhältnis des Vertrauensschutzes zum öffentlichen Interesse: Je qualifizierter die vom neuen Recht wahrzunehmenden öffentlichen Interessen sind, je eher muß der Private damit rechnen, daß ihn jenes ohne oder nach nur kurzer Übergangsfrist erfaßt. Haben jedoch die Betroffenen eine besondere Vertrauensposition erlangt, so muß – offensichtlich auch nach Auffassung des Bundesgerichtes – der Gesetzgeber Abstriche am vorgesehenen Ziel vornehmen⁸². Das kann dadurch geschehen, daß er den Eintritt der Wirkungen des neuen Erlasses für alle oder einen Teil der Betroffenen hinausschiebt oder für Inhaber bestimmter Vertrauenspositionen weniger weitgehende Maßnahmen vorsieht – entweder für die Dauer einer Übergangsfrist oder aber definitiv⁸³. Daß dadurch das öffentliche Interesse zurückgedrängt wird, ist offensichtlich, liegt aber in der Natur der Sache⁸⁴. Es fragt sich daher, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die Übergangsproblematik überhaupt spezifisch und sachlich richtig ist.

Der Verhältnismäßigkeitsbegriff ist unter dem Einfluß der neueren Lehre in die drei Unterbegriffe «Geeignetheit», «Erforderlichkeit» und Verhältnismäßigkeit «im engeren Sinn» aufgespalten worden⁸⁵. Indessen empfiehlt es sich, von einem *engen* Begriff der Verhältnismäßigkeit auszugehen: Das Erfordernis der «Geeignetheit» besagt, daß eine Maßnahme sachlich geeig-

⁸¹ BGE 104 Ib 216 (nicht restlos klare Ausführungen bezüglich der Anforderungen an die Übergangsregelung); BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 23. Vgl. auch BGE 101 Ia 347.

⁸² BGE 104 Ib 216.

⁸³ Das Bundesgericht scheint unter dem Erlass einer Übergangsordnung lediglich den Aspekt der verzögerten Vollziehung – also der Festsetzung einer angemessenen Übergangsfrist zu verstehen (vgl. BGE 104 Ib 216, 103 Ia 275).

⁸⁴ Sehr deutlich in BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 23 ff.; wo das Bundesgericht (weil eine gesetzliche Übergangsordnung fehlte) die *Verwaltung* zur Berücksichtigung der Vertrauenssituation verpflichtete.

⁸⁵ Vgl. ZIMMERLI, Verhältnismäßigkeit, S. 12 ff. mit Hinweisen; ARTUR WOLFFERS, Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, ZBJV 113/1977, S. 298.

net sein muß, um das vom öffentlichen Interesse gebotene gesetzgeberische Ziel zu erreichen⁸⁶. Dieser Unteraspekt hat relativ geringe selbständige praktische Bedeutung: Wenn nämlich eine bestimmte Maßnahme *nicht* geeignet ist, das entsprechende Ziel zu erreichen, so ist sie in der Regel zugleich sinn- und zwecklos und mithin willkürlich. Zwecks Vermeidung einer Überschneidung mit dem Begriff des öffentlichen Interesses wird das Gebot der Erforderlichkeit am besten in dasjenige der Verhältnismäßigkeit «im engeren Sinne», also in das *eigentliche* Verhältnismäßigkeitsprinzip, einbezogen: Eine freiheitsbeschränkende Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie nicht weiter geht, als erforderlich ist, um das gesetzte Ziel zu erreichen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschlägt also das Mittel-Ziel-Verhältnis.

Im Gegensatz zum Vertrauensgrundsatz ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein *statischer* Grundsatz. Er bezieht sich nicht wie dieser auf zuerst begründetes Vertrauen und nachträgliche Enttäuschung desselben, sondern er beschlägt nur einen momentanen Aspekt in den Beziehungen zwischen Bürger und Staat; der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liegt also *vertikal* zur (horizontalen) Zeitachse. Auch hat er mehr sachlich-technischen Charakter und liegt daher auf einer anderen Ebene als Treu und Glauben. Für die Rechtsänderungsproblematik ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit daher nur als Randbedingung relevant, indem das Mittel-Ziel-Verhältnis bei den vom neuen Recht getroffenen Maßnahmen stets unabhängig von der Rechtsänderungssituation überprüft werden muß⁸⁷. Die Einführungs- und Übergangsproblematik kann durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch nicht gemildert werden, denn die vom neuen Recht zu befolgenden Ziele werden von neuformulierten öffentlichen Interessen diktiert und die dazu verwendeten Mittel müssen auch unabhängig von der Rechtsänderungssituation verhältnismäßig sein.

Es zeigt sich also, daß die von der neueren Praxis und Lehre vorgenommene teilweise Integration des öffentlichen Interesses in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dogmatische Probleme aufwirft: Ist ein bestimmtes Mittel zur Erreichung des vom öffentlichen Interesse gebotenen Ziels entsprechend einer nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorgenommenen sachli-

⁸⁶ Ähnlich ZIMMERLI, Verhältnismäßigkeit, S. 13.

⁸⁷ Anders BGer. 13. Juli 1977 = ZBl 79/1978, S. 81; KLOEPFER, VVDStRL 40/1982, S. 98 Ziff. 6 d.

chen Klärung das *mildeste*, dann kann nicht mittels Anrufung eben dieses Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein noch milderes Mittel gefunden werden. Vielmehr muß dann unter Bewertung der Vertrauenslage der Betroffenen zunächst ehrlicherweise das gesetzgeberische Ziel herabgeschraubt und anschließend das entsprechende verhältnismäßige Mittel gefunden werden⁸⁸. Nicht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an sich, sondern das aus seiner Anwendung resultierende Mittel ist insofern für die Übergangsproblematik relevant, indem dieses auf die Zumutbarkeit für die Betroffenen hin zu überprüfen ist. Wird diese vom Vertrauensgrundsatz her verneint, so muß das Ziel herabgeschraubt werden. Ob eine solche Modifikation des Ziels vom öffentlichen Interesse aus verantwortbar ist, muß vom formellen Gesetzgeber entschieden werden⁸⁹. Die allerdings noch wenig klar ausgeführte Tendenz des Bundesgerichtes, von diesem den Erlaß von gesetzlichem Übergangsrecht zu *verlangen*⁹⁰, ist deshalb zu begrüßen. Sie ist jedoch noch aus einem weiteren Grund als positiv zu bewerten: Die Berücksichtigung der besonderen Vertrauenslage zugunsten der vom neuen Recht betroffenen Personen bewirkt Verzögerungen des Eintrittes der Geltungskraft des neuen Rechts – was ohne ausdrückliche gesetzgeberische Absicht mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar ist⁹¹. Aus dieser Tatsache folgt unmittelbar, daß die Grundsätze einer Übergangsregelung vom formellen Gesetzgeber angeordnet werden müssen.

3.1.5. Eigentumsgarantie oder Vertrauensgrundsatz?

Ein weiteres Mittel zur verdeckten oder halbverdeckten Anwendung des Vertrauensgrundsatzes bildet die Eigentumsgarantie, vor allem in der Form der «wohlerworbenen Rechte». Wie noch zu zeigen sein wird, sind wohlerworbene Rechte nichts anderes als besondere Vertrauenspositionen, welche auch gegenüber dem Gesetzgeber geltend gemacht werden können⁹². Der wahre Geltungsgrund der schützenswerten

⁸⁸ Das wird übersehen in BGE 106 Ia 260 E. 4.

⁸⁹ In BGer. 19. Sept. 1980 (ZBl 82/1981, S. 23 ff.) verpflichtet das Bundesgericht die *Verwaltung* zur Schaffung einer einzelfallweisen Übergangslösung, ein Vorgehen, das mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung schwerlich vereinbar ist (gl. M. F. HUWYLER, ZBl 82/1981, S. 27).

⁹⁰ BGE 104 Ib 215, BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 23.

⁹¹ Vgl. F. HUWYLER, ZBl 82/1981, S. 27.

⁹² Hinten S. 177 ff.

Rechtspositionen, welche unter das «wohlerworbene Recht» oder sonstwie in die Nähe der Eigentumsgarantie gebracht werden, liegt nicht bei dieser, sondern beim Vertrauensgrundsatz. Die Eigentumsgarantie nimmt daher lediglich eine Ersatzfunktion für den unzureichend entwickelten Vertrauensgrundsatz, aber auch für das weitgehend fehlende allgemeine Entschädigungsrecht wahr. Dasselbe gilt – in weniger ausgeprägter Weise – für den Vertrauenstatbestand der Besitzstandsgarantie, welcher heute ebenfalls noch vorwiegend auf die Eigentumsgarantie gestützt wird⁹³.

Die Bindung des Vertrauensgrundsatzes an die Eigentumsgarantie ist nicht nur dogmatisch fragwürdig; sie hat auch negative soziale Auswirkungen: Wenn die Vertrauensberechtigung von der Eigentümerstellung abhängt, wird der Nichteigentümer vom Vertrauen ausgeschlossen. Vertrauen aber soll alle, den «Millionär wie den Bettler» schützen (WALTER LEISNER)⁹⁴.

3.1.6. Fehlen einer umfassenden Vertrauensdogmatik

Die ausgesprochene Tendenz in der schweizerischen Praxis, die Übergangsproblematik formell mit der Beiziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Rechtssicherheitsgebotes und der Eigentumsgarantie zu bewältigen, materiell aber doch aufgrund eines irgendwie gearteten, aber meist unausgesprochenen Vertrauens zu entscheiden, ist die Folge einer noch wenig ausgebauten und kaum differenzierten *allgemeinen und objektiven* Vertrauenslehre. Aus diesem Grunde ist die Praxis auch derart wenig konsolidiert. Es besteht bis heute lediglich eine spezielle und vorwiegend subjektive Vertrauenslehre, geprägt vom zivilrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben, der vom Modell des zweiseitigen Rechtsverhältnisses geprägt ist. In dem vom Gesetzmäßigkeitsprinzip beherrschten Verwaltungsrecht darf man jedoch nur in Ausnahmefällen von eigentlichen Rechtsverhältnissen ausgehen; es gibt im öffentlichen Recht eigentlich nur *Rechtsslagen*⁹⁵.

⁹³ Vgl. die sibyllinische Formulierung im Entscheid des Aargauischen Verwaltungsgerichtes vom 12. I. 1982 = ZBl 83/1982, S. 448 E. 3 a.

⁹⁴ LEISNER, Gesetzesvertrauen, S. 294. Vgl. auch OTTO K. KAUFMANN (ZSR 72/1953, S. 358 a): «Das Grundeigentum ist gegen staatliche Eingriffe besser geschützt als das Leben!»

⁹⁵ Vgl. ALFRED KÖLZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 21 N. 7.

Es offenbart sich hier die historische Tatsache, daß das schweizerische Verwaltungsrecht einerseits noch heute im Banne der Lehren steht, welche in der Zeit des Gesetzespositivismus und der reinen *Rechtsanwendungswissenschaft* aus Deutschland rezipiert wurden, und daß andererseits der aus dem Zivilrecht übernommene «apositivistische» Grundsatz von Treu und Glauben lediglich punktuelle Einbrüche in dieses überkommene Lehrgebäude bewirkt hat. Bruchstellen zwischen den beiden Rechtsauffassungen sind denn auch auf Schritt und Tritt anzutreffen. Die verwaltungsrechtliche Dogmatik ist daher allgemein ungenügend vom Vertrauensgrundsatz durchdrungen. Dies führte so lange nicht zu größeren Schwierigkeiten, als das Verwaltungsrecht – dem liberalen Staatsverständnis entsprechend – nur punktuelles Eingriffsrecht war. Bei der heutigen Rolle des Verwaltungsrechts als eigentlichem sozialen Gestaltungsmittel wirkt sich die mangelhaft entwickelte Vertrauensdogmatik aber in immer empfindlicherem Maße aus. Als beinahe paradox erscheint dabei, daß in erster Linie der subjektiv orientierte, konkrete Grundsatz von Treu und Glauben, der tendenziell das Gesetzmäßigkeitsprinzip in Frage stellt, rezipiert wurde, währenddem ein objektiver Vertrauensgrundsatz, der sich auch an den *Gesetzgeber* richtet, nur in Ansätzen entwickelt worden ist. Das Fehlen eines solchen führte zu einer Verschiebung der Probleme auf die Ebene der Rechtsanwendung und allgemein zu weitgehenden dogmatischen Verzerrungen, wie allein schon die Rechtsprechung zu den «wohlerworbenen Rechten» zeigt. Ferner hat sich aus demselben Grunde eine unübersichtliche Kasuistik gebildet⁹⁶. Die vom Bundesgericht bis heute erarbeiteten Lehren zu Treu und Glauben im öffentlichen Recht können daher lediglich als Vorstufe einer integralen und systematischen Einbindung des Vertrauensgrundsatzes in das gesamte schweizerische öffentliche Recht angesehen werden.

3.1.7. Gefahr einer Expansion des Vertrauensgrundsatzes?

Es ist auf die Gefahr hingewiesen worden, die Expansion des Vertrauensschutzes führe zu einer Disziplinlosigkeit juristischen Denkens und zu einer Bedrohung der Transparenz juristischen Argumentierens⁹⁷. Diese Bedenken sind im Bereich der

⁹⁶ Dieselbe Feststellung macht KISKER für das deutsche Recht (Vertrauensschutz, S. 155 ff., 194).

⁹⁷ OSSENBÜHL, Vertrauensschutz, S. 34 f.

Rechtsanwendung gewiß sehr ernst zu nehmen. Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz kann zu stark relativiert werden; auch laufen die rechtsanwendenden Behörden Gefahr, den Vertrauensgrundsatz als «Allerweltsformel» beizuziehen, *bevor* die hermeneutischen Anstrengungen der Gesetzesauslegung unternommen worden sind⁹⁸. Für den Bereich der *Gesetzgebung* trifft indessen das Gegenteil zu: Je besser der Gesetzgeber die Vertrauenssachverhalte normiert, desto weniger kommen die rechtsanwendenden Organe in die Lage, das Gesetz in der genannten Weise relativieren oder im ungeregelten Raum operieren zu müssen⁹⁹. Damit stärkt er den Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und entlastet die rechtsanwendenden Behörden von Entscheiden, durch die sie überfordert sind. Zugleich schafft er – besonders im Bereich des intertemporalen Rechts – Klarheit über die Geltung des neuen Rechts für die Betroffenen. Ersatzlösungen, so Widerrufe von Verfügungen aufgrund wenig aussagekräftiger Kriterien, und die Expansion des unklaren Begriffs des «wohlerworbenen Rechts» und andere können damit vermieden werden. Das schweizerische Verwaltungsrecht leidet – was die Gesetzgebung betrifft – heute noch unter der Tabuisierung des Vertrauensgrundsatzes und einem dadurch bedingten ausgeprägten Mangel an Vertrauenskonkretisierungen¹⁰⁰. Dies hängt direkt mit der Herkunft desselben, wohl aber auch mit der Furcht zusammen, das noch junge Rechtsgebiet könne durch vermehrte Berücksichtigung von Vertrauensgesichtspunkten «entwissenschaftlicht» werden. Im Vertrauen liegt ein weites Feld, wo der Verwaltungsrechtssetzer fruchtbare Anleihen beim Zivilrecht machen kann.

3.2. Neuer Lösungsansatz

Die aufgezeigte bundesgerichtliche Rechtsprechung macht deutlich, daß im schweizerischen öffentlichen Recht ein Bedürfnis nach einer allgemeinen und objektiven Vertrauenslehre besteht; die bereits konstatierte «pragmatische Kasuistik» läßt

⁹⁸ OSSENBÜHL, Vertrauensschutz, S. 34 f.; SAMELI, Treu und Glauben, S. 347 ff.; diese Gefahr besteht auch im Staatsrecht, vgl. ALFRED KÖLZ, Bundestreue als Verfassungsprinzip, ZBl 81/1980, S. 160.

⁹⁹ Das gilt auch für das *Verfassungsrecht* (vgl. KÖLZ, a. a. O., S. 176 Ziff. 4).

¹⁰⁰ Vgl. auch RHINOW, Rechtsetzung, S. 270 ff.

sich vor allem mit dem Fehlen einer entsprechenden tragfähigen Lehre erklären ¹⁰¹.

Zunächst ist vom Grundsatz auszugehen, daß der Gesetzgeber es jederzeit in der Hand hat, im vorgeschriebenen Verfahren das geltende Recht zu ändern ¹⁰². Als zweiter Grundsatz gilt, daß das neue Recht vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an nach Maßgabe seines sachlichen und räumlichen Anwendungsbereiches im Prinzip auf alle vorher nicht abgeschlossenen Sachverhalte anzuwenden ist, denn das Rückwirkungsverbot bezieht sich nur auf die abgeschlossenen Sachverhalte und vergangene Teile von zeitlich offenen Dauersachverhalten. Führt man diese beiden Grundsätze konsequent durch, so bedeutet das für die im Anwendungsbereich des Gesetzes liegenden Personen zweierlei: Sie haben sich vom Inkrafttreten des neuen Rechts an diesem zu unterwerfen. Und außerdem: Die auf das frühere Recht gestützten Rechtsanwendungsakte, welche Dauersachverhalte betreffen, müssen sofort dem neuen Recht angepaßt werden, indem gemäß Gesetzmäßigkeitsprinzip das Schicksal des individuell-konkreten Aktes jenem des Gesetzes folgt. Daß die konsequente Durchführung dieser beiden Grundsätze untragbare Konsequenzen haben kann, ist offensichtlich, besonders dann, wenn die Innovationshöhe des neuen Rechts groß ist. Ein solches rigoroses Rechtsänderungsrégime wird leicht als unmenschlich und ungerecht empfunden. Weshalb? Der auf jene Weise vorgehende Staat verletzt auf der einen Seite die Erwartung des Bürgers in die Geltung bestimmter Rechtsakte, auf deren Beständigkeit er nach den gegebenen Umständen vertrauen durfte. Auf der andern Seite verletzt er dessen Erwartung in die kontinuierliche, seiner tatsächlichen Lebenssituation einigermaßen angemessene Rechtsänderungsweise. Diese beiden Erwartungen werden nach neuerer Lehre mit den beiden Begriffen *Geltungsvertrauen* und *Kontinuitätsvertrauen* umschrieben ¹⁰³.

¹⁰¹ Hier wäre vielleicht der Satz von FRITZ FLEINER angebracht, wonach «es nichts Praktischeres gibt als die Theorie» (Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 420). Einschränkend müßte man allerdings beifügen: Nur die *gute* und vor allem die *einfache* Theorie ist praktisch; eine solche zu finden, ist neben der erforderlichen wissenschaftlichen Anstrengung vor allem auch eine Sache des Glücks!

¹⁰² Vgl. BGE 102 Ia 252, 96 I 127 mit weiteren Praxishinweisen.

¹⁰³ Als erste haben, soweit ich sehe, WALTER LEISNER, Gesetzesvertrauen, S. 280, und FRITZ OSSENBÜHL, Vertrauensschutz, S. 30, diese Umschreibung vorgenommen. Ihnen ist in der Schweiz RENÉ A. RHINOW gefolgt (Rechtsetzung, S. 271).

3.2.1. Geltungsvertrauen

Das Geltungsvertrauen ist sozusagen *statisches* Vertrauen. Es erlaubt dem Bürger, sich unter gewissen Voraussetzungen auf die Beständigkeit einer bestimmten Rechtslage oder den Bestand eines bestimmten Rechtsaktes zu berufen. Dieses Vertrauen auf Beständigkeit kann sich aus staatlichen Akten ergeben, die aufgrund ganz bestimmter Merkmale eine Vertrauensgrundlage schaffen. Als Vertrauensgrundlage kommen sowohl individuell-konkrete Akte wie auch solche des Gesetzgebers in Frage. Individuell-konkrete Vertrauensäußerungen sind etwa Zusicherungen der Verwaltung an bestimmte Private oder öffentlichrechtliche Verträge. Generell abstrakte Äußerungen des Gesetzgebers auf Bestand einer bestimmten Rechtslage kommen praktisch selten vor.

Ausdrückliche Vertrauensäußerungen sind jedoch nicht unbedingte Voraussetzungen von Geltungsvertrauen. Geltungsvertrauen kann sich auch ohne ausdrückliche Vertrauensäußerung, sondern lediglich aufgrund des Bestehens einer bestimmten objektiven Rechtslage ergeben; allerdings ist dann in der Regel die gutgläubige Vornahme von Dispositionen notwendig. Das Geltungsverfahren ist absolutes Vertrauen insofern, als es unbedingt geltend gemacht werden kann – im Gegensatz zum Kontinuitätsvertrauen.

3.2.2. Kontinuitätsvertrauen

Kontinuitätsvertrauen ist sozusagen dynamisches Vertrauen. Es will nicht den Bestand einer bestimmten Rechtslage schützen, sondern das Vertrauen des Bürgers in eine nicht abrupte, sondern stetige und damit humane *Rechtsentwicklung* gewährleisten. Aus der Erkenntnis, daß die sich ändernden öffentlichen Interessen periodische Neuregelungen bedingen, welche die Betroffenen übermäßig belasten können, will das Kontinuitätsvertrauen jenen bestimmte Rücksichtnahme im Rechtswandel garantieren. Diese Rücksichtnahme verlangt vom Staat insbesondere ein kontinuierliches und möglichst schonendes Vorgehen bei der Rechtsänderung. Das Kontinuitätsvertrauen ist somit an der Vorstellung einer «Allmählichkeit» des Rechtswandels orientiert¹⁰⁴; sprunghafte und damit unstetige Rechtsänderungen verletzen es, wie das krasse Beispiel der revolutio-

¹⁰⁴ Vgl. dazu auch WEISS, Zeit, insbes. S. 49 ff.

nären Rechtsänderung zeigt. Insofern, als sich das Kontinuitätsvertrauen zur Frage, ob das bestehende Recht *überhaupt* geändert werden darf, wertneutral verhält, unterscheidet es sich jedoch vom Gebot der Rechtssicherheit¹⁰⁵. Wenn ein qualitativ genügendes öffentliches Interesse für sein Tätigwerden vorhanden ist, soll der Gesetzgeber in seiner Tätigkeit nicht gehemmt werden können – vorbehaltlich eines von ihm selbst gesetzten Aktes, welcher Bestandesvertrauen begründet: Im Fall, wo die von der Rechtsänderung Betroffenen aufgrund ausdrücklicher Zusicherung des Gesetzgebers oder der besonderen inhaltlichen Ausgestaltung eines Erlasses darauf vertrauen *durften*, daß für bestimmte Zeit keine neue Regelung erfolgt, handelt es sich daher nicht um eine Frage des Kontinuitäts-, sondern des Geltungsvertrauens¹⁰⁶. Allerdings kann die Tatsache, daß aufgrund dieses engen Inhaltes des Kontinuitätsvertrauens der Gesetzgeber bezüglich Zeitpunkt des Erlasses neuen Rechts und Innovationshöhe wenigstens grundsätzlich rechtlich freigestellt wird, für die Betroffenen schwerwiegende Folgen haben. Diesen ist mit dem Erlaß von übergangsrechtlichen Normen und, soweit dies nicht ausreicht, mit der staatlichen Entschädigungspflicht als Ersatz für verletztes Kontinuitätsvertrauen zu begegnen. Kontinuitätsvertrauen kann also Erlaß und Innovationshöhe eines neuen Gesetzes nicht hemmen. Es kann jedoch bewirken, daß das Gesetz für bestimmte von ihm erfaßte Personenkategorien lediglich verzögert oder für bestimmte Zeit nur teilweise angewendet werden darf; damit dient es der Übergangsgerechtigkeit.

Kontinuitätsvertrauen ist *relatives* Vertrauen. Der Bürger kann aus ihm, wie gesagt, nicht die Beständigkeit einer bestimmten Rechtslage ableiten¹⁰⁷. Er kann aus ihm aber auch nicht die Forderung einer *absolut* stetigen Rechtsänderungsweise ableiten¹⁰⁸. Das Kontinuitätsvertrauen gewährt ihm lediglich ein gewisses Mindestmaß an Stetigkeit in der Rechtsentwicklung. Denn der Staat muß bei der Rechtsänderung, auch wenn er sich um eine stetige Rechtsentwicklung bemüht, aus praktischen Gründen bestimmte formalisierte Anpas-

¹⁰⁵ Vgl. BGE 102 Ia 331 ff.

¹⁰⁶ Abweichend RHINOW, Rechtsetzung, S. 275. Dieser Autor faßt den Begriff des Kontinuitätsvertrauens weiter, als dies hier geschieht. Im Ergebnis ändert sich allerdings kaum etwas, indem die von RHINOW genannten Fälle (a. a. O., S. 275) vom Bestandesvertrauen erfaßt werden.

¹⁰⁷ LEISNER, Gesetzesvertrauen, S. 281.

¹⁰⁸ RHINOW, Rechtsetzung, S. 275.

sungsstufen schaffen; er kann nicht bloß festlegen, ein neuer Erlaß trete «allmählich» in Kraft. Die Forderung nach absolut stetiger Rechtsänderung ist daher unrealistisch. Das Kontinuitätsvertrauen verpflichtet ihn jedoch, diese Anpassungsstufen zwecks Vermeidung einer sprunghaften Rechtsänderungsweise so auszugestalten, daß sie der Bürger im Regelfall bewältigen kann, wozu die Festsetzung angemessener Übergangsfristen und weitere Übergangsmaßnahmen gehören. Verlangen überwiegende, drängende öffentliche Interessen dennoch ein rigoroseres Vorgehen, so gebietet das Kontinuitätsvertrauen die Vornahme flankierender Maßnahmen, die dem Bürger die Integration in das neue Recht erleichtern – und im äußersten Fall Kompensation in Geldform für enttäuschtes Kontinuitätsvertrauen. Die Hauptbedeutung des Kontinuitätsvertrauens liegt also bei der richtigen Einführung des neuen Rechts. Das Kontinuitätsvertrauen gibt damit die maßgebenden Richtlinien für die Gestaltung der intertemporalrechtlichen Normen.

Kontinuitätsvertrauen ist im Gegensatz zum Geltungsvertrauen allgemeines, abstraktes Vertrauen. Jedermann, auch der nicht von einem Rechtsanwendungsakt direkt berührte Bürger, kann sich auf das Kontinuitätsvertrauen berufen. Insofern hat es eine ähnliche Bedeutung wie der intertemporalrechtliche Gehalt des von der bundesgerichtlichen Praxis verwendeten Begriffs der «Rechtssicherheit». Das Kontinuitätsvertrauen kann – gleich wie das Geltungsvertrauen – gegenüber Gesetzgeber *und* rechtsanwendenden Organen geltend gemacht werden. Naturgemäß bezieht es sich jedoch in erster Linie auf den Gesetzgeber. Eine Funktion gegenüber den rechtsanwendenden Organen kommt dem Kontinuitätsvertrauen dort zu, wo gesetzliches Übergangsrecht fehlt. Wenn von jenen, wozu die Praxis neigt, im Rahmen der Rechtsanwendung die Festlegung einer Übergangsordnung verlangt wird¹⁰⁹, so sind sie analog dem Gesetzgeber den Grundsätzen des Kontinuitätsvertrauens verpflichtet.

Das Kontinuitätsvertrauen besteht schließlich unabhängig vom materiellrechtlichen Umfeld einer bestimmten Rechtsänderungsproblematik. Es bezieht sich auf sämtliche intertemporalen Probleme des Verwaltungsrechts und steht auch nicht in direkter Abhängigkeit zu einzelnen Grundrechten. Kontinui-

¹⁰⁹ BGE 99 V 203; vgl. auch BGE 103 I a 274. Wie weit sich eine solche Forderung mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip verträgt, muß noch abgeklärt werden.

tätsvertrauen kann damit auch in nicht grundrechtsrelevanten Bereichen geltend gemacht werden.

Sofern der Staat sich nach den Grundsätzen des Kontinuitätsvertrauens verhält, kann er bewirken, daß die *Akzeptierbereitschaft* der vom neuen Recht Betroffenen größer wird. Gerade dort, wo diese aus den genannten Gründen tendenziell gering ist, so im Fall der heteronomen Bestimmung, bei schwacher Legitimation, bei großer Innovationshöhe und bei geringer verfahrensmäßiger Legitimität des neuen Rechts¹¹⁰, kann staatliches Verhalten im Sinne des Kontinuitätsvertrauens Wesentliches zur Durchsetzbarkeit des neuen Rechts beitragen. Ein Vorgehen nach den Grundsätzen des Kontinuitätsvertrauens kann natürlich auch unmittelbar die tatsächliche *Akzeptierfähigkeit* der vom neuen Recht Betroffenen erhöhen. Staatliches Handeln im Sinne des Kontinuitätsvertrauens hat damit auch erhebliche, als positiv zu wertende *faktische* Auswirkungen im Rahmen der Einführung neuen Rechts.

3.2.3. Verhältnis zur bisherigen Praxis

Die diesen und den folgenden Ausführungen zugrundegelegte Sicht des Vertrauensgrundsatzes in den beiden Ausprägungen Geltungsvertrauen und Kontinuitätsvertrauen erlaubt einmal, die bestehende bundesgerichtliche Praxis zur Vertrauensproblematik zu gliedern und richtig zu deuten¹¹¹. Zudem erlaubt sie, das Vertrauensprinzip in der den tatsächlichen Bedürfnissen entsprechenden Weise weiterzuentwickeln.

Bei dem, was hier unter Geltungsvertrauen verstanden wird, besteht heute eine mehr oder weniger konsolidierte Praxis, welche, was die *Rechtsanwendung* betrifft, unter dem Aspekt von Treu und Glauben und teilweise des Rechtssicherheitsgebotes entwickelt worden ist. Es fallen darunter die Problematik des Widerrufs von Verwaltungsakten infolge Gesetzesänderung, die Folgen der unrichtigen behördlichen Auskunft¹¹² und die feste individuelle Zusicherung eines bestimmten behördlichen Verhaltens. Lediglich Ansätze zum Geltungsvertrauen gibt es in Lehre und Praxis zur Frage der richtigen Anknüpfung an zeitlich offene Dauersachverhalte und an mehrgliedrige Sachverhalte. Dagegen besteht eine konsolidierte Praxis und

¹¹⁰ Vgl. vorn S. 118 ff.

¹¹¹ Gl. M. RHINOW, *Rechtsetzung*, S. 268 ff.

¹¹² Eingeschlossen die *falsche Rechtsmittelbelehrung*.

Lehre zur Rückwirkungsproblematik. Noch unzureichend geklärt sind die Probleme der *Folgen* des enttäuschten Geltungsvertrauens, namentlich bei der unrichtigen behördlichen Auskunft, der festen individuellen Zusicherung und dem verwaltungsrechtlichen Vertrag. Eine umfangreiche, aber teilweise diffuse Praxis zur Frage der Verbindlichkeit von Verträgen oder vertragsähnlichen Rechtsverhältnissen auch gegenüber dem *Gesetzgeber* besteht unter dem Begriff der «wohlerworbenen Rechte». Wenig geklärt sind schließlich Rechtsnatur und Tragweite der sogenannten Besitzstandsgarantie. Nach der hier dargelegten Konzeption ist aber die Frage, ob das Geltungsvertrauen den Gesetzgeber an einer Gesetzesänderung *überhaupt* hindern könne, im negativen Sinne beantwortet.

Erst einige wenige Rechtsprechungsansätze sind im Bereich des Kontinuitätsvertrauens vorhanden¹¹³. So neigt zu Recht die neuere Praxis immer mehr dazu, vom Gesetzgeber den Erlaß von Übergangsbestimmungen zu verlangen¹¹⁴. Sie tendiert ferner dahin, plötzliche, mit übertriebener Härte durchgeführte Eingriffe in Dauersachverhalte als unzulässig anzusehen¹¹⁵. Auch bestehen gewisse Rechtsprechungsansätze über die Festsetzung von angemessenen Übergangsfristen¹¹⁶. Was jedoch noch weitgehend fehlt, ist eine Lehre und Praxis zur kontinuierlichen *Einführung* des neuen Rechts, darin eingeschlossen Grundsätze über Ankündigung und Einführung von Änderungen der Gerichts- und Verwaltungspraxis¹¹⁷.

3.3. Rechtliche Fundierung des Vertrauensgrundsatzes

Der Vertrauensgrundsatz ist ein *Verfassungsprinzip*. Er bindet Gesetzgeber und Verwaltung. Nachdem das Bundesgericht in langer Praxis sowohl den Grundsatz von Treu und Glauben als

¹¹³ Als in der Tendenz grundsätzlich problematisch muß BGE 103 Ia 272 qualifiziert werden, wonach vom Gesetzgeber nicht verlangt werden könne, daß er selbst die Probleme des Übergangsrechts «bis ins kleinste Detail» regle.

¹¹⁴ BGE 104 Ib 215; BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 19 ff.; vgl. auch BGE 101 Ia 347 f. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht verlangt vom Gesetzgeber den Erlaß von Übergangsbestimmungen, vgl. BVerfGE 32,1 (32); 21,173 (183); 13,97 (120f.).

¹¹⁵ BGE 106 Ia 261 unten (allerdings unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit).

¹¹⁶ BGE 103 Ia 274 ff., 106 Ia 195 f. Vgl. auch den frühen BGE 87 I 502 f.

¹¹⁷ Keine Ansätze der Berücksichtigung von Kontinuitätsvertrauen bei der Praxisänderung finden sich in BGE 102 Ib 47.

auch das Rückwirkungsverbot auf Art. 4 BV abstützt¹¹⁸, erscheint die Fundierung des umfassenden Vertrauensgrundsatzes auf diese Verfassungsbestimmung als naheliegend. Dessen ausdrückliche Verankerung in der Verfassung ist zwar wünschbar¹¹⁹; doch darf in Anbetracht der aufgezeigten praktischen und theoretischen Evidenz des Vertrauensgrundsatzes die Frage der genauen verfassungsrechtlichen Verankerung nicht überbewertet werden¹²⁰. Man kann den Vertrauensgrundsatz mit ebenso guten Gründen auch als ungeschriebenes Verfassungsprinzip ansehen¹²¹. Für das öffentliche Recht bedingt geeignet ist die analoge Anwendung oder die Übernahme des zivilrechtlichen Prinzips von Treu und Glauben. Dies – wie gesagt – deshalb, weil Treu und Glauben auf das dem öffentlichen Recht fremde Rechtsverhältnis zugeschnitten ist.

Als absoluter Grundsatz ist das *Geltungsvertrauen* verfassungsrechtlich umfassend zu schützen; es muß in jedem Falle gewährleistet oder seine Verletzung kompensiert werden¹²². Schwieriger ist die Lage beim Kontinuitätsvertrauen, denn dieses ist seiner Natur nach nur ein relatives Prinzip. Es müssen daher letztlich *quantitative* Kriterien maßgebend dafür sein, ob das *verfassungsrechtlich* gewährleistete Kontinuitätsvertrauen im Anwendungsfall verletzt ist oder nicht. Es ist damit Aufgabe der zukünftigen Verfassungspraxis zu entscheiden, wann eine objektiv unzumutbare und damit das Kontinuitätsvertrauen verletzende Rechtsänderungsweise vorliegt und unter welchen Voraussetzungen eine solche vermieden werden kann.

Zwar könnte theoretisch dem verfassungsrechtlichen Begriff des *Kontinuitätsvertrauens* eine viel weitere Bedeutung zugelegt werden, als dies hier geschieht. Praktische Gründe, insbesondere die Wahrung einer ausreichenden gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit und der Handlungsfähigkeit der Verwaltung, müssen jedoch zu einer angemessenen Beschränkung des Grundsatzes als *Verfassungsprinzip* führen. Das hindert nicht,

¹¹⁸ Zu Treu und Glauben: BGE 105 I b 272, 105 I b 159 mit Hinweisen; BGE 94 1521 mit zahlreichen weiteren Hinweisen. Zum Rückwirkungsverbot: BGE 77 I 189, 61 I 92, 48 I 533 ff.; AUBERT, *Limites*, S. 4, mit weiteren Praxishinweisen.

¹¹⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 3 *Verfassungsentwurf* 1977. Die Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 bezeichnet die Rückwirkung von Erlassen als unzulässig, «wenn sie zu einer unverhältnismäßigen Belastung führt» (§ 24).

¹²⁰ Gl. M. AUBERT, *Limites*, S. 4.

¹²¹ Vgl. SAMELI, Treu und Glauben, S. 307.

¹²² Ähnlich RHINOW, *Rechtsetzung*, S. 277.

ein umfassender verstandenes Kontinuitätsvertrauen im Sinne einer Gesetzgebungsmaxime und eines Verwaltungsgrundsatzes zu postulieren. Der Staat muß selber das größte Interesse daran haben, Kontinuitätsvertrauen in weitem Umfang über das verfassungsrechtlich Gebotene hinaus zu wahren. Denn davon hängen in weitem Maße Akzeptierbereitschaft und Akzeptierfähigkeit der Betroffenen ab. Je größer diese sind, je leichter läßt sich das neue Recht in die Wirklichkeit umsetzen.

3.4. *Wahrung des Vertrauens oder Kompensation?*

3.4.1. Zurückdrängung von Gesetzmäßigkeitsprinzip und öffentlichem Interesse

Wer aufgrund des Verhaltens eines staatlichen Organs in guten Treuen Anlaß hat, sich auf die Geltung eines Verwaltungsaktes oder einer Rechtslage zu verlassen, muß darin umfassend geschützt werden. Sowohl ein Rechtssetzungs- wie auch ein Rechtsanwendungsakt kann solches *Geltungsvertrauen* begründen.

Das einfachste Mittel zur Vertrauenswahrung bei der Rechtsänderung ist die Anerkennung der Beständigkeit des vertrauensbegründenden Aktes. Dieses wird denn in der Praxis auch überwiegend verwendet, vor allem auch deshalb, weil es der Vertrauenserwartung des Bürgers vollkommen entspricht. Die Anerkennung der Beständigkeit von *Rechtssetzungsakten* kann indessen zu einem Konflikt mit dem Grundsatz der jederzeitigen Revidierbarkeit der Rechtsnormen und mit dem öffentlichen Interesse führen¹²³. Sie kann ferner verfassungsrechtlich unzulässige Rechtsungleichheiten bewirken. Auch die Anerkennung der Beständigkeit von *Verwaltungsakten* führt bei der Rechtsänderung zur Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und kann damit zur Relativierung des öffentlichen Interesses beitragen; auch sie kann unzulässige Rechtsungleichheiten bewirken.

Überwiegende öffentliche Interessen, wie etwa der Schutz von Gesundheit, Leib und Leben, können den Staat zwingen, das Geltungsvertrauen zu enttäuschen. Der vertrauensbegründende Akt, handle es sich um einen Rechtssetzungs- oder

¹²³ Vgl. BGE 102 Ia 252, 96 I 127 mit weiteren Praxishinweisen.

Rechtsanwendungsakt, muß dann aufgehoben werden¹²⁴. Daß ein solches Vorgehen nicht leichthin gewählt werden darf, steht außer Frage, und die Rechtsprechung neigt dazu, dies möglichst zu vermeiden¹²⁵. Daß damit das Gesetzmäßigkeitsprinzip durchbrochen und mittelbar das öffentliche Interesse zurückgedrängt werden kann, ist offenkundig¹²⁶. Man gewinnt jedoch den Eindruck, daß die Zurückhaltung der Praxis, Geltungsvertrauen zu enttäuschen, nicht nur durch den Vertrauensschutzgedanken begründet ist¹²⁷. Vielmehr bestehen tiefsitzende Hemmungen, die wohl einzig mögliche Alternative, nämlich die Zusprechung einer Entschädigung, zu wählen¹²⁸.

Der Staat kann sich aus denselben qualifizierten Gründen gezwungen sehen, *Kontinuitätsvertrauen* zu verletzen, also ein abruptes, schonungsloses Rechtsänderungsrégime durchzuführen. Praktisch wird jedoch auch hier dem Konflikt meist insofern ausgewichen, als sehr lange Übergangsfristen für das Inkrafttreten des neuen Rechts gewährt werden – ebenfalls zulasten des öffentlichen Interesses¹²⁹. Die Frage der staatlichen Entschädigungspflicht bei Verletzung des Kontinuitätsvertrauens ist bis heute nicht beantwortet worden.

3.4.2. Entschädigung als Ersatz für Vertrauensverletzung

Weshalb wird von der Entschädigungsmöglichkeit so wenig Gebrauch gemacht? Der Hauptgrund liegt beim immer noch herrschenden Entschädigungspositivismus und, damit zusammenhängend, beim Fehlen eines allgemeinen rechtsstaatlichen Entschädigungsrechts¹³⁰. In der schweizerischen Rechtspra-

¹²⁴ BGE 100 Ib 97. Der Fall, wo jemand treuwidrig einen vertrauensbegründenden Akt *erschlichen* hat, wird hier ausgeklammert, dazu GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 167 mit Praxishinweisen.

¹²⁵ GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 166.

¹²⁶ BGE 107 Ib 37, wo das Bundesgericht den Widerruf einer Baubewilligung nur zuläßt, wenn eine schwere Verletzung eines besonders gewichtigen öffentlichen Interesses vorliegt; BGE 100 Ib 302/3, 88 I 228. Vgl. auch FLEINER-GERSTER, Grundzüge, S. 270.

¹²⁷ Das wird auch von HANS DUBS angedeutet (Diskussionsvotum, ZSR 96 II, 1977, S. 449).

¹²⁸ SALADIN, Fairneß, S. 67/68; AUBERT, Limites, S. 7 ff.; GUENG, Stand, S. 375 ff.; GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 166; GÖTZ, Vertrauensschutz, bezeichnet die Entschädigung als «höchst sachgemäß», vgl. aber BGE 101 Ia 328 ff.

¹²⁹ Vgl. etwa Art. 73 der (bundesrätlichen) Tierschutzverordnung vom 27. Mai 1981: Tierschutzwidrige Praktiken werden noch bis 10 Jahre lang (!) geduldet.

¹³⁰ Vgl. dazu OTTO K. KAUFMANN, Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, ZSR 72/1953, S. 352 a ff.

xis¹³¹ ist trotz großer Anstrengungen der Lehre der Gedanke noch wenig entwickelt, daß ein staatlicher Akt auch ohne spezielle gesetzliche Grundlage eine Entschädigung zur Folge haben kann¹³². Ferner besteht noch immer die klare Tendenz, eine Entschädigung nur für Eingriffe in die Eigentumsgarantie zu gewähren¹³³; die sachlich nicht begründete Ausdehnung des Inhaltes der wohlerworbenen Rechte auf eigentumsfremde Vertrauenslagen kann zwar für die Betroffenen in gewissen Fällen zu befriedigenden Resultaten führen; weil aber auch die wohlerworbenen Rechte kaum je «enteignet» werden und damit deren Bestandeskraft vorgeht, leiden wiederum Gesetzmäßigkeit und öffentliches Interesse. Auch ist eine solche «Umgehung» dogmatisch fragwürdig¹³⁴.

Diese Erscheinung ist Ausdruck der immer noch zu starken Eigentumsorientierung unserer Rechtsordnung und der Tatsache, daß nur im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie ein solides Entschädigungssystem entwickelt worden ist¹³⁵. Dieser Mangel führt keineswegs zu einem besseren, absoluteren Schutz der übrigen verfassungsmäßigen Rechte, wie man zunächst vielleicht annehmen möchte. Es besteht für jene Bereiche viel eher die Versuchung, mangels der Alternative einer Entschädigung einfach die Verfassungsverletzung an sich zu verneinen, sofern überwiegende öffentliche Interessen den Eingriff dennoch gebieten. Deutlich wird die Problematik auch dort, wo eine *Verwaltungsbehörde* dem Privaten eine Geltungsvertrauen begründende Zusicherung macht. Will nun der Gesetzgeber diese Zusicherung der Verwaltung aus legitimen öffentlichen Interessen aufheben, so ist ihm das insofern nicht verwehrt, als die Verwaltung ihn nicht binden kann. Der betroffene Bürger, der in einem solchen Fall in guten Treuen von der *Einheit der Staatsgewalt* ausgehen darf, müßte jedoch bei Fehlen der Kompensationsmöglichkeit trotz offenkundigem Vertrauensbruch leer ausgehen.

¹³¹ In der Bundesrepublik Deutschland ist man hier teilweise weiter: § 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes sieht für die Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten *Entschädigung* vor, sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind. Vgl. auch GÖTZ, Vertrauensschutz, S. 447.

¹³² GUENG, Stand, S. 375 ff. Vgl. immerhin BGE 102 Ia 252/53, 101 Ia 328 ff.

¹³³ AUBERT, Limites, S. 8.

¹³⁴ Zu den wohlerworbenen Rechten vgl. auch hinten S. 177 ff.

¹³⁵ Vgl. AUBERT, Limites, S. 8; ROSENSTOCK, ZBl 81/1980, S. 242; DERSELBE, ZSR 90 I, 1971, S. 190 f.; HANS DUBS, Diskussionsvotum (ZSR 96 II, 1977, S. 449).

Immerhin bestehen Ansätze einer eigentumsunabhängigen Herleitung der staatlichen Entschädigungspflicht: So liegt der wahre Entschädigungsgrund bei der «Sonderopfertheorie» nicht bei der Eigentumsgarantie, sondern bei Art. 4 der Bundesverfassung, wie in neuerer Zeit auch vom Bundesgericht anerkannt wird¹³⁶. Indessen ist die *Anwendung* der Sonderopfertheorie formell immer noch an die Eigentumsgarantie gebunden.

Das moderne Staatshaftungsrecht bildet ebenfalls einen Ansatz in dieser Richtung; es ist jedoch auf die Rechtswidrigkeit im Sinne der *Gesetzwidrigkeit* hin orientiert¹³⁷. Es dürfte also de lege lata kaum möglich sein, die Verletzung des aus Art. 4 BV abgeleiteten Vertrauensprinzips mit dem Rechtswidrigkeitsbegriff der Staatshaftungsgesetze zu fassen. Auch fällt es schwer und ist auch nicht angemessen, die Verletzung des Kontinuitätsvertrauens als «rechtswidrig» im Sinne der Staatshaftungsnormen zu qualifizieren, sofern überwiegende öffentliche Interessen eine solche gebieten – und der Gesetzgeber sie ausdrücklich anordnet! Auch das Staatshaftungsrecht bietet somit einen nur unzureichenden Ansatz für ein allgemeines Entschädigungssystem.

Wenig Probleme für die Entschädigungsregelung bei Vertrauensverletzungen gäbe an sich die Gestaltungsreform des öffentlich-rechtlichen Vertrages auf. Die im Privatrecht entwickelten differenzierten Schadenersatzregeln für Vertragsverletzungen können sinnvoll auch für Verletzungen publizistischer Verträge angewendet werden, ja sie müssen konsequenterweise beigezogen werden, sofern man überhaupt den Vertrag als öffentlich-rechtliche Gestaltungsform akzeptiert. Doch auch hier besteht in der Praxis große Zurückhaltung: Weil positive öffentlich-rechtliche Entschädigungsnormen für solche Vertragsverletzungen fehlen, weicht man der sachgerechten Lösung aus¹³⁸ und transformiert die Verträge in «wohlerworbene Rechte» – um die allfällige Entschädigung aus der Eigentumsgarantie abzuleiten¹³⁹. Dabei wird oft übersehen, daß die ihrer Natur nach starren «wohlerworbenen Rechte» oft gar

¹³⁶ BGE 106 Ia 264, 105 Ia 339; anders noch BGE 102 Ia 247 mit Hinweisen.

¹³⁷ Vgl. BGE 103 Ib 68, 94 I 642/43 zu Art. 3 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes vom 14. März 1958; KÄMPFER, Schwerpunkte, S. 297 ff.; SCHWARZENBACH, Grundriss, S. 217; DERSELBE, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, Zürich 1970, S. 40 ff.

¹³⁸ Vgl. IMBODEN, Vertrag, S. 105 a f.

¹³⁹ Dazu hinten S. 177 ff.

keine interessengemäße Vertrauensauslegung des öffentlich-rechtlichen Vertrages erlauben. Schließlich bleibt anzufügen, daß der Vertrag nur ein einziger Vertrauenstatbestand innerhalb des weiten Bereiches des Geltungsvertrauens ist. Mit der zivilrechtlichen Entschädigungsregelung für publizistische Verträge können zudem die ständig an Bedeutung zunehmenden Probleme im Bereich des Kontinuitätsvertrauens nicht erfaßt werden.

Es bleibt damit die ernüchternde Feststellung, daß für Verletzungen des Vertrauensprinzips – wie auch der Grundrechte, mit Ausnahme der Eigentumsgarantie – nur ungenügende Entschädigungsgrundlagen bestehen. Das überkommene einfache Konzept der Alternative «verfassungsmäßiger Eingriff/kein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen» erweist sich in Anbetracht heutiger sich rasch ändernder öffentlicher Interessen und der damit verbundenen Gefährdungen des Vertrauensgrundsatzes als zu wenig differenziert.

Immerhin bestehen Ansätze zu Entschädigungsregelungen für Verletzungen des Vertrauensgrundsatzes, sowohl in der Gesetzgebung wie auch der Praxis. So sieht etwa der Bundesbeschluß zum Atomgesetz vor, daß der Inhaber einer Standortbewilligung, dem die Rahmenbewilligung aus Gründen verweigert wird, «für die er nicht einzustehen hat», Anspruch auf eine angemessene Entschädigung hat¹⁴⁰. Es handelt sich hier um eine fortschrittliche Lösung des Problems der Verletzung von durch Verwaltungsakt begründetem Geltungsvertrauen¹⁴¹. Ansätze einer Entschädigungspflicht infolge Widerrufs von vertrauensbegründenden Akten finden sich auch in der höchst-richterlichen Praxis: Der Widerruf von Verwaltungsakten kann in Abweichung von den Widerrufsregeln infolge «besonders gewichtiger öffentlicher Interessen» dennoch notwendig sein. Ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Vertrauensgrundsatz hat das Bundesgericht für solche Fälle auf die Notwendigkeit einer Entschädigungsleistung hingewiesen¹⁴². Das Bundesgericht hat nun aber außerdem in zwei neueren zukunftsweisen-

¹⁴⁰ Art. 12 Abs. 4 Bundesbeschluß zum Atomgesetz vom 6. Oktober 1978. Weniger eine Entschädigungspflicht für eine Vertrauensverletzung als vielmehr eine «Billigkeitsentschädigung» findet sich in Art. 29 Abs. 1 Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916.

¹⁴¹ Vgl. auch Art. 5 der Verordnung über Preiszuschläge auf Futtermitteln vom 23. Dezember 1981.

¹⁴² BGE 100 Ib 303, 88 I 228.

den Entscheiden eine staatliche Entschädigungspflicht ausdrücklich und unmittelbar aus dem Vertrauensgrundsatz, also aus Art. 4 BV, abgeleitet: In einem ersten Fall hatten mehrere Aktiengesellschaften einen Vorentscheid des zuständigen Baudepartementes für die Überbauung zweier Landparzellen erwirkt und gestützt darauf mit Kosten verbundene Dispositionen getroffen. In der Folge erhielten sie jedoch die definitive Baubewilligung deshalb nicht, weil die übergeordnete Behörde die Genehmigung des Bebauungsplanes für das betreffende Gebiet infolge einer projektierten Verbindungsstraße verweigerte¹⁴³. Das Bundesgericht wies in der Folge auf eine möglicherweise vertrauensverletzende Unterlassung der Behörden hin, klärte diese Fragen indessen nicht abschließend. Mit Recht hat das Gericht zunächst festgehalten, die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben durch eine Behörde bewirke dennoch keine Abänderung des angefochtenen Entscheides, wenn das öffentliche Interesse dessen Aufrechterhaltung verlange, dann jedoch hinzufügt, in diesem Falle könnten die Betroffenen den Ersatz des ihnen zugefügten Schadens verlangen¹⁴⁴. Dieser Entscheid ist zu begrüßen, bedeutet er doch eine erste wichtige Weichenstellung in Richtung eines allgemeinen rechtsstaatlichen Entschädigungsrechts¹⁴⁵. Bemerkenswert ist ferner, daß das Gericht hier der Versuchung widerstanden hat, zwecks Begründung der Entschädigungspflicht ein «wohlerworbenes Recht» zu konstruieren, wie es das andernorts getan hat¹⁴⁶.

Betraf der soeben angeführte Entscheid einen Fall von Geltungsvertrauen, das in engem Zusammenhang zum (herkunftsmäßig) zivilrechtlichen Satz von Treu und Glauben steht¹⁴⁷, so fällt das Bundesgericht ein Jahr später einen zweiten Leitscheid, der einen Fall betrifft, welcher am Schnittpunkt zwischen Geltungs- und Kontinuitätsvertrauen liegt: Der Eigentümer eines älteren Hauses wollte dieses abreißen und stattdessen ein neues bauen. Er ließ für das neue Haus ein Projekt ausarbeiten und stellte daraufhin bei der zuständigen Behörde ein Ab-

¹⁴³ BGE 101 Ia 329 f.

¹⁴⁴ BGE 101 Ia 328 Leitsatz 2. Ob der «ordentliche Rechtsweg» nach kantonalem Recht zulässig ist, muß offenbleiben; in Kantonen mit Verwaltungsgewichtsbarkeit ist hier meist die *verwaltungsrechtliche* Klage gegeben. – Diesen Entscheid billigt AUBERT, *Limites*, S. 13.

¹⁴⁵ Ebenso AUBERT, *Limites*, S. 13, und RHINOW, *Rechtsetzung*, S. 276 Anm. 103.

¹⁴⁶ Nachweise bei KÖLZ, *Wohlerworbenes Recht*, S. 69 ff.

¹⁴⁷ Vgl. auch die nach SAMELI, *Treu und Glauben*, S. 307, unrichtige Abstüt-

bruch- und Baugesuch. Bevor jene beurteilt waren, stellte die übergeordnete Behörde das Haus des betreffenden Eigentümers sowie weitere Häuser unter Denkmalschutz, worauf Abbruchgesuch und Baugesuch abgelehnt wurden. Unmittelbarer Anlaß für die Unterschutzstellung der Häuser war das Abbruch- und Baugesuch, dessen Bewilligung die Behörden damit verhindern wollten¹⁴⁸. Der betroffene Grundeigentümer verlangte daraufhin eine Entschädigung für die nutzlos gewordenen Architektur- und Notariatskosten, welche die kantonale Behörde mit dem Hinweis auf eine fehlende ausdrückliche kantonale Entschädigungsnorm ablehnte¹⁴⁹. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, eine Entschädigungspflicht sei von der Verfassung geboten. Zwar seien die Aufwendungen für ein Baugesuch auch dann vom Gesuchsteller selber zu tragen, wenn das Baugesuch im Zeitpunkt der Einreichung dem damals geltenden Recht entsprach, dann aber bis zum Entscheid die gesetzlichen Grundlagen zum Nachteil des Gesuchstellers geändert wurden. In Fällen jedoch, wo «gerade die Einreichung eines bestimmten Baugesuches Anlaß zur Änderung der Bauordnung» gegeben habe, könne eine Entschädigung für die nutzlos gewordenen Aufwendungen ohne Verletzung von Art. 4 BV nicht verweigert werden, wenn die Absicht der Behörden für den Eigentümer nicht voraussehbar war¹⁵⁰.

Diesem Entscheid ist voll zuzustimmen¹⁵¹, und es ist zu hoffen, daß er die Grundlage für eine Weiterentwicklung eines eigentums- und gesetzesunabhängigen Entschädigungsrechts auf der Basis des Vertrauensgrundsatzes bildet.

Wenn die direkte Ableitung eines Entschädigungsanspruchs für Verletzungen des Vertrauensgrundsatzes aus Art. 4 BV, wie sie vom Bundesgericht in einzelnen Fällen bereits vorgenommen wird, in Anbetracht der weitgehend fehlenden gesetzlichen Entschädigungsregelungen *heute* gefordert werden muß, so ist damit nicht gesagt, dies sei rechtspolitisch die richtige Lösung. Für die Zukunft anzustreben ist vielmehr dreierlei:

- Zunächst sollten die einzelnen Spezialgesetze in den Übergangsbestimmungen eine ausdrückliche Entscheidung darüber treffen, wie die auf altes Recht gestützten Verwaltungs-

zung auf Art. 2 ZGB im Ingreß vom BGE 101 Ia 328.

¹⁴⁸ BGE 102 Ia 243 ff. Der Sachverhalt dieses Entscheides bringt rechtlich Relevantes nicht zum Ausdruck.

¹⁴⁹ BGE 102 Ia 252.

¹⁵⁰ BGE 102 Ia 252/53.

¹⁵¹ Zustimmend auch SALADIN, Grundrechte, S. XXXV Anm. 75.

akte und Sachverhalte zu behandeln sind, einschließlich der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch nicht rechtskräftig entschiedenen Begehren¹⁵². Ebenfalls in den Spezialgesetzen sollte die Frage der allfälligen Entschädigung für enttäushtes Geltungs- oder schwere Verletzungen von Kontinuitätsvertrauen geregelt werden¹⁵³. Auf diese Weise können die Widerrufs- und Entschädigungsfragen in *enger Sachnähe* zum betreffenden Erlaß beantwortet werden¹⁵⁴. Dieses Vorgehen erlaubt es ferner dem formellen Gesetzgeber, abzuwägen, ob er dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des neuen Rechts ganz oder teilweise den Vorzug geben will, unter Inkaufnahme der vom Vertrauensprinzip geforderten Entschädigungen, oder ob er das öffentliche Interesse zugunsten altrechtlicher Positionen zurückstellen will. Zu diesem Entscheid ist er infolge seiner Sachnähe am besten in der Lage. Die im Spezialgesetz vorgesehene Entschädigung wird dann den Charakter einer eigentlichen Entschädigung erhalten, auf die der Betroffene einen Rechtsanspruch hat.

- Im Sinne einer subsidiären Lösung sollte in einem allgemeinen Erlaß – etwa in einem Verwaltungsverfahrensgesetz – eine allgemeine Widerrufs- und Entschädigungsregelung sowie eine Regelung für die übrigen Vertrauenslagen (Zulässigkeit der Rückwirkung, Verbindlichkeit von Zusagen, Verbindlichkeit der Verträge usw.) getroffen werden¹⁵⁵.
- Die Verfassung sollte das Vertrauensprinzip ausdrücklich enthalten¹⁵⁶ und im Zusammenhang mit den Problemen der Haftung für rechtmäßiges Staatshandeln und der Billigkeithaftung die Entschädigungspflicht für Vertrauensverletzungen vorsehen¹⁵⁷, die sozusagen als Auffangtatbestand die Berücksichtigung bestimmter, gesetzlich nicht voraussehbarer und gesetzestechnisch nicht richtig erfaßbarer Vertrauenslagen ermöglichen würde. Beim heutigen Stand der Verfassungsgebung soll und kann aus Art. 4 BV die Entschädigungspflicht für Vertrauensverletzungen bereits abgeleitet werden¹⁵⁸.

¹⁵² Vgl. auch den Hinweis in BGE 99 Ia 125.

¹⁵³ Vgl. auch ROSENSTOCK, ZBl 81/1980, S. 242.

¹⁵⁴ Gl. M. JOST, Rechtsschutz, S. 497.

¹⁵⁵ Vgl. § 48 Abs. 3 und § 49 Abs. 5 (deutsches) Verwaltungsverfahrensgesetz. Wünschbar wäre indessen eine weniger komplizierte Regelung.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 5 Abs. 3 *Verfassungsentwurf* 1977.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 2 *Verfassungsentwurf* 1977.

¹⁵⁸ Vgl. GUENG, Stand, S. 375 ff.

Es ist letztlich eine Frage der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen, ob im Einzelfall das Vertrauensprinzip zu wahren sei oder ob das öffentliche Interesse überwiege. Die Existenz eines systematischen rechtsstaatlichen Entschädigungsrechts würde es jedoch Gesetzgeber und Verwaltung erlauben, diese Interessenabwägung in wesentlich freierer Weise vorzunehmen als heute, wo der Entscheid meistens zulasten des öffentlichen Interesses, manchmal aber auch zulasten einzelner Privater ausfällt.

3.5. *Rechtsänderung und Rechtsgleichheit*

Die Rechtsänderung wirft nicht nur vom Vertrauensgrundsatz, sondern auch vom verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsangebot her Probleme auf, denn es wird dabei über die Zuteilung von Begünstigungen oder Belastungen entschieden¹⁵⁹. Weil das neue Recht zu einem bestimmten Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden muß, ergibt sich daraus zunächst die Frage, an welches Sachverhaltsglied bei den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten¹⁶⁰ anzuknüpfen ist. Entsprechend einer gewählten Anknüpfung fallen gewisse Personenkategorien unter das neue, andere unter das alte Recht, obwohl sich beide im selben sachlichen Anwendungsbereich beider Erlasse befinden; hierin liegt eine Ungleichbehandlung, welche an verfassungsrechtliche Schranken gebunden ist. Zwar besteht kein Anspruch auf absolute Rechtsgleichheit¹⁶¹; ein solcher würde die Inkraftsetzung neuen Rechts geradezu verhindern. Die Anknüpfung für die Unterstellung unter das neue Recht muß jedoch nach der Praxis aufgrund eines Unterscheidungskriteriums erfolgen, für das ein «vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen» vorhanden ist¹⁶². Diese Formel ist intertemporalrechtlich in erster Linie durch das Kontinuitätsvertrauen zu konkretisieren; auch das öffentliche Interesse muß dabei berücksichtigt werden. Als zusätzliche Forderung an die Anknüpfung ergibt sich bei den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten die *minimale Bestimmtheit der Anknüpfung*, sowohl in sachlicher als auch zeitlicher Hinsicht.

¹⁵⁹ DÜRIG, Zeit, S. 24 ff.

¹⁶⁰ Zu diesem Begriff hinten S. 204 ff.

¹⁶¹ Statt vieler BGE 102 Ia 45, 100 Ia 328.

¹⁶² BGE 106 Ia 296; 104 Ia 295, 102 Ia 44 mit Hinweisen.

Dies bedeutet, daß das für die Anknüpfung gewählte Sachverhaltsglied objektiv, also möglichst unabhängig von subjektiver Willkür sein muß. Daraus ergibt sich in der Regel auch die zeitliche Bestimmtheit. Es ist ferner dafür zu sorgen, daß das für die Anknüpfung maßgebende Sachverhaltsglied einen bestimmten Zeitpunkt, nicht eine Zeitspanne, festlegt.

Bei den zeitlich offenen Dauersachverhalten stellt sich unter dem Gleichbehandlungsaspekt vor allem die Frage, ob und wie weit ein früher erreichter Status, der zu einem Dauersachverhalt geworden ist, den Träger von der Anwendung des neuen (strengeren) Rechts ganz oder teilweise befreit. Die Einführung des neuen Rechts für Dauersachverhalte verlangt zudem oft die Festlegung von Übergangsfristen und weitere Maßnahmen. Die Gleichbehandlungsproblematik tritt hier dann auf, wenn ungleiche Fristen für verschiedene Personenkategorien festgelegt werden. Auch für derartige Ungleichbehandlungen muß ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen vorhanden sein. Manchmal ist für die Einführung des neuen Rechts für Dauersachverhalte die Setzung von «Zwischenrecht», also materiellen Übergangsrechts, notwendig. Die Unterstellung bestimmter Personenkategorien unter solches unterliegt denselben verfassungsrechtlichen Bedingungen, wie sie an jede Ungleichbehandlung gestellt werden. Trotz der aus dem Gleichheitssatz fließenden verfassungsrechtlichen Schranken verfügt der Gesetzgeber auch intertemporalrechtlich über eine gewisse Gestaltungsfreiheit ¹⁶³.

3.6. *Intertemporales Recht und Regelungsstruktur*

Der Vertrauensgrundsatz als Verfassungsprinzip richtet sich an den Gesetzgeber und an die rechtsanwendenden Organe. Beide haben ihn bei der Lösung intertemporalrechtlicher Probleme fortwährend zu konkretisieren. Infolge des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit und wegen der unmittelbaren Nähe jeder intertemporalen Konfliktsituation zum Gleichheitssatz muß die Forderung nach Generell-Abstraktheit des Übergangsrechts erhoben werden. Der generell-abstrakte Rechtssatz ist auch heute noch ein Hauptgarant der Rechtsgleichheit ¹⁶⁴. Die

¹⁶³ BGE 99 Ia 654.

¹⁶⁴ Vgl. zur Problematik im einzelnen MÜLLER, Inhalt, S. 85/86. MÜLLER ist im Konnex seiner übrigen Bewertung der Generell-Abstraktheit durchaus zuzustimmen, wenn er die Allgemeinheit des Gesetzes nicht als *notwendige*

rechtsstaatlich zweifelhafte, am Einzelfall orientierte Kasuistik schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden zum Widerruf von Verwaltungsakten infolge Rechtsänderung zeigt die Folgen fehlender gesetzlicher Regeln deutlich. Die generelle Regelung schließt jedoch keineswegs aus, daß der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Organen genügend intertemporalrechtlichen Spielraum offenläßt¹⁶⁵, damit diese aufgrund konkreter Umstände in Anwendung des Vertrauensgrundsatzes und allenfalls der Billigkeit entscheiden können¹⁶⁶. Allgemein gilt die Regel: Je größer die Innovationshöhe des neuen Rechts, desto sorgfältiger und eingehender muß das generell-abstrakte intertemporale Recht ausgebildet sein. Auch aus der Forderung nach Voraussehbarkeit der oft neuralgischen übergangsrechtlichen Normen für den Bürger¹⁶⁷ ergibt sich das Postulat der Generell-Abstraktheit des intertemporalen Rechts¹⁶⁸.

3.7. *Intertemporales Recht und Normenhierarchie*

Eine Übergangsordnung ist immer dann notwendig, wenn Kollisionsfälle zu regeln sind, was bei genauerem Zusehen fast stets der Fall ist. Weil das Kontinuitätsvertrauen manchmal die Festsetzung von Übergangsfristen, milderem «Zwischenrecht» und allenfalls die gänzliche Befreiung bestimmter Personengruppen von gesetzlichen Erfordernissen notwendig macht, bedeuten die Übergangsordnungen regelmäßig eine zeitlich und/oder sachlich mehr oder weniger erhebliche Relativierung des Gesetzeszweckes. Solche Abstriche darf grundsätzlich nur das Rechtssetzungsorgan selber vornehmen; einer Delegation sind deshalb Grenzen gesetzt.

In der schweizerischen Referendumsdemokratie kommt dem Verhältnis formelles Gesetz–Verordnung besondere Bedeu-

Voraussetzung der Rechtsgleichheit ansieht (a. a. O., S. 85 oben). WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, S. 41 ff. mit zahlreichen Hinweisen. – Abzulehnen ist die Geringschätzung der Generell-Abstraktheit durch PIEROTH, Rückwirkung, S. 108 ff.

¹⁶⁵ Sachlich an sich richtig BGE 103 Ia 272 (Leitsatz 1). In Anbetracht des heutigen Zustandes der intertemporalrechtlichen *Gesetzgebung* ist dieser Leitsatz aber in der Tendenz sehr problematisch.

¹⁶⁶ MÜLLER, Inhalt, S. 85.

¹⁶⁷ Vgl. MÜLLER, Inhalt, S. 85/86.

¹⁶⁸ Ansatzweise wird dieses Postulat erhoben in: BGE 104 Ib 215; BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 23.

tung zu ¹⁶⁹. Es ist letztlich das Volk selbst, welches zur Bestimmung des Gesetzeszweckes zuständig ist. Dieses muß daher auch Gelegenheit haben, sich zur Übergangsordnung zu äußern. Die *Delegation* von Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive ¹⁷⁰ ist im Rahmen des Verfassungsrechts von Bund und Kantonen zulässig, sofern sie auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt wird und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selbst enthält, soweit sie die Rechtsstellung der Bürger schwerwiegend berührt, und wenn sie in einem der Volksabstimmung unterliegenden Gesetz enthalten ist ¹⁷¹. Diese Grundsätze gelten analog auch für die Delegation von intertemporalem Recht. Weil das intertemporale Recht regelmäßig über Kernfragen des neuen Rechts entscheidet, nämlich über die Unterstellung bestimmter Personen und Personengruppen unter dieses, muß die Frage der Zulässigkeit der Delegation von dessen Inhalt her beantwortet werden. Berührt das neue Recht die Stellung der Bürger schwerwiegend, so ist auch die Delegation von intertemporalem Recht nur unter den genannten Voraussetzungen zulässig. Dazu kommt ein weiteres: Infolge der zentralen Bedeutung des verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes bei der Rechtsänderung dürfte in der Regel allein schon dieser eine schrankenlose Blankodelegation verbieten ¹⁷².

Die Kompetenz zum Erlaß einer Übergangsordnung durch die Exekutive ist, sofern eine formell-gesetzliche Grundlage fehlt, auch nicht «schon in der Ermächtigung zur Inkraftsetzung eines Erlasses enthalten», wie sich das Bundesgericht ausdrückt ¹⁷³. Die Ermächtigung der Exekutive zur Inkraftsetzung von Erlassen ¹⁷⁴ hat in der Regel technisch-administrative Gründe ¹⁷⁵. Sie darf nicht als Grundlage für die intertemporalrechtliche Regelung von Sachverhalten angesehen werden, von welcher die Bürger schwerwiegend berührt sein können ¹⁷⁶. Ebensowenig darf aufgrund dieser Ermächtigung der Eintritt der Rechtskraft eines neuen Gesetzes in mehr als engem Rah-

¹⁶⁹ Statt vieler MÜLLER, Inhalt, S. 130 f.

¹⁷⁰ Oder in seltenen Fällen (mittels Dekret) an das Parlament.

¹⁷¹ Vgl. statt vieler BGE 102 Ia 64 mit Hinweisen.

¹⁷² BGE 106 Ia 256/57 widerspricht eigentlich den in BGE 102 Ia 64 dargelegten Delegationsgrundsätzen.

¹⁷³ BGE 106 Ia 257 oben. BGE 104 Ib 215, auf den sich das Bundesgericht beruft, lautet in etwas abweichendem Sinne. Insbesondere sieht letzterer vor, daß u. U. spezielle *Übergangsbestimmungen* zu erlassen sind, wozu auch Fristen gehören.

¹⁷⁴ ZÜST, Veröffentlichung, S. 225 ff.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 104 Ib 215.

¹⁷⁶ BGE 102 Ia 64 mit Praxishinweisen.

men hinausgeschoben werden¹⁷⁷. Erweist sich zur Wahrung des Kontinuitätsvertrauens eine Übergangsfrist als notwendig, so ist die Kompetenz zum Erlaß einer solchen unter Statuierung einer Höchstfrist im Gesetz zu verankern¹⁷⁸. Eine Ermächtigung der Exekutive zur genauen Festlegung von Übergangsfristen kann unter Umständen geboten sein; sie muß jedoch ausdrücklich im formellen Gesetz enthalten sein, wobei ein zeitlicher Rahmen festgelegt werden muß.

Das intertemporale Recht steht in unmittelbarer Nähe zum verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Es entscheidet darüber, ob bestimmte Personen oder Personengruppen dem alten oder dem neuen Recht unterworfen werden, was weittragende Konsequenzen haben kann. Allein deshalb müssen intertemporalrechtliche Normen grundsätzlich als *wichtige* Normen im Sinne der Lehre¹⁷⁹ oder als primäre im Sinne der Rechtsprechung¹⁸⁰ angesehen werden. Die Wichtigkeit kann auch daraus ersehen werden, daß der Grad der Akzeptierbereitschaft und Akzeptierfähigkeit der Betroffenen sich weitgehend aus Art und Qualität des intertemporalen Rechts ergibt¹⁸¹. Allerdings kann damit nicht gemeint sein, die Regelung der gesamten intertemporalrechtlichen Problematik eines neuen Erlasses müsse im formellen Gesetz enthalten sein; andererseits darf jene aber auf keinen Fall einfach als Teil der verfassungsrechtlichen Vollzugskompetenzen der Exekutiven aufgefaßt werden¹⁸². Das formelle Gesetz muß vielmehr die *Grundzüge* der Übergangsregelung enthalten¹⁸³, während deren nähere Konkretisierung an den Ordnungsgeber delegiert werden darf¹⁸⁴. Dieses Postulat scheint auf den ersten Blick selbstverständlich; in Anbetracht der heutigen Lage der intertemporalrechtlichen Gesetzgebung bedeutet es indessen doch einen erheblichen Schritt.

¹⁷⁷ Dieser Rahmen dürfte, sofern besondere Umstände vorliegen (z. B. Erlaß aufwendiger Vollzugsverordnungen), bei *längstens 2 Jahren* liegen, vorbehalten die besondere Ermächtigung zur *späteren Inkraftsetzung* an die Exekutive.

¹⁷⁸ Das Tierschutzgesetz vom 9. März 1978 enthält eine solche Ermächtigung (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2), jedoch *keinen zeitlichen Rahmen*.

¹⁷⁹ MÜLLER, Inhalt, S. 112 ff.

¹⁸⁰ BGE 104 Ia 310 f.; 102 Ia 64 mit Hinweis.

¹⁸¹ Vgl. auch MÜLLER, Inhalt, S. 116 ff.

¹⁸² BGE 105 Ia 38.

¹⁸³ BGE 104 Ia 310 f., 102 Ia 64 mit Hinweis.

¹⁸⁴ Im Rahmen einer differenzierten formell-gesetzlichen Übergangsordnung kann folgende Klausel sinnvoll sein: «Bei Bedarf erläßt der Regierungsrat weitere Übergangsbestimmungen» (§ 94 Abs. 3 Gebäudeversicherungsgesetz des Kantons Solothurn vom 24. Sept. 1972).

4. Intertemporales Kollisionsrecht

Bei der Klärung intertemporalrechtlicher Kollisionsprobleme stellt sich stets die *Vorfrage* nach dem zu einem bestimmten Zeitpunkt überhaupt geltenden Recht; diese ist klar zu unterscheiden vom eigentlichen intertemporalen Kollisionsrecht, nämlich der Frage nach dem auf einen bestimmten Sachverhalt anwendbaren Recht im zeitlichen Ablauf. Man kann die mit der Beantwortung dieser Vorfrage zusammenhängenden Probleme als *rein normatives* Kollisionsrecht bezeichnen. Dieses umfaßt den Fragenkreis der Voraussetzungen des Inkrafttretens von Normen, insbesondere deren Publikation, ferner der Dauer der Geltung und des Außerkrafttretens von Normen, insbesondere durch den Erlaß neuen, abweichenden Rechts. Weil dieser Problemkreis für das Verwaltungsrecht nicht spezifisch ist, im allgemeinen sorgfältig normiert ist und er zudem eingehende Darstellungen erfahren hat¹⁸⁵, wird er im folgenden ausgeklammert. Immerhin seien hier einige Bemerkungen zur subsidiären allgemeinen Regel der «lex posterior» gemacht¹⁸⁶: Sie ist in einigen Gesetzen ausdrücklich enthalten¹⁸⁷ und wird von anderen stillschweigend vorausgesetzt. Die Regel bedeutet, daß das neue Recht das im selben Sachbereich liegende alte Recht gleicher Stufe aufheben soll. Wo es zu entscheiden gilt, ob das neue Recht sachlich einen vom alten bereits geregelten Bereich beschlägt oder nicht, ermöglicht der Satz der «lex posterior» indessen keine Lösung. Bei solchen Kollisionsfragen an den

¹⁸⁵ Vgl. ZÜST, Veröffentlichung, mit zahlreichen Literaturangaben (S. 18 ff.); HANS BRÜHWILER, Veröffentlichung und Inkrafttreten bundesrechtlicher Erlasse, SJZ 48/1952, S. 268 ff.; WILLI GEIGER, Zur Frage der Veröffentlichung und des Inkrafttretens bundesrechtlicher Erlasse, SJZ 48/1952, S. 56 ff.; ERNST EGGenschwiler, Wann treten Gesetze außer Kraft?, ZBl 73/1972, S. 49 ff.; E. ZUMBACH, Die Veröffentlichung der Gesetze, ZBl 37/1936, S. 473 ff.

¹⁸⁶ Vgl. BGE 105 Ib 50/51.

¹⁸⁷ Vorn S. 114.

Rand- und Schnittstellen von Erlassen helfen nur Auslegung von altem und neuem Recht, verbunden mit sorgfältigen Materialienuntersuchungen, weiter¹⁸⁸. Daß neues Recht nicht höherrangiges altes Recht aufheben kann, ergibt sich aus dem Stufenbau der Rechtsordnung¹⁸⁹. Die Frage, wie sich das neue allgemeinere zum alten *spezielleren* verhält, kann aufgrund von formalen Regeln nicht allgemein beantwortet werden. Es bedarf dazu ebenfalls sachlich-wertender Auslegung¹⁹⁰. Wo immer möglich, soll der Gesetzgeber in den Übergangsbestimmungen präzise festlegen, welche Normen anderer Gesetze aufgehoben sind. Auch wenn er dies in sorgfältiger Weise tut, bleiben in der Regel noch zahlreiche Auslegungsfragen, welche die rechtsanwendenden Organe aufgrund wertender Abwägung zu beantworten haben. Es ist umstritten, ob *Vollziehungsverordnungen* zu revidierten Gesetzen in Kraft bleiben oder mit der Aufhebung des alten Gesetzesrechts dahinfallen¹⁹¹. Die beste Lösung ist stets die ausdrückliche Regelung durch den formellen Gesetzgeber¹⁹². Ist keine solche getroffen worden, so müssen sachlich-wertende Überlegungen Platz greifen: Lehnt sich das neue Gesetz inhaltlich und systematisch eng an das alte an, so können die alten Vollziehungsbestimmungen bis zu einer allfälligen Revision des Vollziehungsrechts in Kraft bleiben, allenfalls mit Ausnahme einzelner Bestimmungen, die dem neuen Gesetz widersprechen¹⁹³. Bringt das neue Gesetz einen völligen inhaltlichen und systematischen Wandel, so dürfte in der Regel das auf das alte Recht zugeschnittene Vollziehungsrecht nicht mehr anwendbar sein¹⁹⁴.

Das intertemporale Kollisionsrecht soll die Frage beantworten, welches Recht auf bestimmte sich ereignende Sachverhalte im zeitlichen Ablauf angewendet werden soll. Man kann zwischen Kollisionsrecht als Schrankenrecht und Kollisionsrecht

¹⁸⁸ Vgl. MÜLLER, Einführung, S. 374.

¹⁸⁹ GRISEL, Application, S. 255.

¹⁹⁰ G. M. wohl GRISEL, Application, S. 256.

¹⁹¹ Bejahend GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 185; ebenso wohl auch GRISEL, Application, S. 256/57. – Anders die bei GRISEL (a. a. O.) genannte Praxis.

¹⁹² Vgl. die von MÜLLER (Einführung, S. 382 Anm. 21) angeführte Regelung des aargauischen Baugesetzes.

¹⁹³ Vgl. BGer. 10. Nov. 1972 = ZBl 74/1973, S. 492; Art. 96 Abs. 3 Bundesgesetz über den Zivilschutz vom 23. März 1962.

¹⁹⁴ Dasselbe gilt für die Frage, ob *gesetzesvertretende Verordnungen* dahinfallen (zu wenig differenzierend GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 185/86); vgl. auch MÜLLER, Einführung, S. 374 mit weiteren Hinweisen.

im «eigentlichen» Sinn unterscheiden. Das Kollisionsrecht als *Schrankenrecht* sagt nur, daß ein materieller Rechtssatz auf einen bestimmten Sachverhalt oder auf einen Teil eines solchen *nicht* angewendet werden darf. Zu diesem Aspekt des Kollisionsrechts gehören das Rückwirkungsverbot und das Vorwirkungsverbot. Das «eigentliche» intertemporale Kollisionsrecht dagegen hat positive Wirkungen: Es sagt, welches Recht auf einen bestimmten Sachverhalt Anwendung findet; es nimmt also eine Verweisung vor, weshalb es im folgenden als *Verweisungsrecht* bezeichnet wird. Die Verweisung erfolgt mittels Anknüpfung an ein bestimmtes Sachverhaltsglied. Kernprobleme des intertemporalen Kollisionsrechts als Verweisungsrecht ist damit die Frage der richtigen Anknüpfung.

Maßgebend für die Schaffung von intertemporalem Kollisionsrecht ist der Hauptsatz des intertemporalen Rechts: *Rechtssätze wirken für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte*¹⁹⁵. Sachverhalte, die sich *vor* oder *nach* der formellen zeitlichen Geltung eines Rechtssatzes ereignen, dürfen daher von diesem grundsätzlich nicht erfaßt werden. Beim Begriff des «sich ereignenden Sachverhaltes» ist zu unterscheiden zwischen *abgeschlossenen Sachverhalten*, *zeitlich offenen Dauersachverhalten* und *mehrgliedrigen zeitlich begrenzten Sachverhalten*.

4.1. Intertemporales Kollisionsrecht als Schrankenrecht

4.1.1. Das Rückwirkungsverbot

Das neue Recht darf nach dem Hauptsatz des intertemporalen Rechts keine Rechtswirkungen für Sachverhalte vorsehen, die sich vor seinem Inkrafttreten ereignet haben. Dies läßt sich auch aus dem Grundsatz der *Voraussehbarkeit staatlicher Maßnahmen* begründen, einer unmittelbaren Folge des Vertrauensgrundsatzes und der rechtsstaatlichen Verfassung¹⁹⁶ sowie aus dem Umstand, daß der freiheitliche Staat das gegenwärtige und zukünftige *Verhalten* der Bürger beeinflussen soll und daher die verwaltungsrechtliche Sanktion bei gesetzwidrigem Verhalten nicht Ziel, sondern nur Mittel sein soll. Durch

¹⁹⁵ Der überlieferte Satz «tempus regit actum» (vgl. statt vieler: AFFOLTER, System, S. 102) drückt dies nur ungenau aus, weshalb nicht weiter auf ihn einzugehen ist.

¹⁹⁶ Vgl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 235; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, S. 6f., 49; BGE 102 Ia 74, 92 I 232.

den Erlaß rückwirkenden Rechts würde sich der Gesetzgeber nachträglich zum Richter über ein von ihm *vor* der Rechtsänderung als legal angesehenes Verhalten der Bürger machen, ohne daß diese noch die Möglichkeit hätten, sich dem Urteil durch ein anderes Verhalten zu entziehen¹⁹⁷. Rückwirkung wird daher auch als erneute Bewertung der Vergangenheit bezeichnet¹⁹⁸; sie stellt einen Verstoß gegen das aus dem Vertrauensgrundsatz folgende Verbot des «venire contra factum proprium» dar¹⁹⁹.

Es ist nun rein logisch ausgeschlossen, daß ein heutiges Tun in die Vergangenheit zurückwirken kann, gehe es nun vom Staat in der Form eines Gesetzes oder von einem Privaten aus, denn die Vergangenheit ist, sobald sie eingetreten ist, etwas unabänderlich Feststehendes²⁰⁰. Niemand kann mehr auf sie einwirken; sie ist Geschichte und kann nur *rückblickend* gedeutet, beschrieben werden. Der Begriff der *Rückwirkung* ist also insoweit verfehlt. Der Grund, weshalb er sich bilden und bis heute in der Rechtssprache hat halten können, liegt bei der Natur des Rechts. Das Recht ist keine Seins-, sondern eine Sollens- und Sanktionsordnung. Die Sollenssätze in Form der Gesetze wollen die Rechtssubjekte zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen bewegen. Sie wollen damit das Sein im Sinne des Gesetzes beeinflussen. Das Hauptmittel²⁰¹ dazu ist die *Sanktion* als Folge der Nichtbefolgung der im Gesetz enthaltenen Sollenssätze. Diese Sanktion ist identisch mit der *Rechtsfolge*, die das Gesetz an ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekte knüpft. Nicht dieses Verhalten, wohl aber die Rechtsfolge, kann vom Gesetz nachträglich neu vorgesehen – und wenn bereits eine solche ausgesprochen oder eingetreten ist – modifiziert werden. Das Rechtssubjekt wird also im Fall der

¹⁹⁷ Bereits die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 sah ein Rückwirkungsverbot (für Straferlasse) vor: Art. 8 bestimmt unter anderem, daß niemand anders als auf Grund eines *vor* Begehung der Straftat beschlossenen, verkündeten und rechtmäßig angewandten Gesetzes bestraft werden darf. Analog Art. 7 EMRK.

¹⁹⁸ ZIMMERLI, Verbot, S. 14 ff.

¹⁹⁹ Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, S. 132.

²⁰⁰ Ähnlich FORSTHOFF, Lehrbuch, S. 152. «Eine rückwirkende Norm ist eine Fiktion», sagt zu Recht GIACOMETTI (Allgemeine Lehren), S. 187. Vgl. auch OTT, Grundsatz, S. 54. Insoweit ist es unpräzise, wenn das deutsche Bundesverfassungsgericht erklärte, mit der Rückwirkung werde die Rechtsposition des Bürgers mit «Wirkung» für die Vergangenheit verschlechtert, vgl. BVerfGE 13, 261 ff. (271).

²⁰¹ Vgl. FLEINER-GERSTER, Grundzüge, S. 50.

Rückwirkung nachträglich, wenn sein Verhalten bereits unverrückbar feststeht, durch das Gesetz zu einer zum Zeitpunkt des fraglichen Verhaltens noch nicht vorgesehenen Rechtsfolge «verknürrt». Das ist rein technisch selbstverständlich möglich, und das ist mit der Rückwirkung auch gemeint; ob dies auch zulässig ist, bildet Gegenstand späterer Erörterungen.

Weil ein neues Gesetz vergangene, bereits verwirklichte Sachverhalte nicht mehr verändern kann, ist mit gewissem Recht postuliert worden, auf den Begriff Rückwirkung zu verzichten; vorgeschlagen wurde der Begriff «Rückanknüpfung»²⁰². Dabei wird mit diesem Begriff manchmal ein *kausales* Moment verbunden und davon ausgegangen, der Gesetzgeber erlasse das rückwirkende Gesetz «wegen» vergangener Sachverhalte²⁰³. Dies ist jedoch problematisch, indem es beim Rückwirkungsbegriff nicht auf den (subjektiven) Grund des gesetzlichen Handelns, sondern auf die objektiven Voraussetzungen und die Wirkungen ankommt²⁰⁴. Etwa beim Einzelfallgesetz könnte man zwar die kausale Theorie anwenden; das ist jedoch überflüssig, weil die Rückwirkung, falls sie gegeben ist, auch ohne Kausalität vorliegt und ein Einzelfallgesetz zudem wegen Verstoßes gegen die Generell-Abstraktheit unterbunden werden kann²⁰⁵. Trotz der Tatsache, daß ein neues Gesetz nicht eigentlich zurückwirken kann, soll im folgenden – herrschender schweizerischer Lehre und Praxis entsprechend – am Begriff Rückwirkung festgehalten werden²⁰⁶. Es lassen sich erfahrungsgemäß die im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch stark verwurzelten Begriffe kaum ändern, auch wenn sie aus wissenschaftlicher Sicht nicht ganz präzise sind. Entscheidend für den Betroffenen ist im übrigen eben doch die *Wirkung* der neu vorgenommenen Bewertung der Vergangenheit durch den Gesetzgeber – auch wenn diese Wirkung erst heute oder in der Zukunft eintritt. Insoweit gibt der Begriff Rückwirkung

²⁰² SCHEERBARTH, Anwendung, S. 5 ff.; KISKER, Rückwirkung, S. 20 ff.

²⁰³ SCHEERBARTH, Anwendung, S. 27; KISKER, Rückwirkung, S. 20 (kritisch jedoch S. 13, 23).

²⁰⁴ Gl. M. GÖTZ, Vertrauensschutz, S. 425.

²⁰⁵ SCHEERBARTH und auch KISKER ließen sich wohl vor allem wegen der berüchtigten «Lex Schörner» für die kausale Rückanknüpfungstheorie beeinflussen (vgl. BVerfGE 8, 274 ff.). Jenes Gesetz war aber (zusätzlich) einfach willkürlich.

²⁰⁶ FLEINER, Institutionen, S. 88 ff.; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 184 ff.; GRISEL, Droit administratif, S. 189 ff.; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, S. 50 ff.; BGE 106 Ia 258, 105 Ia 40, 104 Ia 219, 102 Ia 32, 101 Ia 83.

doch wenigstens einen Teilaspekt des dahinter stehenden Problems richtig wieder.

Die Begriffsjurisprudenz hat als Gegenstück zur Rückwirkung im soeben geschilderten Sinne den Ausdruck der «unechten» Rückwirkung entwickelt. Eine solche soll dann vorliegen, wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die zwar unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts aber andauern²⁰⁷. Die «unechte» Rückwirkung bezieht sich demnach auf die zeitlich offenen *Dauersachverhalte* und (seltener) auf die zeitlich begrenzten mehrgliedrigen Sachverhalte. Die «unechte» Rückwirkung stiftet indessen mehr Verwirrung, als sie weiterhilft. Denn wenn das neue Gesetz Rechtswirkungen für zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bestehende Dauersachverhalte und für mehrgliedrige Sachverhalte im Hinblick auf die Zukunft vorsieht, so knüpft es nicht an vergangene Sachverhalte an, sondern es unterstellt lediglich den zeitlich offenen Dauersachverhalt für die Zukunft einem neuen rechtlichen Régime. Eine Rückwirkung wäre nur gegeben, wenn das neue Recht Rechtsfolgen für den *vergangenen Teil* eines Dauersachverhaltes oder eines mehrgliedrigen Sachverhaltes vorsehen würde; das ist aber mit der «unechten» Rückwirkung anerkanntermaßen nicht gemeint. Das Einwirken des neuen Rechts auf solche im Hinblick auf die Zukunft ist somit gar keine Rückwirkung, auch keine «unechte», weshalb hier und im folgenden in Anlehnung an die heute herrschende Lehre und Praxis auf diesen Begriff verzichtet wird²⁰⁸. Es wird also im folgenden von einem *engen* Rückwirkungsbegriff ausgegangen. *Rückwirkung ist somit die Festsetzung von Rechtsfolgen aufgrund von neuem Recht für einen zur Zeit dessen Inkrafttretens abgeschlossenen*

²⁰⁷ Vgl. statt vieler etwa ERICHSEN/MARTENS, Verwaltungsrecht, S. 119; um «echte» von «unechter» Rückwirkung zu unterscheiden, wird erstere als «retroaktive» Rückwirkung bezeichnet – ein Pleonasmus!

²⁰⁸ FLEINER, Institutionen, S. 88 ff.; AUBERT, Limites, S. 4 f.; KNAPP, Précis, S. 75; GRISEL, Droit administratif, S. 189; GRISEL, Application, S. 248 f.; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 16 B III; KISKER, Vertrauensschutz, S. 197; STERN, Problematik, S. 389. – Anders noch: HUBER, Vertrauensschutz, S. 327; ERICHSEN/MARTENS, Verwaltungsrecht, S. 119; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, S. 50 N. 21; unklar HANS J. WOLFF/OTTO BACHOF, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974, S. 145. – Das Bundesgericht verwendet den Begriff der «unechten» Rückwirkung nur noch in Anführungszeichen und erklärt eine solche «Rückwirkung» für grundsätzlich zulässig (BGE 107 Ib 196, 104 Ib 219, 101 Ia 85/86, 99 V 203). Vgl. ferner IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 16 mit weiteren Hinweisen auf die Praxis.

*Sachverhalt oder für den vergangenen Teil eines zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts offenen Dauersachverhaltes*²⁰⁹. Die Rückwirkung steht immer in Widerspruch zum Hauptsatz des intertemporalen Rechts.

4.1.2. Das Rückwirkungsverbot in der Praxis des Bundesgerichtes

4.1.2.1. Entstehung der heutigen Praxis

Das Rückwirkungsverbot im öffentlichen Recht ist keineswegs, wie man erwarten würde, seit eh und je fester Bestandteil der bundesgerichtlichen Praxis. Vielmehr widerspiegelt die Entwicklung des Rückwirkungsverbotes deutlich jene des Grundsatzes von Treu und Glauben, welcher sich im öffentlichen Recht nur langsam durchsetzen konnte²¹⁰. So hat das Gericht noch im Jahre 1900 kategorisch erklärt, das im Privatrecht anerkannte Prinzip der Nichtrückwirkung gelte keineswegs («nullement») als Regel im Bereich des öffentlichen Rechts²¹¹. Nach diesem Entscheid wurde das Bundesgericht während längerer Zeit mangels klar strukturierter Rückwirkungsfälle mit jener Aussage nicht mehr konfrontiert. Bloß nebenbei hat es noch einmal erklärt, die intertemporalrechtlichen Bestimmungen des Schlußtitels des ZGB – diese enthalten ein stark relativiertes Rückwirkungsverbot – würden sich nur auf das Privatrecht, nicht aber auf das vorbehaltene kantonale öffentliche Recht beziehen²¹². Andererseits hat das Bundesgericht kurze Zeit später der Anwendung eines kantonalen Gesetzes über die Einführung des Bergregals auf bestehende Bergwerke die Eigentumsgarantie entgegengehalten. Damit ist die ebenfalls im Schlußtitel des ZGB enthaltene Garantie der «wohlerworbenen Rechte»²¹³ für das öffentliche Recht anerkannt worden²¹⁴.

²⁰⁹ Ähnlich das Bundesgericht (BGE 107 Ib 196, 101 Ia 85/86); die Ergänzung stammt vom Schreibenden.

²¹⁰ Vgl. dazu SAMELI, Treu und Glauben, S. 302 ff.; PICOT, Bonne foi, S. 142 ff.

²¹¹ BGE XXVI, I. Teil, S. 82; im BGE X, S. 292 ff. hat das Gericht die Rückwirkung einer Verfassungsbestimmung verneint, im Ergebnis allerdings *zuungunsten* des Beschwerdeführers! Ähnlich in BGE II, S. 400 f.

²¹² BGE 41 II 413.

²¹³ Vgl. BROGGINI, Privatrecht, S. 437 ff.

²¹⁴ BGE 44 I 171 f. Zu den *wohlerworbenen Rechten* hinten S. 177 ff. Einen interessanten, allerdings untypischen Entscheid (weil auf einen *privatrechtlichen* Vertrag sich beziehend) im Sinne des Rückwirkungsverbotes hat das Bundesgericht in BGE 44 II 424 ff. getroffen: Eine Höchstpreisfestsetzung in einer Kriegsverordnung ist nur auf die *nach* deren Erlass *abgeschlossenen*

Kurze Zeit später hat das Bundesgericht ausgeführt, nach «allgemeinem Rechtsgrundsatz» sei die Anwendung eines Gesetzes auf Tatbestände, die vor seinem Inkrafttreten liegen, nicht zulässig. Es hat jedoch darauf verwiesen, daß dieser Grundsatz weder in der Bundes- noch in der betreffenden Kantonsverfassung verankert sei und in der Folge eine zeitlich «mäßige» Rückwirkung als verfassungsmäßig qualifiziert²¹⁵. Ein Rückwirkungsverbot ist indessen in einem Fall ausgesprochen worden, wo streitig war, ob eine neue Gebührenverordnung auch diejenigen Grundbuchvormerkungen beschlagen dürften, die im Zeitpunkt deren Inkrafttretens bereits *angemeldet* waren; das Gericht hat die Frage – erstmals unter Verweis auf Art. 4 BV – verneint²¹⁶. Andererseits hat es das Bundesgericht als zulässig erklärt, daß ein neues kantonales Steuergesetz die im alten Gesetz noch nicht enthaltene Sanktion der Nach- und Strafsteuererhebung auf fünf beziehungsweise drei Jahre zurückwirken lassen darf, sofern der Pflichtige infolge einer im neuen Gesetz enthaltenen Amnestieklausel die Möglichkeit hatte, durch richtige Selbstdeklaration nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes der Sanktion zu entgehen²¹⁷. Ohne Bezugnahme auf die genannten Entscheide hat das Gericht dann allgemein ausgeführt, das Rückwirkungsverbot sei vor allem eine *Interpretationsregel*, die sich an den Richter wende; so verstanden gelte es im Privatrecht und, *a fortiori*, auch im öffentlichen Recht²¹⁸. Der *Gesetzgeber* könne jedoch – so das Bundesgericht unter Berufung auf die «Institutionen» von FRITZ FLEINER weiter – frühere Sachverhalte dem neu inkrafttretenden Gesetz unterstellen, ohne ein verfassungsmäßiges Recht zu verletzen²¹⁹. Diese Befugnis des Gesetzgebers wurde

Verträge anwendbar. Die weitere wichtige Voraussetzung der Rückwirkung (die hier nur nebenbei getroffen wird) ist, daß diese nur da als gewollt angenommen werden dürfe, wo dies ausdrücklich gesagt oder zwingend aus den Umständen hervorgehe (BGE 44 II 427). Diese Voraussetzung taucht erst in BGE 92 I 233 wieder auf.

²¹⁵ BGE 47 I 16 ff. Dieser Entscheid ist deshalb interessant, weil erstmals der Begriff der «mäßigen» Rückwirkung verwendet wird (vgl. BGE 61 I 92).

²¹⁶ BGE 48 I 533 ff. (schlecht redigierter Entscheid).

²¹⁷ BGE 49 I 33 ff. Dieser Entscheid weckt Bedenken.

²¹⁸ BGE 50 I 74.

²¹⁹ BGE 50 I 74. Hier (und in der gesamten älteren Verwaltungsrechtspraxis) zeigt sich erneut der überragende Einfluß des von FLEINER aus Deutschland rezipierten Verwaltungsrechts, welches eine relativ weite Zulassung der Rückwirkung durch das Bundesgericht – die eigenartig zu privatrechtlichen Regeln kontrastiert – erklärt, die der liberalen Staatsdoktrin nicht

in einem Fall bestätigt, wo die Frage zu beurteilen war, ob ein bestehender Kinobetrieb durch den Gesetzgeber neuen gewerbepolizeilichen Bestimmungen unterworfen werden dürfe: Die Tatsache, daß ein Kinobetrieb bisher ohne besondere Bewilligung gestattet war, schütze die bestehenden Betriebe nicht vor der Unterstellung unter derartige Beschränkungen, wenn diese sich im allgemeinen Interesse als geboten erwiesen; es liege hierin keine unzulässige Rückwirkung. Höchstens könne verlangt werden, daß bei der *Anwendung* solcher Beschränkungen «glimpflich» vorgegangen werde²²⁰. Weil in diesem Falle sich das neue Recht auf einen zeitlich offenen Dauersachverhalt bezog und daher keine «echte» Rückwirkung vorlag, sah sich das Gericht allerdings noch nicht gezwungen, seine an anderer Stelle geäußerte Auffassung zu relativieren, der Gesetzgeber könne auch frühere *abgeschlossene* Sachverhalte dem neu inkrafttretenden Recht unterstellen²²¹. Dieser Fall trat nach zwei atypischen Fällen²²² alsdann ein: Das Bundesgericht nahm den in einem früheren Entscheid dargelegten Ansatz, wonach eine Rückwirkung auf abgeschlossene Sachverhalte nur zulässig ist, wenn sie «mäßig» ist²²³, wieder auf und fügte bei, damit sei aber nicht gesagt, eine Rückwirkungsklausel halte einzig bei Vorliegen dieser Voraussetzung vor Art. 4 BV stand²²⁴. Vielmehr sei in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller Verhältnisse zu prüfen, ob die Beifügung der Klausel eines haltbaren Grundes entbehrt, sinn- und zwecklos ist oder Rechtsungleichheiten schafft, die sich durch keine vernünftigen Gründe rechtfertigen lassen²²⁵. Nach einer wiederum längeren Zeitspanne²²⁶ hat das Gericht seine im Laufe eines halben Jahrhunderts nur zögernd entwickelte Konzeption des Rückwirkungsverbotes klar formuliert: Die Rückwirkung im öffentlichen Recht hält vor Art. 4 BV nur stand, wenn sie in

entspricht. Die von FLEINER in seinen Institutionen (S. 89/90) vertretene Rückwirkungsauffassung stammt im wesentlichen aus dem monarchischen deutschen Obrigkeitsstaat (vgl. dazu KÖLZ, *wohlerworbenes Recht*, S. 91 ff. mit Hinweisen).

²²⁰ BGE 50 I 37.

²²¹ BGE 50 I 74.

²²² BGE 58 I 81 ff., 60 I 306 ff.

²²³ BGE 47 I 16 ff.

²²⁴ BGE 61 I 92.

²²⁵ BGE 61 I 92.

²²⁶ Es finden sich während dieser Zeitspanne – wenigstens was die publizierten Fälle anbelangt – nur die drei untypischen Rückwirkungsentscheide BGE 60 I 310, 65 I 323, 74 I 465 ff. sowie einige Entscheide zu den *wohlerworbenen Rechten*, so vor allem BGE 67 I 188, 79 I 20 E. 3.

zeitlicher Beziehung mäßig ist, zu keinen stoßenden Rechtsungleichheiten führt und sich auf beachtenswerte Gründe stützen kann²²⁷. Mit diesem Entscheid war die erste Stufe einer gefestigten Praxis zum Rückwirkungsverbot erreicht.

Es dauerte dann aber nochmals geraume Zeit, bis das Bundesgericht zu der heute noch in ständiger Praxis geübten Rückwirkungslehre gelangte und zu den bisherigen Voraussetzungen der Rückwirkung zwei weitere hinzufügte. Bemerkenswert ist dabei vor allem die Tatsache, daß sich das Bundesgericht nun von FRITZ FLEINER, der die Rückwirkung in recht weitem Umfange zuließ²²⁸, abwandte und sich der jüngeren, weit restriktiveren Rückwirkungslehre von IMBODEN und GIACOMETTI anschloß²²⁹. Als weitere Voraussetzung der Rückwirkung kam nun hinzu, daß diese *«ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist»*²³⁰. Es wird also ein Willensentschluß des Gesetzgebers verlangt, ein Element, das in einem ein halbes Jahrhundert zurückliegenden Entscheid nebenbei angeführt wurde²³¹, in der Zwischenzeit unterging und erst auf dem Umweg über die Lehre²³² wieder in die höchstrichterliche Praxis gelangte. Schließlich wurde in der neuen Rechtsprechung die schon bisher geltende Schranke der *«wohlerworbenen Rechte»* ausdrücklich aufgenommen²³³.

4.1.2.2. Zur heutigen Praxis

Das Bundesgericht betrachtet in seiner heutigen Rechtsprechung ein Gesetz nur dann als rückwirkend, wenn bei dessen Anwendung an ein Ereignis angeknüpft wird, das in der Vergangenheit liegt und vor dessen Inkrafttreten abgeschlossen

²²⁷ BGE 77 I 189 mit zahlreichen Hinweisen.

²²⁸ Institutionen, S. 89/90. Dazu OTT, Grundsatz, S. 33 f. (zu positive Sicht der Lehre FLEINERS).

²²⁹ Vgl. die Zitate in BGE 92 I 233. MAX IMBODEN hat erklärtermaßen mit seiner Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung die übergroße Abhängigkeit der schweizerischen von der deutschen Doktrin (die FLEINER in der Schweiz verkörperte) lösen wollen (vgl. IMBODENS Arbeit: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel 1971, S. 7 ff.; DIETRICH SCHINDLER, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 4). Vgl. auch GRISEL, Application, S. 246.

²³⁰ BGE 92 I 233, mit Hinweisen auf GIACOMETTI, IMBODEN und dessen Schüler OTT.

²³¹ BGE 44 II 427.

²³² Über MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl., Basel 1964, S. 157 f.

²³³ BGE 92 I 233.

worden ist. Keine Rückwirkung ist aber gegeben, wenn der Gesetzgeber lediglich auf Verhältnisse abstellt, die zwar noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts aber noch andauern²³⁴. Bei Steuergesetzen nimmt das Bundesgericht eine Rückwirkung nur an, wenn die Rechtsfolge der Steuerpflicht an Tatbestände anknüpft, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegen, nicht aber auch dann, wenn lediglich der Umfang der Steuerpflicht nach Tatsachen bestimmt wird, die vor dem Inkrafttreten des Steuergesetzes eingetreten sind²³⁵.

Im einzelnen hat das Gericht in neuerer Zeit entschieden, es sei mit dem Rückwirkungsverbot nicht vereinbar, im neuen Recht vorgesehene, gegenüber dem alten Recht schärfere Administrativmaßnahmen im Straßenverkehr auf Widerhandlungen anzuwenden, welche vor Inkrafttreten des neuen Rechts begangen worden sind, sofern das neue Recht nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht²³⁶. Sieht ein kommunales Kanalisationsreglement eine Anschlußgebühr für den Eigentümer einer Liegenschaft vor, so darf nicht gestützt auf ein neues Reglement, das keine entsprechende Rückwirkungsnorm kennt, der spätere Erwerber der Liegenschaft mit der Anschlußgebühr belastet werden²³⁷. Sind durch Reglementsänderungen die Aufnahmebedingungen für den Eintritt in eine höhere Schulstufe verschärft worden, so liegt keine Rückwirkung vor, sofern die schärferen Bestimmungen mehr als ein Jahr vor Beginn des Ausbildungsgangs der höheren Schulstufe in Kraft gesetzt und verkündet worden sind, denn es wird damit nicht an einen abgeschlossenen Sachverhalt angeknüpft; vielmehr hatte es jeder Schüler noch in der Hand, seine Noten durch intensive Arbeit zu verbessern. Rückwirkung läge nur dann vor, wenn die Aufnahmebedingungen für die höhere Schulstufe verschärft worden wären für Bewerber, welche die Abschlußprüfung bereits bestanden haben und die deren Ergebnis somit nicht mehr beeinflussen können²³⁸. Keine Rückwirkung im Sinne der

²³⁴ BGE 101 Ia 85 E. 2 mit Hinweisen.

²³⁵ BGE 104 Ib 219 E. 6, 106 Ia 258, 102 Ia 32 E. 3a, 101 Ia 85 E. 2. Kritisch dazu KNAPP, Précis, S. 75/76.

²³⁶ BGer., unveröff. Entsch. vom 23. Juni 1977 i. S. Bürgi. Weil das entsprechende neue Recht (Art. 16 Abs. 3 lit. f SVG) keine Übergangsbestimmung enthält, wurden die intertemporalrechtlichen Fragen in einem Kreisschreiben des EJPD geregelt.

²³⁷ BGE 103 Ia 27 ff.; vgl. ferner zum selben Sachbereich: BGE 106 Ia 244, 97 I 341 f., 92 I 458.

²³⁸ BGer., unveröff. Entsch. vom 21. September 1976 i. S. Popp.

Rechtsprechung liegt vor, wenn die Ausbildungszeit für die in einer Lehrerausbildung stehenden Seminaristen um ein Jahr verlängert wird, denn es wird damit nicht an ein in der Vergangenheit liegendes, abgeschlossenes Ereignis angeknüpft²³⁹. Eine Neufestsetzung der Bemessungsgrundlage für die Einfuhrkontingente von Fleisch für eine am Tage des Inkrafttretens beginnende Importperiode ist keine Rückwirkung und daher zulässig²⁴⁰; eine Rückwirkung wäre nur dann anzunehmen, wenn bereits festgesetzte Kontingente nachträglich wieder aufgehoben oder eingeschränkt würden²⁴¹.

Die Rückwirkung im beschriebenen engen Sinne ist also nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig²⁴². Ausnahmsweise ist sie nach ständiger Praxis jedoch dann zulässig, wenn sie 1. ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, 2. in zeitlicher Beziehung mäßig ist, 3. sich durch beachtenswerte Gründe rechtfertigen läßt, 4. zu keinen stoßenden Rechtsungleichheiten führt, und 5. nicht in wohlerworbene Rechte eingreift.²⁴³

Von berufener Seite ist dagegen eingewendet worden, die beiden letzten Voraussetzungen seien unnötig²⁴⁴. Die Anordnung von Rechtsungleichheiten sei auf jeden Fall verfassungswidrig, ganz unabhängig davon, ob sie im Rahmen einer Rückwirkung oder außerhalb einer solchen ergehe. Dasselbe gelte vom Verbot des Eingriffs in wohlerworbene Rechte. Seien solche gegeben, so seien sie nicht nur im Rückwirkungsfall, sondern allgemein durch die Eigentumsgarantie vor Eingriffen des Gesetzgebers geschützt²⁴⁵. Präzisierend ist dazu geltend gemacht worden, es sei nicht einzusehen, weshalb ein Eingriff in ein wohlerworbenes Recht notwendigerweise verfassungswidrig sein müsse, denn ein solches könne sich ja im Falle gerechter

²³⁹ BGE 106 Ia 254 ff. Allein von der Rückwirkungsproblematik her ist dieser Entscheid zweifellos richtig. Vgl. aber dazu hinten S. 218 ff.

²⁴⁰ BGE 104 Ib 220.

²⁴¹ BGE 104 Ib 220; vgl. BGE 92 I 235, wo diese Problematik unter dem Titel der wohlerworbenen Rechte abgewickelt wurde (zu diesem Entscheid KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 70). Vgl. ferner BGE 102 Ia 72.

²⁴² Auch IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, S. 106, sowie ALFRED MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, Bern 1979, S. 180 f. gehen zu Recht von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Rückwirkung aus. Leider verwendet aber MAURER noch den Begriff der «unechten» Rückwirkung (a. a. O.).

²⁴³ BGE 101 Ia 83/84, 101 Ia 235, 94 I 5; GRISEL, Application, S. 246; AUBERT, Droit constitutionnel, Supplément, S. 234; KNAPP, Précis, S. 76.

²⁴⁴ GRISEL, Application, S. 246.

²⁴⁵ GRISEL, Application, S. 246/47; ZIMMERLI, Verbot, S. 83.

Entschädigung durchaus innerhalb den von der Eigentumsgarantie errichteten Schranken halten²⁴⁶. Diese Einwände sind zweifellos stichhaltig. Dazu kommt, daß die Einbeziehung der wohlerworbenen Rechte in die Rückwirkungsproblematik durch den heute auch vom Bundesgericht abgelehnten weiten Rückwirkungsbegriff bedingt ist. Die wohlerworbenen Rechte sind typische Dauersachverhalte; Einwirkungen des Gesetzgebers auf sie können nur dann in einen Zusammenhang mit der Rückwirkung gebracht werden, sofern vom heute wohl überwundenen Begriff der sogenannten «unechten» Rückwirkung ausgegangen wird²⁴⁷. Das Bundesgericht könnte also seine Rückwirkungspraxis in diesem Sinne vereinfachen. Anzuführen ist ferner, daß auch das Kriterium der «beachtenswerten Gründe» wenig aussagekräftig und für die Rückwirkungsproblematik auch unspezifisch ist, denn für *jedes* Gesetz – auch das nichtrückwirkende – sollte zumindest postuliert werden dürfen, daß es sich auf «beachtenswerte Gründe» stützt; andernfalls wäre auf dessen Erlaß zu verzichten. Gemeint sind mit der höchstrichterlichen Ausdrucksweise die *überwiegenden öffentlichen Interessen*, welche die Rückwirkung ausnahmsweise legitimieren und damit einen Einbruch in das Geltungsvertrauen rechtfertigen können²⁴⁸. Es könnte außerdem bei dieser Gelegenheit ein weiteres, heute schon bestehendes Praxiselement in die Rückwirkungsformel eingebracht werden, nämlich daß die rückwirkende Anwendung einer den Bürger *begünstigenden* Regelung durch den Gesetzgeber ausnahmsweise zulässig ist, sofern dadurch nicht Rechte Dritter oder die Rechtsgleichheit tangiert werden²⁴⁹. Gemäß dem Hauptsatz des intertemporalen Rechts ergibt sich zwar die Unzulässigkeit der begünstigenden Rückwirkung (*lex mitior*)²⁵⁰. Diese soll jedoch dennoch möglich und zulässig sein, sofern überwiegende öffentliche Interessen dafür sprechen. Die vom Bundesgericht zuweilen verlangte Voraussetzung, daß die Anwendung der *lex mitior* vom Gesetz-

²⁴⁶ AUBERT, Droit constitutionnel, Supplément, S. 234; vgl. BGE 102 Ia 333.

²⁴⁷ Vgl. auch ZIMMERLI, Verbot, S. 82.

²⁴⁸ AUBERT, Limites, S. 4.

²⁴⁹ BGE 105 Ia 40, 104 Ib 304 mit Hinweisen, 103 V 41, 99 V 203. Ein verfassungsrechtlicher *Anspruch* des Bürgers auf Rückwirkung in diesem Sinne besteht jedoch nicht (BGE 99 V 203). Auch darauf, welche intertemporalrechtliche Regelung die Normadressaten «erwarten durften», kommt es nicht an (ALFRED MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, Bern 1979, S. 181).

²⁵⁰ ZIMMERLI, Verbot, S. 78/79.

geber ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt sein muß²⁵¹, sollte jedoch nicht fallengelassen werden²⁵². Außerdem sollte die *lex mitior* ausdrücklich unter den Vorbehalt der Rechte Dritter gestellt werden²⁵³.

Die – der herrschenden Praxis entsprechende – modifizierte Rückwirkungsformel würde dann wie folgt lauten:

1. Die Rückwirkung ist grundsätzlich *unzulässig*. Im Sinne einer Ausnahme ist sie zulässig, wenn sie
 - a) ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist,
 - b) in zeitlicher Beziehung mäßig ist,
 - c) sich durch überwiegende öffentliche Interessen rechtfertigen läßt.
2. Eine die Adressaten begünstigende Rückwirkung ist unter denselben Voraussetzungen und dem Vorbehalt der Rechte Dritter zulässig²⁵⁴.

In Anbetracht des engen Rückwirkungsbegriffes, den das Bundesgericht seiner Rechtsprechung zugrundelegt, gibt es schon rein begrifflich nur relativ wenige Rückwirkungsfälle. Bei deren Beurteilung hat sich das Gericht an seine soeben dargelegte Konzeption gehalten. Auffallend ist jedoch, daß das Bundesgericht seit fünfzig Jahren in keinem der publizierten Entscheide eine Rückwirkung zugelassen hat²⁵⁵. Es gelang ihm stets, eine seiner Voraussetzungen als nicht erfüllt zu qualifizieren²⁵⁶. Die praktische Bedeutung der Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot ist also heute gering²⁵⁷.

²⁵¹ BGE 102 Ib 338.

²⁵² BGE 102 Ib 338 mit Hinweisen.

²⁵³ Vgl. BGE 97 I 924. Art. 53 Abs. 2 Asylgesetz vom 5. Okt. 1979.

²⁵⁴ BGE 102 Ib 338, 102 Ia 72, 97 I 924 – die Rückwirkung von milderem Recht kann unter Umständen aus Gründen des «ordre public» und der Sittlichkeit geboten sein: Art. 336 lit. b des StGB sieht denn vor, daß ein Todesurteil nach *Inkrafttreten* des StGB nicht mehr vollzogen werden darf. Auch diese Anknüpfung empfinde ich noch als unsittlich (das StGB wurde erst dreieinhalb Jahre nach Annahme in Kraft gesetzt!); richtig wäre der Zeitpunkt des Parlamentsbeschlusses auf Abschaffung der Todesstrafe unter Vorbehalt einer negativen Referendumsabstimmung gewesen (vgl. zur Härte von solchen Stichtagen auch DÜRIG, Zeit, S. 25).

²⁵⁵ AUBERT, Limites, S. 5 mit Hinweisen.

²⁵⁶ AUBERT, Limites, S. 5 mit Hinweisen.

²⁵⁷ AUBERT, Limites, S. 5.

4.1.3. Vorwirkung?

Unter Vorwirkung ist die Beeinflussung der Anwendung geltenden Rechts durch einen noch nicht rechtskräftigen künftigen Rechtssetzungsakt zu verstehen²⁵⁸. Von der Rückwirkung unterscheidet sich die Vorwirkung nur durch den Zeitpunkt der Rechtsanwendung. Die Rechtsanwendung findet bei der Vorwirkung zeitlich *vor* dem Inkrafttreten des neuen Rechts, bei der Rückwirkung nach dessen Inkrafttreten statt. Die Vorwirkung ist deshalb insofern der Rückwirkung gleichgesetzt worden, als angenommen worden ist, sie sei – mit gewichtigen Einschränkungen²⁵⁹ – unter denselben Voraussetzungen wie die Rückwirkung zulässig²⁶⁰.

Zunächst muß unterschieden werden zwischen der eigentlichen Vor-*Wirkung* im Sinne der Voranwendung des neuen Rechts und der bloßen Vor-*Beeinflussung* der Anwendung des alten Rechts durch kommendes neues Recht. Erstere ist unzulässig, denn auf diese Weise würden sich die rechtsanwendenden Organe zum Gesetzgeber aufschwingen. So hat das Bundesgericht vor zwanzig Jahren unzweideutig gesagt: «Noch nicht in Kraft stehendes Recht vermag nicht die Grundlage für ein staatliches Handeln abzugeben»²⁶¹. In der deutschen Praxis ist indessen versucht worden, den Begriff der «Vorwirkung» auch auf die eigentliche *Anwendung* des künftigen, noch nicht in Kraft stehenden Rechts auszudehnen, und eine Lehrmeinung neigt dazu, solches mit dem Gesetzmäßigkeits- und Gewaltenteilungsprinzip als vereinbar anzusehen²⁶². Folgende Fälle werden dabei etwa genannt: Bei erwarteten Besoldungserhöhungsgesetzen sollen vorherige Abschlagszahlungen unter dem

²⁵⁸ Vgl. die ähnliche Definition bei IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, S. 113. Die an dieser Stelle wiedergegebene Definition der Vorwirkung ist zu eng, denn die Nichtanwendung des geltenden Rechts betrifft nur *einen* Aspekt der Vorwirkung.

²⁵⁹ BGE 100 Ia 157 ff.: Nur die *negative* «Vorwirkung» ist – falls im geltenden Recht vorgesehen – zulässig; es handelt sich aber dann nicht um «Vorwirkung», sondern schlicht um Anwendung geltenden Rechts, ausgelöst durch einen künftigen Rechtssetzungsakt (vgl. auch BGE 103 Ia 470 ff.).

²⁶⁰ BGE 100 Ia 155 = IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Nr. 17. Ähnlich GRISEL, Application, S. 250.

²⁶¹ BGE 89 I 472; ähnlich STRAUB, Baubewilligung, S. 99.

²⁶² In dieser Richtung haben sich vor allem KLOEPFER (Vorwirkung/künftige Normen) sowie (etwas vorsichtiger) HÄBERLE (Zeit) engagiert.

Vorbehalt des Widerrufs bei «Nichtrealisierung» der erwarteten Gesetze geleistet werden können²⁶³. Bei geplanten gesetzlichen Subventionierungen könne die Verwaltung einstweilige Zahlungen «im Sinne der künftigen Regelungen» leisten²⁶⁴. Der beabsichtigten Aufhebung einer Verordnung über die Erhebung von Studiengebühren könne durch Regierungsanweisung im Sinne des Verzichts auf Erhebung von solchen «vorgegriffen» werden²⁶⁵. Legitimiert werden soll derartiges Verwaltungshandeln zugunsten der «neuen, zeitgerechteren Norm» durch Herstellung der «Entscheidungsharmonie» zwischen gegenwärtigem Verwaltungshandeln und künftigem Recht²⁶⁶. Die sich aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip ergebende Problematik dürfe – so diese Richtung in der deutschen Lehre – nicht überschätzt werden, «weil die Regierung heute praktisch weitgehend sowohl über den Norminhalt wie über die Normanwendung» entscheide²⁶⁷. So könne das Gesetzmäßigkeitsprinzip die Voranwendung «hoch wahrscheinlicher künftiger Normen» nicht verhindern²⁶⁸.

Diese Tendenz in der deutschen Lehre ist abzulehnen. Sie trägt alle Zeichen einer verfehlten soziologisierenden Rechtsbetrachtungsweise, die dazu neigt, faktisch geübte, rechtswidrige Praktiken mittels Verweis auf die «Offenheit des Rechtssystems» und ähnlichem²⁶⁹ normativ zu legitimieren. Die Voranwendung noch nicht in Kraft stehenden Rechts ist juristisch unmöglich und verfassungsrechtlich unzulässig, weil ein Satz erst dann ein Rechtssatz ist, wenn er in Kraft steht²⁷⁰. Dasselbe gilt für die Nichtanwendung geltenden Rechts im Hinblick auf werdendes Recht. Eine solche ist nur im Rahmen des *geltenden* Rechts im Sinne einer «faktischen Vorberücksichtigung» möglich und zulässig²⁷¹. Das geltende Recht ermöglicht eine solche

²⁶³ Vgl. KLOEPFER, Künftige Normen, S. 661; DERSELBE, Vorwirkung, S. 94 ff., je mit Hinweisen.

²⁶⁴ KLOEPFER, Künftige Normen, S. 661 mit Hinweis.

²⁶⁵ KLOEPFER, Künftige Normen, S. 661 mit Hinweis. Vgl. auch den bei HÄBERLE (Zeit), S. 84 Anm. 120 genannten Fall.

²⁶⁶ KLOEPFER, Künftige Normen, S. 662.

²⁶⁷ KLOEPFER, Künftige Normen, S. 662.

²⁶⁸ KLOEPFER, Künftige Normen, S. 663.

²⁶⁹ Vgl. HÄBERLE, Zeit, S. 84 f.

²⁷⁰ So prägnant STRAUB, Baubewilligung, S. 100; AUBERT, Limites, S. 3; KNAPP, Précis, S. 78; vgl. auch THOMMEN, Vorwirkung, S. 105, 133 Ziff. 8.

²⁷¹ Ähnlich STRAUB, Baubewilligung, S. 99.

faktische Beeinflussung der Rechtsanwendung durch werden des Recht vor allem dort, wo es weite Ermessensspielräume zugunsten der Rechtsanwendungsorgane enthält und wo Wortlaut und Sinn der anzuwendenden Norm entsprechende Interpretationsspielräume enthält²⁷², jedoch auch in diesen Fällen nur im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes und des Gleichbehandlungsgebotes. Es sind also auch der einzig zulässigen faktischen Beeinflussung relativ enge Grenzen gesetzt. Eine eigentliche Vorwirkung im Sinne der «Voranwendung» noch nicht in Kraft stehenden Rechts gibt es nach dem Hauptsatz des intertemporalen Rechts und aus rechtsstaatlichen Gründen nicht²⁷³. Man müßte also richtigerweise analog zum Rückwirkungsverbot von einem Vorwirkungsverbot sprechen.

Einen mit der Beeinflussung der Rechtsanwendung durch künftiges Recht verwandten Problemkreis beschlagen die im geltenden Baurecht zu findenden Maßnahmen zur Sicherung der Einführung neuen Rechts. Um zu verhindern, daß das kommende Recht durch in der kritischen Übergangsphase gesetzte Sachverhalte vereitelt wird, sehen die Gesetze die Möglichkeit der zeitlich befristeten Nichtanwendung des geltenden Rechts in der Form von Bausperren, Veränderungsverboten und Planungszonen vor²⁷⁴. Solche Maßnahmen, die auch als

²⁷² Vgl. BGE 104 Ia 47/48: Im Ergebnis überzeugend; ob allerdings aufgrund der gegebenen Rechtslage mehr als eine kürzere Verzögerung zulässig wäre, erscheint als fraglich.

²⁷³ STRAUB, Baubewilligung, S. 100. HÄBERLE (Zeit), S. 84 Anm. 122, führt übrigens selber an, die Vorwirkung «dann doch» gescheiterter Gesetzesvorlagen sei problematisch. Auch die Aussage von KLOEPFER (Künftige Normen), S. 663, eine echte Voranwendung werde regelmäßig nur dann möglich sein, wenn die erwartete Norm voraussichtlich für den Voranwendungszeitraum gelten wollte, d. h. sich eine entsprechende Rückwirkung beilegen werde, offenbart die Brüchigkeit dieser Lehre, denn was geschieht, wenn die ganze Novelle scheitert? Die Gefahr von Verwaltungsentscheidungen, welche jene des Gesetzgebers präjudizieren und diesen einengen, ist nicht von der Hand zu weisen. DÜRIG spricht schlicht und einfach von «Erpressung» des Parlamentes (Tradition, S. 43).

²⁷⁴ Vgl. Art. 27 und 36 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 mit den dazugehörigen kantonalen Einführungsverordnungen; Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. September 1975, §§ 120, 121, 122, 342–346; Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Art. 56; Baugesetz des Kantons Luzern vom 15. September 1970, § 18; Baugesetz des Kantons Freiburg vom 15. Mai 1962, Art. 56; Baugesetz des Kantons Solothurn vom 3. Dezember 1978, § 23, 137; Baugesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 15. Juni 1967, § 7/8; Baugesetz des Kantons Schaffhausen vom 9. November 1964, Art. 8, 10, 15; Baugesetz des Kantons Appenzell I. Rh. vom 28. April 1963, Art. 10; Baugesetz des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972,

negative Vorwirkung bezeichnet werden²⁷⁵, sind nur dann zulässig, wenn sie im *geltenden* Recht vorgesehen sind²⁷⁶. Es handelt sich hierbei nicht um eine (unzulässige) Vorwirkung. Die Wirkungen solcher Maßnahmen resultieren allein aus dem geltenden Recht; das gesetzgeberische Projekt ist lediglich *auslösendes Moment* für den Eintritt dieser Wirkungen.

4.1.4. Nachwirkung (Weiterwirkung)

Altes Recht wird mit seiner Aufhebung nicht einfach unanwendbar; dies folgt unmittelbar aus dem Hauptsatz des intertemporalen Rechts, wonach Rechtssätze für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte wirken. Daher findet das alte Recht im Sinne einer Nachwirkung auf abgeschlossene Sachverhalte bei späterer Beurteilung noch Anwendung, sofern die intertemporalrechtlichen Bestimmungen des neuen Rechts nicht ausdrücklich etwas anderes festsetzen²⁷⁷.

4.1.4.1. Milderes Recht (lex mitior)

Ist das neue Recht für den Betroffenen milder als das alte, so findet nach der Praxis als Ausnahme von der Nachwirkung (beziehungsweise der Nicht-Rückwirkung) nach dem Grundsatz der *lex mitior* dennoch das neue Recht Anwendung, sofern der Gesetzgeber nicht etwas anderes anordnet²⁷⁸. So muß beispielsweise eine gesetzwidrig erstellte Baute nicht mehr abgerissen werden, sofern sie nach dem inzwischen erfolgten Inkrafttreten von neuem Recht rechtmäßig geworden ist²⁷⁹. Die bundesgerichtliche Praxis tendiert dahin, die Anwendung der *lex mitior* nur im Ausnahmefall zuzulassen²⁸⁰.

Art. 105–108; Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden vom 20. Mai 1973, Art. 54; Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, § 127; Baugesetz des Kantons Thurgau vom 28. April 1977, § 34. Weitere Hinweise bei STRAUB, Baubewilligung, S. 101 ff.; THOMMEN, Vorwirkung, S. 66 ff.; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, S. 52.

²⁷⁵ Statt vieler KNAPP, Précis, S. 77; BGE 103 Ia 470.

²⁷⁶ Vgl. GRISEL, Application, S. 250.

²⁷⁷ BGE 104 Ib 304 mit Hinweisen; BGE 102 Ib 338, 105 V 145/46; BGer., unveröff. Entsch. vom 4. Juni 1980 i.S. Gattiker, S. 7. Vgl. auch Art. 38 Abs. 4 des Bundesbeschlusses über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung vom 8. Okt. 1976, wo festgehalten ist, daß die aufgehobenen Bestimmungen des Arbeitslosenversicherungsgesetzes weiterhin auf Tatsachen anwendbar sind, die vor dem Inkrafttreten dieses Beschlusses eingetreten sind.

²⁷⁸ BGE 102 Ib 69 f., 97 I 924; vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB.

²⁷⁹ BGE 102 Ib 69; vgl. auch BGE 104 Ib 89 f. und 97 I 924.

²⁸⁰ Vgl. BGE 102 Ib 338.

4.1.4.2. Keine Anwendung der lex mitior bei Zeitgesetzen

Der Grundsatz der lex mitior ist nicht anwendbar bei Zeitgesetzen. Hier ist das alte strengere, zur Zeit der Beurteilung nicht mehr in Kraft stehende Recht anzuwenden²⁸¹. Als Zeit- oder Maßnahmegesetze gelten Erlasse, die ausdrücklich oder nach ihrer Funktion nur für eine bestimmte Zeit in Kraft stehen sollen²⁸². Meistens handelt es sich bei Zeit- oder Maßnahmegesetzen um notrechtsähnliche Erlasse, die in Abweichung vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren schlagartig in Kraft gesetzt werden²⁸³. Die Rechtfertigung zur Abweichung von der lex mitior bei solchen Erlassen ergibt sich vor allem aus Art. 4 BV: Infolge der meist raschen Außerkraftsetzung und der zeitlich sehr unterschiedlichen Beurteilung von Widerhandlungen entstünden von reinen Zufälligkeiten abhängende Ungleichbehandlungen.

In Abweichung von der allgemeinen strafrechtlichen Regel²⁸⁴ gilt der Grundsatz der lex mitior auch nicht bei Zeitgesetzen, welche *verwaltungsstrafrechtliche* Sanktionen enthalten. Widerhandlungen, die während der Geltungsdauer des fraglichen Erlasses begangen wurden, sind auch dann zu ahnden, wenn dieser zur Zeit der Beurteilung nicht mehr in Kraft steht²⁸⁵.

4.1.4.3. Bemerkungen zur Praxis bei der lex mitior

Die Praxis des Bundesgerichtes zur lex mitior sollte auch außerhalb der Zeitgesetze eher noch verschärft als gelockert werden. Wird das mildere Recht auch auf die zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalte angewendet, so kann dies leicht

²⁸¹ BGer., unveröff. Entsch. vom 12. Dez. 1980 i.S. Sorbis AG, S. 7, ebenso Entsch. vom 19. Dez. 1975 i.S. Hagen; BGE 105 IV 2 f., 102 IV 200 ff.; vgl. auch BGE 102 Ib 336 ff.

²⁸² BGer., unveröff. Entsch. vom 12. Dez. 1980 i.S. Sorbis AG, S. 7. Als Zeitgesetze hat das Bundesgericht qualifiziert: Bundesratsbeschluß vom 26. Juni 1972 betreffend Verbot der Anlage ausländischer Gelder in inländischen Grundstücken; Bundesbeschluss über die Preisüberwachung vom 19. Dez. 1975 und VO des Bundesrates vom 31. März 1976 über die Bekanntgabe von Detailpreisen. Zur allgemeinen rechtsstaatlichen Problematik von Zeit- oder Maßnahmegesetzen: IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, S. 38 mit Hinweisen.

²⁸³ Bundesratsbeschluß vom 26. Juni 1972 betreffend Verbot der Anlage ausländischer Gelder in inländischen Grundstücken.

²⁸⁴ Art. 2 Abs. 2 StGB, vgl. BGE 102 Ib 338.

²⁸⁵ BGE 105 IV 2 ff., 102 IV 202.

fatale Konsequenzen in bezug auf Rechtsgleichheit²⁸⁶ und Gesetzmäßigkeit²⁸⁷ haben. Die *lex mitior* sollte daher nur im Ausnahmefall, nur unter den gleichen Voraussetzungen wie die Rückwirkung²⁸⁸ und lediglich auf abgeschlossene Sachverhalte angewendet werden – abgesehen vom seltenen Fall, wo die Verweigerung der Anwendung der *lex mitior* absurde tatsächliche Konsequenzen hätte²⁸⁹. Auch bei deren Anwendung auf abgeschlossene Sachverhalte ergeben sich Probleme, indem es leicht zu Verletzungen des Gleichheitssatzes kommt. Auch in diesem Fall sollte daher bei der Anwendung der *lex mitior* große Zurückhaltung geübt werden²⁹⁰. Jede Abweichung von der (richtigen) Regel der Nachwirkung bedeutet stets auch eine Abweichung vom Hauptsatz des intertemporalen Rechts.

Wird die Anwendung der *lex mitior* drastisch beschränkt, so würde zugleich die problematische Konstruktion des «Zeitgesetzes» entbehrlich. Die sauberste Lösung bringt auch hier die am Gleichheitssatz orientierte generell-abstrakte Regelung durch den formellen Gesetzgeber. Dieser hat es in der Hand, die Nachwirkung älteren, strengerer Rechts mittels Festsetzung einer angemessenen Frist in erträglichen Grenzen zu halten. Mit einer solchen administrativen «Verfolgungsverjährungsfrist» können übermäßige und damit unbillige Nachwirkungen begrenzt werden. Weniger Bedenken für eine weitergehende Anwendung der *lex mitior* ergeben sich bei straf- und strafähnlichen Gesetzen²⁹¹.

4.1.5. Besondere Vertrauenslagen als Schranke der Anwendung neuen Rechts

4.1.5.1. Wohlerworbene Rechte und öffentlichrechtliche Verträge

Die wohlerworbenen Rechte gehören zu den in Lehre und Praxis umstrittensten Erscheinungen der neueren Verwaltungsrechtsdogmatik; zugleich spielen sie bei intertemporalrechtli-

²⁸⁶ BGE 104 Ib 304 ff.: Dieser Entscheid führt bei der herrschenden Anknüpfung bei mehrgliedrigen Sachverhalten dazu, daß jemand, der (gesetzeswidrig) keine Bewilligung einholt, besser fährt als der korrekt vorgehende Bauwillige.

²⁸⁷ Vgl. BGE 102 Ib 338; demgegenüber BGE 104 Ib 90.

²⁸⁸ So richtig BGE 102 Ib 338 f.

²⁸⁹ BGE 102 Ib 69.

²⁹⁰ Vgl. BGE 102 Ib 338 f.

²⁹¹ Vgl. BGE 104 Ib 90 (Warnungsentzug).

chen Problemen eine wichtige Rolle. Die Praxis des Bundesgerichtes zu den wohlerworbenen Rechten ist unübersichtlich und teilweise schwankend; beinahe jeder neue Entscheid findet in der Lehre geteilte Aufnahme. Diese ihrerseits hat darüber innerhalb der letzten Jahre eine grundsätzliche Kontroverse geführt, deren Auswirkungen und Ende noch nicht richtig abzusehen sind²⁹². Im folgenden wird die Praxis zu den wohlerworbenen Rechten nicht erneut gesamthaft dargestellt²⁹³. Vielmehr soll lediglich eine kurze Übersicht über die dogmatische Konstruktion der wohlerworbenen Rechte gegeben werden. Dann sollen die neuesten höchstrichterlichen Entscheide dargestellt werden, um den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung festzustellen und Tendenzen zu erkennen.

Die klassische Dogmatik des intertemporalen Privatrechts wollte eine bestimmte Kategorie von Rechtspositionen²⁹⁴ in ihrem Bestand absolut sichern und damit auch vor Eingriffen durch den Gesetzgeber schützen. Zu diesem Zwecke schuf man die sogenannten wohlerworbenen Rechte²⁹⁵. Dieser Begriff wurde dann von der Verwaltungsrechtslehre übernommen. Um den Schutz der als «wohlerworben» verstandenen Rechtspositionen möglichst perfekt zu gestalten, ließ man ihnen den Schutz der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie angedeihen. Das wohlerworbene Recht kann somit als durch die Eigentumsgarantie geschützter Anspruch des Privaten auf den Bestand einer ihm vom Staat eingeräumten Rechtsposition definiert werden²⁹⁶. Der mit der Unterstellung der betreffenden Rechtspositionen unter die Eigentumsgarantie beabsichtigte absolute Schutz war zur Zeit des klassischen Liberalismus mit dem damals noch ungebrochenen absoluten Eigentumsbegriff tatsächlich möglich. Auch heute noch setzen die Befürworter der wohlerworbenen Rechte offensichtlich sehr viel mehr Hoffnungen auf die Schutzfunktion der Eigentumsgarantie als auf

²⁹² Dazu SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht, S. 337 ff.; KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 339 ff.; KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 65 ff.; RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 1 ff.; DUBACH, Wasserrecht; SAMELI, Treu und Glauben, S. 354 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, Syst. Teil, S. 182 ff.

²⁹³ Dazu HUBER, Schutz, S. 457 ff.; KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 65 ff., 89 ff.

²⁹⁴ Um – analog KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 343 – einen möglichst neutralen Ausdruck zu verwenden.

²⁹⁵ Siehe Art. 1 Abs. 2 ZGB; BROGGINI, Privatrecht, S. 437 f., 368; AFFOLTER, Geschichte, S. 572 ff.

²⁹⁶ Vgl. statt vieler SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht, S. 338.

jene des Vertrauensgrundsatzes, obwohl erstere heute in mannigfacher Beziehung eingeschränkt werden kann²⁹⁷.

Es lassen sich im wesentlichen vier Hauptgruppen wohlerworbener Rechte unterscheiden: Zur ersten, die man als die «historische» bezeichnen kann, gehören jene Rechte, die auf alten Titeln beruhen. Es sind sozusagen Zeugen unbewältigter juristischer Vergangenheit, indem man sich bei der Schaffung neuen Rechts scheute, alte, subjektive Rechtspositionen abzuschaffen. Im wesentlichen rühren diese vorbestandenen Rechte von einer veränderten Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht her: Durch eine weitere Umschreibung des Umfanges des öffentlichen Rechts mußten jene privaten Rechte, die sich wegen ihres besonderen Charakters, aus politischen Gründen oder wegen unzureichender Übergangsbestimmungen nicht richtig ins öffentliche Recht einfügen ließen, dort als besondere Kategorie angesiedelt werden. Sie erhielten die Bezeichnung «wohlerworbene Rechte» und stehen seither sozusagen als erratische Blöcke im öffentlichen Recht. Zu dieser Hauptkategorie der «historischen» wohlerworbenen Rechte gehören die ehehaften Tavernenrechte, die altrechtlichen Wassernutzungsrechte, ferner alte Fischereirechte (Fischenzen) sowie alte Weidnutzungsrechte²⁹⁸. Diese wohlerworbenen Rechte sind von der Rechtsprechung konsequent geschützt worden²⁹⁹.

Die zweite, wichtigere Hauptkategorie der wohlerworbenen Rechte betrifft Rechtspositionen, bei deren Begründung ein mehr oder weniger starkes vertragliches Element im Spiel ist. Als wichtigste sind hier die Wasserrechtskonzessionen zu nennen, sodann die Eisenbahnkonzessionen und weitere Konzessionsverhältnisse³⁰⁰. Auch die aus (reinen) öffentlichrechtlichen Verträgen abgeleiteten Rechtspositionen werden zuweilen

²⁹⁷ Vgl. Art. 22^{ter} BV; KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 355.

²⁹⁸ Dazu RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 2f.; KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 65/66, je mit weiteren Hinweisen. – Ob es heute noch feudale *Kirchenstuhlrechte* und *Erbbegräbnisse* in der Form von wohlerworbenen Rechten gibt, müßte näher abgeklärt werden (vgl. dazu KURT SPÖRRI, Die Rechtsverhältnisse an Kirchenstühlen in der zürcherischen reformierten Landeskirche in ihrer historischen Entwicklung, Zürich 1932, insbesondere S. 184ff.; FLEINER, Institutionen, S. 365; SCHULTHEISS, wohlerworbene Rechte, S. 86).

²⁹⁹ RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 2f.; KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 66, 71 je mit Hinweisen auf die Praxis.

³⁰⁰ Beispielsweise die *Bergbaukonzession*.

als wohlerworbene bezeichnet³⁰¹. Diese vertraglichen wohlerworbenen Rechte sind vom Bundesgericht in ständiger Praxis geschützt worden. Es wurde dabei im wesentlichen damit argumentiert, der Konzessionär müsse in seinem Vertrauen, das ihn zur Vornahme großer Investitionen bewegt habe, geschützt werden; er dürfe sich daher darauf verlassen, daß der Staat sich an die vereinbarten oder gesetzlich normierten Bedingungen halte und nicht einseitig davon abweiche³⁰². Dieser Aussage hat das Bundesgericht in einem neuesten Leitentscheid im Fall einer zwar erteilten, jedoch noch nicht ausgenützten Wasserrechtskonzession präzisiert³⁰³: Es ist zu Recht davon ausgegangen, daß in der Zwischenzeit neu in Kraft getretene Gesetze, welche die Ausübung der erteilten Konzession beschränkten³⁰⁴, grundsätzlich auf das Konzessionsverhältnis einwirken. Maßnahmen, die wohlerworbene Rechte *tangieren*, seien somit zulässig, um so mehr, als der Konzessionserteilung die Klausel beigefügt worden war, die Bestimmungen bestehender und *künftiger* Gesetze des Bundes und des Kantons blieben vorbehalten³⁰⁵. Jedoch dürften – so das Bundesgericht weiter – die neuen strengeren Gesetze nur insoweit Anwendung finden, als sie nicht in die *Substanz* oder den Wesensgehalt des durch die Konzessionserteilung begründeten wohlerworbenen Rechts eingreifen³⁰⁶. Im Ergebnis führt dieser Entscheid dazu, daß das neu in Kraft getretene Recht in bezug auf erteilte, aber nicht ausgenutzte Konzessionen nur teilweise angewendet werden kann und damit relativiert wird; der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz ist damit verletzt und das öffentliche Interesse erheblich zurückgedrängt worden. Das Bundesgericht hat hier einen eigentlichen Kompromiß zwischen der absoluten, am Eigentumsbegriff orientierten Konzeption der wohlerworbenen Rechte und dem vom Gesetzgeber neu formulierten öffentlichen Interesse geschlossen. Vom Vertrauensgrundsatz her gesehen, fragt es sich jedoch, ob das Gericht in Anbetracht der außerordentlich langen Dauer der Nichtausnutzung der erteilten Konzession³⁰⁷ sowie des ausdrücklichen *Vorbehaltes künf-*

³⁰¹ BGE 103 Ia 35 mit Hinweisen.

³⁰² Vgl. etwa BGE 96 I 288, 95 I 250, 88 I 181, 80 I 246, 57 I 329.

³⁰³ BGE 107 Ib 145 ff. = ZBl 82/1981, S. 537 ff. Fall Kraftwerke «Ilanz».

³⁰⁴ Fischereigesetz vom 14. Dezember 1973, Natur- und Heimatschutzgesetz vom 1. Juni 1966. Beide Gesetze enthalten *kein Übergangsrecht*.

³⁰⁵ BGE 107 Ib 145 = ZBl 82/1981, S. 538.

³⁰⁶ BGE 107 Ib 145 ff.

³⁰⁷ Ungefähr 15 Jahre.

tiger Gesetzgebung nicht zuviel Gewicht auf die «wohlerworbenen Rechte» der Konzessionärin gelegt hat. Denn die Hauptstütze der früheren Argumentationen zum Schutz der Wasserrechtskonzessionäre, nämlich die Vornahme großer Investitionen im Vertrauen auf die Konzession, fiel hier weg, weil noch kaum solche getätigt worden waren. Man fragt sich auch, ob es richtig ist, daß eine Wasserrechtskonzessionärin gegenüber der vom öffentlichen Interesse gebotenen Weiterentwicklung der Gesetzgebung während einer so langen Dauer der Nichtausnutzung der Konzession sozusagen «immun» sein soll, wie das im Ergebnis wenigstens zum Teil der Fall ist.

Die Behandlung der Kategorie der Konzessionen mit Hilfe von Treu und Glauben wäre an sich nicht besonders schwierig; der Begriff des «wohlerworbenen Rechts» verbaut jedoch den Blick auf die wahre Rechtsnatur derselben: Es ist nichts anderes als eine *vertragliche Rechtsposition*, welche die Konzessionärin aufgrund übereinstimmender gegenseitiger Willensäußerung erworben hat³⁰⁸. Solche Positionen sind nach dem aus Treu und Glauben folgenden Satz «pacta sunt servanda» zu wahren³⁰⁹. Im Konfliktfall ist jedoch das *ganze* Konzessionsverhältnis nach Treu und Glauben auszulegen³¹⁰; es ist mit andern Worten eine Interessenabwägung auf dem Boden des mutmaßlichen Parteiwillens vorzunehmen³¹¹. Daher ist auch der Konzedent (Kanton) nach Maßgabe von Treu und Glauben zu schützen, wenn infolge Geldentwertung ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht, und die Konzessionsabgabe ist entgegen einer kürzlich vertretenen Auffassung entsprechend anzupassen³¹². Die Anpassung sollte im öffentlichen

³⁰⁸ RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 4, 14, 22.

³⁰⁹ RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 18/19; KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 71 Anm. 55a.

³¹⁰ BGE 96 I 288, 93 I 511, 93 I 231.

³¹¹ BGE 96 I 288.

³¹² Klar abzulehnen ist daher die Meinung von DUBACH, Wasserrecht, S. 45 (sowie S. 136/37), der eine Anpassung an veränderte Geldwertverhältnisse bei den notorisch sehr langfristigen Wasserrechtskonzessionen überhaupt nicht zulassen will. DUBACH argumentiert einerseits zu stark vom Zivilrecht her, wo Vertragsanpassungen aus falsch verstandener Vertrags-«Treue» (und wohl auch aus Bequemlichkeit) fast nicht möglich sind (BGE 104 II 317, 62 II 45; weitere Literatur- und Praxishinweise bei ROLF WEBER, Das Geld in einem sich wandelnden Vermögensrecht, ZSR 100 I, 1981, S. 182; DERSELBE in Berner Kommentar zu Art. 68–90 OR, Bern 1982, N. 271 ff. zu Art. 84 ff.; GRÄTZER, clausula, S. 31 ff., sowie RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 22). Andererseits weicht DUBACH von der (zivilrechtlichen) Gleichordnungsmaxime der Vertragspartner doch wieder ab, wenn er ausführt,

Recht etwas leichter möglich sein, als es der herrschenden zivilgerichtlichen Praxis zur *clausula rebus sic stantibus* entspricht³¹³. Genau genommen hat die Konzession indessen Doppelcharakter, indem sie sich aus einem Vertragsteil und einem Verfügungsteil zusammensetzt³¹⁴. Ersterer ist nach seiner Substanz unabänderlich; der Verfügungsteil hingegen kann nach Maßgabe der (variablen) öffentlichen Interessen vom Staat einseitig, jedoch ebenfalls nur im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes abgeändert werden³¹⁵.

Die frühere Bundesgerichtspraxis hat ferner allgemein eine dritte Kategorie geschaffen und die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus dem Dienstverhältnis zum Staat als wohlerworbene Rechte anerkannt³¹⁶. Von dieser Konzeption ist dann aber das Gericht das erste Mal in den dreißiger

der Staat gerate «kaum je in eine Notlage», und er profitiere ja (jedoch in ganz anderen Sachbereichen!) auch von der Geldentwertung. Das von DUBACH verwendete, m. E. verfehlte Kriterium der «Notlage» des einen Konzessionspartners findet sich übrigens in dem von ihm zitierten neuesten BGE 104 II 314 ff. nicht mehr. – Gerade die *Vertragstreue* verlangt eine Anpassung der Konzessionsabgaben bei stark veränderten Geldwertverhältnissen, denn nach Treu und Glauben muß der *Wesenskern* der Übereinkunft gewahrt werden und eine Anpassung vorgenommen werden, sofern der veränderte Geldwert diesen nicht mehr zum Ausdruck bringt (vgl. auch BGE 96 I 288). Weil der Bundesgesetzgeber anlässlich der letzten Revision des Wasserrechtsgesetzes versagt und keine Anpassungsmöglichkeit vorgesehen hat (vgl. Art. 49–51 Wasserrechtsgesetz, BBl 1975 II 2150 f.), so muß in Nachachtung von Treu und Glauben der *Richter* für ein einigermaßen erträgliches Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung sorgen, das durch die Geldentwertung massiv gestört worden ist (BGE 103 Ia 37 mit Literaturhinweis).

³¹³ So richtig (der von DUBACH nicht zitierte) BGE 67 I 301 ff. (sowie VPB 43/1979 III Nr. 79), wo gesagt wird, nach bundesgerichtlicher Praxis erlaube die «*clausula rebus sic stantibus*» bei öffentlich-rechtlichen Verträgen *in einem gegenüber dem Privatrecht erweiterten Umfang* ein Zurückkommen auf rechtsgeschäftliche Verpflichtungen.

³¹⁴ Ähnlich schon IMBODEN, Vertrag, S. 173a f.; unklar das Bundesgericht, das vom Verfügungscharakter ausgeht, dann aber doch (zu Recht) das vertragliche Element stark betont (BGE 96 I 288 mit Hinweisen). Wenn FLEINER-GERSTER feststellt, die Vertragskonstruktion habe sich bisher nicht durchsetzen können (Grundzüge, S. 171), so gilt dies nur äußerlich, indem das Bundesgericht die Konsequenzen aus seinem Verhalten, den Vertragsteil als solchen zu behandeln, verbal noch nicht gezogen hat. Die praktischen Ergebnisse würden nicht anders ausfallen, wenn der Doppelcharakter der Konzession festgestellt würde.

³¹⁵ Vgl. BGE 102 Ib 298; 98 Ib 250 f.

³¹⁶ Vgl. dazu WALTHER BURCKHARDT, Die wohlerworbenen Rechte des Beamten, ZBJV 64/1928, S. 57 ff. mit Urteilszitaten.

Jahren teilweise abgegangen³¹⁷. Es hat dem Gesetzgeber im Prinzip freie Hand in der Änderung von Besoldungen und Pensionen gegeben und neben dem Willkürverbot nur dort eine Schranke errichtet, wo eine entsprechende Zusicherung an den Beamten in *besonders qualifizierter Form* vorlag³¹⁸. An diesem Grundsatz hat das Gericht festgehalten und betont, das Dienstverhältnis des Beamten werde, auch was seine vermögensrechtliche Seite anbelange, durch die jeweilige Gesetzgebung beherrscht³¹⁹. Statt der Eigentumsgarantie wird daher der Grundsatz von Treu und Glauben als maßgebende Norm zur Lösung solcher Konflikte angewendet³²⁰. Das Bundesgericht hat zu dieser Herauslösung aus der Eigentumsgarantie zutreffend bemerkt, die als wohlerworbenes Recht umschriebene Rechtsposition sei nicht an sich gegen jede nachteilige Veränderung geschützt, sondern nur soweit, als ihr besondere Verfassungsgarantien wie die Eigentumsgarantie, die Rechtsgleichheit oder der Grundsatz von Treu und Glauben diesen Schutz gewähren würden³²¹. Bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten stehe heute nicht mehr die Eigentumsgarantie, sondern der Grundsatz von Treu und Glauben im Vordergrund³²². An diesen Grundsätzen hat sich das Bundesgericht auch in neuester Zeit orientiert und betont, die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten begründeten im allgemeinen keine wohlerworbenen Rechte³²³. Nur wenn das Gesetz die entsprechenden Beziehungen ein für alle Mal festlegt und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt oder wenn bestimmte, mit einem einzelnen Anstellungsverhältnis verbundene Zusicherungen abgegeben werden, nimmt das Gericht heute noch wohlerworbene Rechte an³²⁴. Und weiter: Die wohlerworbenen Rechte stehen bezüglich ihres Sinngehaltes in einem engen Verhältnis zur Verfassungsgarantie von Treu und Glauben, die dazu bestimmt ist, den «Schutz berechtigten Vertrauens des Bürgers in das Verhalten der staatlichen Behör-

³¹⁷ HUBER, Schutz, S. 457 ff.; KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 67 ff., 89 ff.

³¹⁸ BGE 67 I 177, 70 I 10.

³¹⁹ BGE 83 I 69, 87 I 318, 93 I 665.

³²⁰ BGE 101 Ia 446.

³²¹ BGer., unveröff. Entsch. vom 21. September 1976 i. S. Popp; vgl. auch BGE 106 Ia 355 ff.

³²² BGE 101 Ia 446.

³²³ BGE 106 Ia 166 f., 107 Ia 194 f.; BGer., unveröff. Entscheide vom 25. September 1979 i. S. Pannatier, S. 23 und vom 6. Juli 1977 i. S. Polizeibeamten-Verband Basel-Land, S. 9 f.; vgl. auch BGE 106 Ia 355 ff.

³²⁴ BGE 106 Ia 166, 107 Ia 194 f.

den zu gewährleisten»³²⁵. Diesem Grundsatz entsprechend, hat das Bundesgericht in einer wichtigen Entscheidung, wo es um die Herabsetzung einer Besoldung ging, den Grundsatz von Treu und Glauben konkretisiert³²⁶: Ein Rechtspraktikant war durch Verfügung für ein Jahr unter Festlegung einer bestimmten Besoldung zum Praktikum als Fürsprecher und Notar zugelassen worden. Die betreffende Verfügung enthielt die folgende Klausel: «Änderungen der Gehaltsordnung bleiben jederzeit ausdrücklich vorbehalten.» Kurze Zeit nachdem der Betreffende das Praktikum angetreten hatte, änderte der Regierungsrat die Besoldungsverordnung im Sinne einer Herabsetzung der Entschädigung der Rechtspraktikanten um ungefähr dreißig Prozent ab. In der Übergangsordnung wurde festgelegt, daß die neue Regelung für alle Praktikanten gelte, welche ab einem bestimmten Stichtag zum Praktikum zugelassen wurden. Der Stichtag wurde so bestimmt, daß er alle Praktikanten erfaßte, die eine Zulassungsverfügung mit der erwähnten Klausel (welche vorher nicht statuiert wurde) erhalten hatten; das traf auch für den beschwerdeführenden Praktikanten zu, womit im Ergebnis für ihn die Besoldungsherabsetzung sofort, einen Monat nach Praktikumsbeginn, in Kraft trat. Mit Recht hob das Bundesgericht zunächst hervor, eine Rückwirkung liege beim Vorgehen des Regierungsrates nicht vor, denn die Besoldungskürzung gelte lediglich für die Zeit seit Inkrafttreten. Auch eine Zusicherung einer bestimmten Besoldung liege, namentlich in Anbetracht der Vorbehaltsklausel, nicht vor³²⁷. Jedoch wäre eine so «drastische und sofort wirksame Herabsetzung der Entschädigung nur vertretbar gewesen, wenn sie ... den betroffenen Praktikanten so frühzeitig und bestimmt in Aussicht gestellt worden wäre, daß sie sich hätten entscheiden können, ob sie ihr Praktikum dennoch im Kanton ... absolvieren wollten oder nicht. Ein rechtzeitiger und klarer Hinweis auf das Ausmaß und die Inkraftsetzung der geplanten Maßnahmen ist indessen im vorliegenden Fall nicht gegeben worden.» Und das Bundesgericht weiter: Der Beschwerdeführer habe, was aufgrund der Zulassungsverfügung verständlich war, längerfristige Dispositionen getroffen, die nicht leicht und vor allem nicht sofort rückgängig zu machen seien. Die Vorbehaltsklausel

³²⁵ BGE 106 Ia 167 f.

³²⁶ BGer. 15. Dezember 1976 i. S. Koch = ZBl 78/1977, S. 267 ff.

³²⁷ BGer. 15. Dezember 1976 i. S. Koch, nicht veröff. Erw. 3 des in ZBl 78/1977, S. 267 ff. publ. Entscheides.

sel sei so allgemein und unbestimmt gehalten, daß der Beschwerdeführer sie auch bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit durchaus als stehenden Vorbehalt, das heißt als bloße Formel, verstehen durfte. Aufgrund der Klausel wären Lohnkürzungen in der Höhe von allenfalls zehn Prozent haltbar gewesen. Zu einer Gehaltsherabsetzung von dreißig Prozent berechtige jene jedoch nicht, und eine solche mußte mangels klarer und rechtzeitiger Vorankündigung nicht erwartet werden³²⁸. Das Bundesgericht hob die Übergangsbestimmung mit der betreffenden Stichtagsregelung auf.

Dieser Entscheid ist deshalb bemerkenswert, weil er die wohlerworbenen Rechte völlig beiseite läßt und sich die Argumentation des Gerichts allein auf das Vertrauensprinzip stützt – wenn auch dieser Grundsatz nicht ausdrücklich erwähnt wird. Ferner deckt der Entscheid Anknüpfungsprobleme bei intertemporalrechtlichen Lagen sehr klar auf. Nur nebenbei sei bemerkt, daß das Bundesgericht auch hier an seinem engen Rückwirkungsbegriff festhält. Es hat jedoch mit den relativ strengen Anforderungen an die Übergangsregelung das durch den engen Rückwirkungsbegriff bedingte Rechtsschutzbedürfnis mit dem Beizug des Vertrauensgrundsatzes in subtiler Weise ausgeglichen. Es fragt sich einzig, ob nicht vom Bundesgericht die Vorbehaltsklausel allzu stark heruntergespielt worden ist. Der Entscheid zeigt auch, wie die sich widerstreitenden Interessen bei staatlichen Besoldungsmaßnahmen ohne Verwendung der auf der einen Seite zu engen und zu starren, auf der andern zu weiten Konstruktion der wohlerworbenen Rechte in befriedigender Art und Weise ausgeglichen werden können. Das Bundesgericht hat dies in einem weiteren Entscheid getan: Ein Kanton setzte für Polizeibeamte einen Abbau einer Besoldungszulage (Wohninkonvenienzenentschädigung) fest. Das Bundesgericht stellte zunächst fest, es sei keine Zusicherung auf Bestand einer bestimmten Zulage gegeben worden. Weil hier die Gehaltsansprüche der Beamten «nicht in hohem Maße» und nicht «von einem Tag auf den andern» gekürzt worden seien, die Kürzung nur einen geringen Teil der gesamten Besoldung ausmache und weil zwischen Bekanntgabe der Maßnahme und Inkraftsetzung eine genügende Übergangszeit eingeräumt wurde, liege kein Verstoß gegen Art. 4 BV vor³²⁹.

³²⁸ BGer. 15. Dezember 1976 i.S. Koch = ZBl 78/1977, S. 268 ff.; vgl. auch BGE 104 Ib 157 ff.

³²⁹ BGer., unveröff. Entscheid vom 6. Juli 1977 i.S. Polizeibeamten-Verband Basel-Land, S. 11/12.

Die wohlerworbenen Rechte haben im Grunde genommen im Bereich des Beamtenrechts nach heutiger Praxis keine richtige Funktion mehr; sie sind durch den Vertrauensgrundsatz ersetzt worden. Dort, wo das Bundesgericht heute noch – wenigstens dem Namen nach – von wohlerworbenen Rechten ausgeht, nämlich bei klaren und unmißverständlichen Zusicherungen der Unabänderlichkeit von Ansprüchen durch Gesetzgeber oder Verwaltung³³⁰, läßt sich der gleiche Schutz der Betroffenen auch mittels Vertrauensgrundsatz, unter Weglassung der Eigentumsgarantie, herstellen: Der Staat wird schlicht und einfach an solche Zusicherungen gebunden, ohne daß der von der Eigentumsgarantie vorgesehene, hier aber paradoxe Umweg beschritten werden muß, zunächst nach dem öffentlichen Interesse und der gesetzlichen Grundlage der Einschränkung solcher Positionen zu suchen, und, falls diese Erfordernisse vorhanden sind, die Enteignungsentschädigung in der Höhe der auf diese Weise «scheinlegalen» Lohn- oder Pensionsherabsetzung festzusetzen³³¹. Im Beamtenrecht kann also ohne Preisgabe legitimer Rechtspositionen auf Begriff und Konstruktion der «wohlerworbenen Rechte» ganz verzichtet und stattdessen – wie im Kern bereits heute – das Vertrauensprinzip angewendet werden. Dieses erlaubt eine differenzierte Würdigung der jeweiligen Vertrauenslage, welche in der neuesten Rechtsprechung etwa insofern noch zu wünschen übrig läßt, als das Bundesgericht den Pensionsleistungen nicht einen besseren Schutz als den Besoldungsansprüchen gewähren will³³². Pensionsleistungen verlangen aber ihrer Natur nach einen stärkeren Dispositionsschutz als Besoldungsleistungen. Der Beamte steht einer Herabsetzung von Pensionsansprüchen praktisch wehrlos gegenüber, besonders wenn eine solche erst kurz vor oder gar nach dem Rentenfall beschlossen wird; er hat, anders als im Fall der Herabsetzung der Besoldung, keine Ausweichmöglichkeit etwa durch Wechsel des Arbeitsplatzes. Auch die Tatsache der eigenen Beiträge der Beamten muß in der Abwägung berücksichtigt werden, ebenfalls ein Element, das zu differenzierterer Betrachtungsweise Anlaß geben muß³³³.

Unter eine vierte Kategorie «wohlerworbener Rechte» hat das Bundesgericht eine Reihe von dogmatisch schwer einzuord-

³³⁰ Vgl. BGE 106 Ia 166 f., 107 Ia 195.

³³¹ Vgl. BGE 106 Ia 168.

³³² BGE 107 Ia 195 oben.

³³³ Gleicher Auffassung SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 100 f., sowie EICHENBERGER (zit. bei Schultheiss, a. a. O.).

nenden Rechtspositionen gebracht. Es handelt sich teils um Polizei-, teils um wirtschaftspolitische Bewilligungen, aufgrund derer die Empfänger gewisse Dispositionen getroffen hatten. Das Bundesgericht schützte in seiner früheren Praxis die betreffenden Privaten in der tatsächlichen Begründung stets nach Maßgabe des Grundsatzes von Treu und Glauben, anerkannte aber jeweils – mehr verbal – das Bestehen eines «wohlerworbenen Rechts», erworben aufgrund eines einseitigen *Einzelaktes*³³⁴. Im gleichen Sinne hat das Gericht erklärt, eine dem Gesetz gemäß erteilte Steuerbefreiung begründe ein wohlerworbenes Recht³³⁵. Es ist jedoch festzustellen, daß das Gericht in der neuen Praxis bei der Frage des Widerrufs von einseitigen Verfügungen nur noch mit der Rechtssicherheit und mit Treu und Glauben und andererseits mit dem Rückwirkungsverbot arbeitet³³⁶. Die Praxis bedient sich heute statt des «deus ex machina» des wohlerworbenen Rechts in viel freierer Weise des Vertrauensgrundsatzes; dies entspricht der in neuerer Zeit erfolgten breiteren Anerkennung desselben auch im öffentlichen Recht³³⁷.

Rückblickend kann man deshalb feststellen, daß die wohlerworbenen Rechte in vielen Bereichen, wo sie früher angewendet wurden, eine Surrogat-Funktion für den damals mangelhaft ausgebildeten Vertrauensschutz im öffentlichen Recht erfüllten³³⁸. Die Notwendigkeit, mit Hilfe der wohlerworbenen Rechte praktische Rechtsschutzbedürfnisse zu erfüllen, ist heute jedoch infolge der weiteren Anerkennung des Vertrauensprinzips in vielen Bereichen weggefallen. Dies zu Recht, denn deren am Eigentumsbegriff orientierte dogmatische Konstruktion hat sich für gewisse Probleme als zu eng, für andere als zu weit, insgesamt aber als zu starr erwiesen. Bezeichnenderweise spielen die wohlerworbenen Rechte allgemein und besonders diejenigen der Beamten in Deutschland, wo sie ursprünglich herkamen, heute keine Rolle mehr³³⁹.

³³⁴ BGE 83 I 317, 92 I 226; Näheres bei KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 69 f.

³³⁵ BGE 94 I 446.

³³⁶ Vgl. GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 164, 154 mit zahlreichen Praxishinweisen, KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 89 f., mit Hinweisen. Im gleichen Sinn neuestens VPB 1981, Nr. 41.

³³⁷ Vgl. etwa BGE 102 Ia 336, 107 Ia 195, 107 Ia 36.

³³⁸ Vgl. SCHULTHEISS, Wohlerworbene Rechte, S. 161.

³³⁹ BVerfGE 3, 58; 8, 1; 16, 94 (111); KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 341 f. mit Hinweisen; KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., Karlsruhe 1975, S. 218 f.

Was bleibt also übrig? Einerseits fristen die «historischen» wohlerworbenen Rechte nach wie vor ein mehr rechtsarchäologisches Dasein. Obwohl sie heute Privilegcharakter haben und mit Art. 4 BV schwerlich vereinbar sind³⁴⁰, ist ihre Aufhebung aus Pietätsgründen wohl nur auf dem von der Gesetzgebung vielfach vorgesehenen Weg der freiwilligen Übereinkunft³⁴¹ oder der (entschädigungspflichtigen) Enteignung möglich³⁴². Entschädigungslos aufhebbar müssen indessen die nicht mehr ausgeübten historischen Rechte sein, wie das in der Gesetzgebung oftmals statuiert wird³⁴³. Andererseits bleibt die wichtige Kategorie der vertraglichen Rechte³⁴⁴. Diese müssen umfassend geschützt werden, weil die Beteiligten mit dem abgeschlossenen Vertrag eine Geltungsvertrauen begründende Position erlangt haben, was im Satz «pacta sunt servanda» zum Ausdruck kommt³⁴⁵. Dabei stellt sich die Frage, ob es heute zu verantworten ist, die schützenswerten vertraglichen Rechte, insbesondere die Konzessionen, der «Wohlerworbenheit» und damit dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zu entziehen³⁴⁶. Das wohlerworbene Recht erfüllt zwar bei den vertraglichen Rechten – ähnlich wie bei den andern Kategorien – ebenfalls eine Surrogatfunktion. Obwohl die Einordnung der meisten vertraglichen Rechte, die heute noch als wohlerworbene angesehen werden, unter die Eigentumsgarantie sachlich nicht geboten ist, ja vielfach mehr als Fiktion erscheint, hat sie offenbar doch ihre Gründe: Diese liegen im heute in der Schweiz immer noch mangelhaft ausgebildeten allgemeinen Entschädi-

³⁴⁰ Vgl. auch die Aussage des gewiß unverdächtigen HERBERT KRÜGER: «Durch die heute weithin herrschende hybride Auffassung, subjektive Rechte seien für die Ewigkeit gebaut, darf [der Gesetzgeber] sich allerdings nicht beirren lassen» (Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966, S. 78).

³⁴¹ Vgl. etwa § 112 des Gesetzes über das Gastwirtschaftsgewerbe des Kantons Zürich vom 21. Mai 1939.

³⁴² Vgl. KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 92 Anm. 84. Bei den *ehehaften Tavernenrechten* wäre die einfachste und beste Lösung, die der Wirtschaftsfreiheit widersprechenden, überholten wirtschaftspolitischen *Bedürfnisklauseln aufzuheben*. Damit würden die «Ehehaften» automatisch ins geltende Recht übergeführt.

³⁴³ Vgl. § 113 Abs. 2 Gesetz über das Gastwirtschaftsgewerbe des Kantons Zürich vom 21. Mai 1939; § 70 Abs. 2 Gesetz über das Gastwirtschaftsgewerbe des Kantons Schwyz vom 1. März 1974.

³⁴⁴ Dazu eingehend RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 9 ff.

³⁴⁵ RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 18/19, KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 71 Anm. 55a.

³⁴⁶ Verneinend RHINOW, Vertragliche Rechte, S. 18.

gungsrecht³⁴⁷, das nach wie vor einseitig am Eigentumsbegriff orientiert ist³⁴⁸. Dies zeigt sich deutlich etwa bei der «Sonderopfertheorie», deren wahrer Geltungsgrund bei Art. 4 BV und nicht bei der Eigentumsgarantie zu suchen ist – eine Erkenntnis, die sich erst in allerneuester Zeit hat Bahn brechen können³⁴⁹. Als weiterer Grund kommt hinzu, daß das Bundesgericht in der Frage, ob der Vertrauensgrundsatz und damit auch der Satz «pacta sunt servanda» auch gegenüber dem *Gesetzgeber* ange-rufen werden könne, eine schwankende Haltung einnimmt³⁵⁰. Es ist daher in der Literatur befürchtet worden, die Rechtsstel-lung des Inhabers eines vertraglichen Rechts sei heute noch zu prekär, als daß auf den zusätzlichen Schutz durch die Eigen-tumsgarantie verzichtet werden könnte³⁵¹. Dieser Einwand ist ernst zu nehmen, solange das Bundesgericht nicht in einem Grundsatzentscheid klare Regeln für die Voraussetzungen des Eingriffs in öffentlichrechtliche Verträge durch Gesetzgeber oder Verwaltung und für die entsprechenden Entschädigungs-folgen festgelegt hat; bis heute mangelt es an einem solchen Leitentscheid³⁵². Dabei besteht in der Lehre über den *Grundsatz* der Schadenersatzpflicht für Vertragsverletzungen Einigkeit. Insbesondere wird zu Recht keine spezielle gesetzliche Grund-lage als Voraussetzung der Entschädigungspflicht verlangt³⁵³. Die Festlegung solcher Regeln dürfte kaum sehr große Pro-bleme aufgeben, kann doch im wesentlichen analog auf die differenzierten privatrechtlichen Regeln der Vertragsverletzun-

³⁴⁷ Dazu vorn S. 146 ff.

³⁴⁸ AUBERT, *Limites*, S. 8; vgl. auch GYGI, *Rechtsbeständigkeit*, S. 166.

³⁴⁹ Vgl. BGE 106 Ia 264, 105 Ia 339; anders noch BGE 102 Ia 247, mit Hinwei-sen. OTTO MAYER hat diese Erkenntnis schon im Jahre 1896 klar formuliert (vgl. *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., II. Bd., Leipzig 1896, S. 346 ff.

³⁵⁰ Klar *bejahend*: BGE 102 Ia 336, 104 Ib 216; unveröff. Entscheid vom 21. September 1976 i. S. Popp. Im Ergebnis ebenso BGer. 15. Dez. 1976 = ZBl 78/1977, S. 267 ff. *Verneinend*: BGE 106 Ia 259 mit Verweis auf den entgegengesetzten BGE 102 Ia 336! Vgl. aber im selben Entscheid 106 Ia folgende Seite 260! Kritisch dazu auch RHINOW, *Vertragliche Rechte*, S. 19, sowie DERSELBE, *Rechtsetzung*, S. 270 mit weiteren Hinweisen.

³⁵¹ RHINOW, *Vertragliche Rechte*, S. 19, vgl. auch S. 22.

³⁵² Ansätze finden sich in den wenig typischen Entscheiden BGE 67 I 301 ff., 93 I 506 ff.; 103 Ia 509; vgl. auch VPB 43/1979 III, Nr. 79. Ein solcher Leitent-scheid ist im Rahmen eines Staatshaftungsprozesses kaum zu erwarten, da Eingriffe in verwaltungsrechtliche Verträge in der Regel in Form der Verfügung ergehen (vgl. Art. 12 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bun-des vom 14. März 1958). Vgl. auch HUGUENIN, *Vertrag*, S. 497 f., 507.

³⁵³ Vgl. KNAPP, *Précis*, S. 149, 260; IMBODEN, *Vertrag*, S. 105a ff. mit zutreffen-der Kritik an BGE 49 I 572; GUENG, *Entschädigungspflicht*, S. 219.

gen abgestellt werden³⁵⁴. Bezüglich der *Voraussetzungen* des staatlichen Eingriffes in verwaltungsrechtliche Verträge empfiehlt es sich, sich nicht zu stark an die Grundsätze im Bereich der Eigentumsgarantie anzulehnen. Es existiert nämlich dort die recht wichtige Kategorie der «leichten» entschädigungslosen Eingriffsmöglichkeiten des Staates³⁵⁵. Nach dem Geltungsvertrauen und dem daraus fließenden Satz «pacta sunt servanda» muß aber *jede* Vertragsverletzung Entschädigung nach sich ziehen, sofern ein Schaden gegeben ist. Es zeigt sich hier also, daß die Überführung der vertraglichen «wohlerworbenen Rechte» in das Vertrauensprinzip sogar eine Verbesserung der Rechtsstellung des gutgläubigen Vertragspartners mit sich bringen kann. Das schwierigste Problem – das auch bei Zuhilfenahme der «wohlerworbenen Rechte» nicht gelöst ist – bildet die richtige Bewertung und Ausscheidung der vertraglichen, effektiv rechtsgeschäftlichen Teile in *vertragsähnlichen* und komplexen, zusammengesetzten «Verfügungen», beziehungsweise die Ausscheidung der verfügbarmäßigen Teile in verwaltungsrechtlichen Verträgen. Diese Differenzierung je nach Stärke des vertraglichen Elementes in öffentlichrechtlichen Akten³⁵⁶ ist für den Richter eine höchst subtile Aufgabe. Sie muß aber notwendigerweise vorgenommen werden, denn davon hängt es ab, in welcher Intensität der Vertrauensgrundsatz anzuwenden ist. Die «Entlassung» der vertraglichen Rechtspositionen aus dem Prokrustesbett der Eigentumsgarantie ist also unter voller Wahrung des Geltungsvertrauens der Bürger möglich, sofern die Praxis die entsprechenden flankierenden Maßnahmen trifft. Bis dahin wird die Bezeichnung der vertraglichen Rechte und ähnlicher Vertrauenspositionen als «wohlerworbene Rechte» im Sinne einer Übergangsregelung die Gemüter beruhigen helfen – nicht zuletzt wegen der suggestiven Kraft, welche dem Ausdruck immer noch innewohnt³⁵⁷.

Unabhängig von dieser Argumentation muß indessen mit Nachdruck auf die allgemeine Problematik aller vertraglichen

³⁵⁴ Vgl. BGE 105 Ia 211 ff. sowie 103 Ia 509, wo das Gericht in bezug auf Willensmängel Privatrecht anwendet.

³⁵⁵ Vgl. statt vieler IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung II, Nr. 123.

³⁵⁶ Dazu KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 93.

³⁵⁷ Vgl. KÄMPFER, Gesetzesbeständigkeit, S. 342. FRIEDRICH AFFOLTER kämpfte sein ganzes Leben lang gegen die Rechtsfigur des «wohlerworbenen Rechts» (vgl. seine «Geschichte», S. 626 ff.). Erst heute zeichnet sich allmählich ein Erfolg ab.

Rechte im öffentlichen Recht hingewiesen werden: Öffentlich-rechtliche Verträge, vor allem lang- und mittelfristige, behindern den Gang der Gesetzgebung oft schwerwiegend und können das öffentliche Interesse zurückdrängen. Sie leisten der Erstarrung der Rechtsordnung Vorschub und gefährden das Gesetzmäßigkeitsprinzip; ferner werden durch sie Privilegierungen begünstigt. Verträge stehen letztlich in unlösbarem Gegensatz zur zwingenden Natur des öffentlichen Rechts; es sollte daher von dieser Gestaltungsform nur in besonders begründeten und vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmesituationen Gebrauch gemacht werden³⁵⁸.

4.1.5.2. Besitzstandsgarantie

Ein weiterer intertemporalrechtlich bedeutsamer Vertrauensstatbestand ist die sogenannte Besitzstandsgarantie. Sie soll Verletzungen des Bestandesvertrauens vermeiden; dogmatisch folgt sie also aus dem Vertrauensgrundsatz und nicht aus der Eigentumsgarantie³⁵⁹. Die Besitzstandsgarantie hat bis heute vor allem im Bereich des Baurechts und des Sozialversicherungsrechts praktische Bedeutung erlangt. Sie bedeutet, daß eine unter der Geltung des alten Rechts erlangte Rechtsposition auch unter dem neuen Recht, das deren Begründung nicht mehr oder nicht mehr im bisherigen Umfang zuläßt, fortbestehen darf³⁶⁰. Grundsätzlich steht die Besitzstandsgarantie nur Inhabern *rechtmäßig* erlangter Rechtspositionen zu³⁶¹. So wird etwa aufgrund der Besitzstandsgarantie bei zonenplan- oder baulinienwidrig gewordenen Bauten eine Anpassung an das neue Recht nicht verlangt; in gewissem Umfange dürfen auf diese Art rechtswidrig gewordene Bauten entsprechend gesetzlicher Regelung im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung sogar

³⁵⁸ Ähnlich GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, S. 442 ff., sowie IMBODEN, Vertrag, S. 211a/212a. Letzterer m. E. aber zu großzügig, S. 213a Ziff. 200. Zu großzügig auch BGE 103 Ia 512, 105 Ia 209, dazu neuestens kritisch HUGUENIN, Vertrag, S. 507 f. – Wegweisend: HERBERT KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966, S. 79: «Als Hoheitsträger aber ist der Staat gar nicht in der Lage, Verträge ohne auf jeden Fall stillschweigenden Vorbehalt künftiger Gesetzgebung abzuschließen.»

³⁵⁹ Anders: Aargauisches Verwaltungsgericht 28. 5. 1982 = ZBl 83/1982, S. 448 E. 3a, vgl. aber S. 449 E. 4a.

³⁶⁰ Ähnlich – aber auf Bauten zugeschnitten: PFISTERER, Anwendung, S. 93, sowie PFISTERER, Vorschriften, S. 478 ff.

³⁶¹ Aargauisches Verwaltungsgericht 12. 1. 1982 und 28. 5. 1982 = ZBl 83/1982, S. 448, 453.

angemessen erweitert werden³⁶². Im Sozialversicherungsrecht führt die Besitzstandsgarantie dazu, daß eine aufgrund des alten Rechts bezogene Leistung weiter gewährt wird, auch wenn das neue Recht für denselben Sachverhalt eine geringere Leistung vorsieht³⁶³. Unter einer stillschweigenden Besitzstandsgarantie stehen auch rechtmäßig erworbene akademische Titel, nicht aber staatliche Fähigkeitsausweise, denn letztere sind Polizeibewilligungen und können widerrufen werden³⁶⁴. Selbstverständlich kann die Besitzstandsgarantie auch in andern Rechtsgebieten Anwendung finden. So wird manchmal beim Erlaß von schärferen Anforderungen an technische Anlagen und Geräte eine Besitzstandsgarantie festgelegt, ohne daß dieser Begriff immer ausdrücklich genannt wird: Danach gelten etwa neue technische Vorschriften für Automobile nur für die neu in Verkehr zu setzenden Fahrzeuge³⁶⁵, womit den Haltern der früher in Verkehr gesetzten Fahrzeuge eine Besitzstandsgarantie zukommt.

Zweifellos handelt es sich bei der Besitzstandsgarantie um eine intertemporalrechtliche Erscheinung. Vom «wohlerwor-

³⁶² Vgl. etwa § 224 Abs. 2 des Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, dazu Aargauisches Verwaltungsgericht 12.1.1982 und 28.5.1982 = ZBI 83/1982, S. 447 ff.; PFISTERER, Vorschriften, S. 478/79; § 357 und § 101 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975, dazu das Zürcher Verwaltungsgericht in RB 1981, Nrn. 115/116 mit Hinweisen. Das Raumplanungsgesetz überläßt diese Fragen den Kantonen (Art. 24 RPG). Gleichwohl wird davon ausgegangen, daß rechtmäßig geschaffene Bauwerke auch unter dem neuen Recht in der bisherigen Art genutzt und unterhalten werden dürfen (vgl. Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, S. 301 unten). Rechtstechnisch geht die baurechtliche Gesetzgebung diesem intertemporalrechtlichen Problem aus dem Weg, indem sie rein begrifflich nur das Sachverhaltselement «Bauen» erfaßt, das Problem des Dauersachverhaltes «bestehende Bauten» aber beiseite läßt (vgl. Art. 24 Abs. 2 RPG). Vgl. auch die bei PFISTERER, Anwendung, S. 95 ff. und 103 ff., genannten weiteren Beispiele.

³⁶³ Typisch Art. 43^{bis} Abs. 4 AHVG, dazu BGE 105 V 134 f.; vgl. auch BGE 96 V 117 ff. Vgl. ferner Art. 40 Abs. 2 Vollzugsverordnung zum Stipendien-gesetz des Kantons St. Gallen vom 22.9.1969, der eine Besitzstandsgarantie für Stipendien festlegt.

³⁶⁴ Nach § 7a der Promotionsordnung der Juristischen Abteilung der Universität Zürich vom 4. Mai 1976 kann die Ernennung zum Lizentiaten oder zum Doktor für ungültig erklärt werden, falls sich ergibt, daß sich ein Kandidat unerlaubter Hilfe bedient hat. FORSTHOFF, qualifiziert Berufsdiplo-me m. E. zu Unrecht als «wohlerworbene Rechte» (Lehrbuch, S. 152/53).

³⁶⁵ Art. 86 Abs. 1 der Verordnung über Bau und Ausrüstung der Straßenfahr-zeuge vom 27. August 1969.

benen Recht» unterscheidet sie sich dadurch, daß weder ein vertragliches Verhältnis besteht noch irgendeine Zusicherung durch Gesetzgeber oder Verwaltung vorliegt. Die entsprechenden Rechtspositionen erfahren daher durch den Vertrauensgrundsatz einen geringeren Schutz als jene, welche nach älterer Dogmatik den «wohlerworbenen Rechten» zugerechnet wurden. Innerer Geltungsgrund der Besitzstandsgarantie sind die vom Privaten im Vertrauen auf die Geltung der objektiven Rechtsordnung vorgenommenen erheblichen faktischen Dispositionen. Die Besitzstandsgarantie steht daher in engem Zusammenhang mit Aspekten des nichtwiderrufbaren Verwaltungsaktes, indem es bei beiden Instituten um den Schutz gutgläubig getätigter Dispositionen geht³⁶⁶.

Die Besitzstandsgarantie erfaßt Vertrauenslagen von unterschiedlicher Legitimität. Für den Eigentümer etwa, der gutgläubig und nach altem Recht legal gebaut hat, bedeutet es einen schwerwiegenden Bruch seines Geltungsvertrauens, wenn ihm vom Staat die gesetzliche Grundlage «unter den Füßen weggezogen» wird³⁶⁷. Zwar ist grundsätzlich niemand gegenüber Gesetzesänderungen resistent; doch in Fällen, wo sehr weitgehende Dispositionen wie etwa der Bau eines Hauses getroffen wurden, geht das Bestandesvertrauen der Betroffenen vor. In Fällen also, wo das Vertrauen der Betroffenen schwer verletzt würde, muß der Gesetzgeber von Verfassungs wegen dies mit der Schaffung einer Besitzstandsgarantie vermeiden; hat er dies versäumt, so haben die rechtsanwendenden Organe im Einzelfall eine Besitzstandsgarantie zu statuieren³⁶⁸. Doch bedarf es dazu qualifizierter Vertrauenslagen; der Gesetzgeber soll und muß nicht leichthin zu diesem Mittel greifen. Ist er in der Lage, etwa mittels sorgfältig angepaßter Übergangsfristen, die qualifizierte Verletzung des Vertrauens zu vermeiden³⁶⁹, so soll er nicht zur Besitzstandsgarantie greifen, welche stets in gewissem Umfange eine «Versteinerung» der Rechtsordnung bedeutet. Dabei muß zwischen dem öffentlichen Interesse und dem Vertrauensprinzip abgewogen werden. Entscheidend sind

³⁶⁶ Vgl. statt vieler BGE 100 Ib 97.

³⁶⁷ Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, S. 301.

³⁶⁸ BGE 100 Ib 97; Aargauisches Verwaltungsgericht 12.1.1982 und 28.5.1982 = ZBl 83/1982, S. 447 ff.; vgl. ferner BGE 97 I 801 und die Hinweise zum «Bestandesprivileg» des Zürcher Verwaltungsgerichtes in RB 1981, Nrn. 115/116 mit weiteren Literatur- und Praxishinweisen.

³⁶⁹ Vgl. SALZWEDEL, Besitzstände, S. 12–14.

vor allem die Dispositionen, welche der Betreffende aufgrund des alten Rechts vorgenommen hat und hat vornehmen dürfen, und die Möglichkeiten, die ihm zugemutet werden dürfen, sich dem neuen Recht anzupassen. Dem Eigentümer eines gutgläubig nach altem Recht errichteten, durch neues Recht rechtswidrig gewordenen Gebäudes muß die Besitzstandsgarantie zugesprochen werden, sofern das neue Recht den *Bestand* des Gebäudes beschlägt. Bei deren Verletzung steht dem Betroffenen heute noch ein aus der Eigentumsgarantie abgeleiteter verfassungsrechtlicher Entschädigungsanspruch zu³⁷⁰. Die Eigentumsgarantie verschafft ihm also in der Form der Enteignungsentschädigung einen automatischen Anspruch auf Entschädigung für verletztes Vertrauen, während dies – *de lege lata* – bei andern, bezüglich des Vertrauensbruches gleich qualifizierten, aber eigentumsfremden Sachverhalten meist nicht der Fall ist. Auch hier zeigt sich die Notwendigkeit eines allgemeinen, eigentumsunabhängigen Entschädigungsrechtes, denn die Besitzstandsgarantie folgt aus dem Vertrauensgrundsatz und nicht aus der Eigentumsgarantie³⁷¹.

Außerordentlich schwierig zu beantworten ist die vom Raumplanungsgesetz teilweise offengelassene Frage³⁷², was mit den infolge Rechtsänderung außerhalb der Bauzone liegenden, in der Folge durch Dritte oder Naturereignis unfreiwillig zerstörten Bauten geschehen soll³⁷³. Sofern keine Ausnahmegewilligung nach geltendem Recht erteilt werden kann, so muß entscheidend auf die frühere Nutzung des Gebäudes abgestellt werden: Diente dieses als Ganzjahreswohnstätte oder als dauernde Produktionsstätte, so müßte der Wiederaufbau gestattet werden; es ist mit dem Kontinuitätsvertrauen, aber auch mit allgemeinen Gerechtigkeits- und Billigkeitsüberlegungen nicht vereinbar, die Wiederherstellung dauernder Wohnsitze und wirtschaftlicher Existenzgrundlagen zu verweigern. Differenziert müßte im Fall der Zerstörung bloß vorübergehend genutzter Gebäude verfahren werden, wo die privaten Interessen

³⁷⁰ Vgl. Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, S. 301 f.

³⁷¹ Dogmatisch unrichtig Aargauisches Verwaltungsgericht 12.1.1982 und 28.5.1982 = Zbl 83/1982, S. 448 E. 3a.

³⁷² Vgl. Art. 24 Abs. 2 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979; BGE 107 Ib 234 ff.

³⁷³ Das zürcherische Planungs- und Baugesetz enthält für diesen Fall keine Regelung (§ 307 bezieht sich auf Bauten innerhalb der Bauzone), ebenso wenig das Baugesetz des Kantons Schaffhausen vom 9. Nov. 1964 (Art. 55).

weniger schwer wiegen. In diesem Sinne hat das Bundesgericht den Wiederaufbau eines in der Landschaftsschutzzone gelegenen, niedergebrannten Ferienhauses nicht zugelassen³⁷⁴.

Wird ein Wiederaufbau zugelassen, so muß die Behörde jedoch unter Umständen weitgehende Auflagen betreffend genauem Standort und Gestaltung des Projektes machen dürfen, um den Anliegen der Raumplanung doch möglichst Rechnung zu tragen³⁷⁵. Die Zulassung des Wiederaufbaus unter den genannten Bedingungen entspricht ungefähr dem im deutschen Recht existierenden «Hofstattrecht»³⁷⁶. Allgemein ist die Forderung nach möglichst exakter Normierung dieser schwierigen Fragen durch den formellen Gesetzgeber zu erheben. Die Verwaltungsbehörden und Gerichte sind ohne die Autorität gesetzgeberischer Leitlinien überfordert.

Bei technischen Anlagen und Geräten, die dem neuen Recht widersprechen, soll mit der Anerkennung einer Besitzstandsgarantie größere Zurückhaltung geübt werden als bei Bauten, denn der Dispositionsschutz wiegt dort im allgemeinen weniger schwer als hier. Anlagen und Geräte, welche Gewässer- oder Luftreinhaltungsvorschriften widersprechen, dürfen längstens für die wirtschaftlich maßgebende Abschreibungsdauer mittels Besitzstandsgarantie geschützt werden.

³⁷⁴ Entscheid der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 5. Mai 1982, teilweise abgedruckt in: *Raumplanung*, Informationshefte 4/1982, S. 29. PFISTERER, Anwendung, S. 95, nennt einen Entscheid des schaffhausischen Verwaltungsgerichtes, mit welchem ein Abbruchbefehl eines von einem Brand zerstörten, dann aber *ohne Bewilligung wiederaufgebauten Wochenendhauses* geschützt wurde (vgl. auch PFISTERER, a. a. O., S. 193 Anm. 4). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat den Wiederaufbau einer außerhalb der Bauzone gelegenen, durch Brand zerstörten Fabrik, welche 30 Arbeitsplätze enthielt, nicht zugelassen (vgl. NZZ Nr. 232 vom 6. Okt. 1982; Entscheid noch nicht rechtskräftig). Wird die Besitzstandsgarantie verneint, so muß auf jeden Fall die Elementarschadenversicherung dem Eigentümer eine entsprechende *Entschädigung* leisten. Im andern Falle würde die Durchsetzung des neuen Rechts allzu hart. – Das Baugesetz des Kantons Schwyz vom 30. April 1970 gewährt einen vollen Wiederaufbaanspruch auch für *freiwillig* abgebrochene Gebäude (§ 49 Abs. 1); dies geht m. E. zu weit, indem ein allfälliges Wiederaufbaurecht auf durch Dritte oder höhere Gewalt zerstörte Gebäude beschränkt werden muß. Die Raumplanungsverordnung des Kantons St. Gallen vom 8. Juli 1980 enthält eine vermittelnde Lösung (Art. 2), ebenso das Baugesetz des Kantons Schwyz (Art. 27 Abs. 1).

³⁷⁵ Art. 24 Abs. 2 Raumplanungsgesetz.

³⁷⁶ Vgl. PFISTERER, Anwendung, S. 192 ff., mit Hinweisen. Im zürcherischen Baurecht besteht die Absicht, ein gesetzlich normiertes «*Brandstätterecht*» zu schaffen.

Die ganze mit der Besitzstandsgarantie zusammenhängende Problematik muß bei fehlender gesetzlicher Regelung mit Hilfe des Vertrauensgrundsatzes gelöst werden. Die bestehenden gesetzlichen Besitzstandsregelungen bieten konkrete Lösungsmöglichkeiten an³⁷⁷. Diese sind indessen sorgfältig auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht hin zu überprüfen, was in Anbetracht der bis heute weitgehend fehlenden höchstrichterlichen Praxis sehr schwierig ist.

4.1.5.3. Verwaltungsakte als Schranke der Anwendung neuen Rechts?

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlangt für Dauersachverhalte grundsätzlich, daß Verwaltungsakte, die auf altes Recht gestützt sind, nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts diesem angepaßt werden. Der Verwaltungsakt, der einen Dauersachverhalt zum Gegenstand hat, folgt also dem Schicksal der Gesetzgebung. Ausgenommen von dieser Regel sind gewisse, eine Vertrauenslage begründende Akte³⁷⁸.

Ein neues Gesetz sollte in den Übergangsbestimmungen die Frage regeln, was mit auf altes Recht gestützten Verfügungen im selben sachlichen Regelungsbereich zu geschehen hat³⁷⁹. Daß dies allzuoft nicht geschieht, zeigt unter anderem die umfangreiche Widerrufspraxis der Gerichte³⁸⁰. Das Bundesgericht führt unter dem Begriff «Rechtssicherheit» insgesamt drei Gründe an, welche der Anpassung der entsprechenden Verwaltungsakte an das neue Recht entgegenstehen können: 1. Ein durch die frühere Verfügung begründetes subjektives Recht des Adressaten; 2. Eine Verfügung, welche in einem Verfahren ergangen ist, «in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren», und 3. Eine Verfügung, welche dem Adressaten eine Befugnis einräumte, von der dieser bereits Gebrauch gemacht hat³⁸¹.

Allgemein sind diese Widerrufskriterien wenig tragfähig; das Bundesgericht relativiert sie bisweilen selbst derart stark, daß

³⁷⁷ Vgl. etwa § 224 Abs. 2 des Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971.

³⁷⁸ Das Bundesgericht verwendet den Begriff «Rechtssicherheit», vgl. statt vieler BGE 100 Ib 302, 56 I 194.

³⁷⁹ Vgl. etwa Art. 25 Abs. 3 Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 30. Juni 1972.

³⁸⁰ Neueste Darstellung bei GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 154 ff. mit umfassenden Hinweisen.

³⁸¹ Statt vieler BGE 100 Ib 302, 100 Ib 97 mit Praxishinweisen.

man sich fragen muß, ob nicht die ganze Widerrufspraxis neu gefaßt werden sollte³⁸². Insbesondere die ersten beiden vom Bundesgericht verwendeten Kriterien sind sachlich problematisch und für die Rechtsänderungsproblematik kaum verwendbar: Über den Inhalt der «subjektiven öffentlichen Rechte» hat trotz großer literarischer Anstrengungen bis heute keine Klarheit erzielt werden können; auch das Bundesgericht hat zur Klärung dieser Rechtsfigur kaum etwas beigetragen³⁸³. Weil letztlich alle Berechtigungen im öffentlichen Recht nur vom objektiven Recht abgeleitet werden können³⁸⁴, führt die Änderung desselben auch zur Modifikation der Rechtsposition einzelner, ob man diese nun als «subjektive» Rechte oder anders bezeichnet. Mit dem Ausdruck «subjektives Recht» ist letztlich nichts anderes als eine Vertrauensposition gemeint: Verwaltungsrechtliche Verträge und feste Zusicherungen können eine Art (zivilrechtlich verstandene) «subjektiver» Rechte begründen; vertragliche Rechtspositionen und feste Zusicherungen sind jedoch durch das verfassungsrechtliche Geltungsvertrauen geschützt und sind auch unabhängig von einer allfälligen Bezeichnung als «subjektive» Rechte zu schützen, womit der Kreis wieder geschlossen ist. Das «subjektive Recht» als solches kann deshalb zur Widerrufsproblematik infolge Rechtsänderung kaum etwas beitragen³⁸⁵. Das zweite vom Bundesgericht verwendete Kriterium, nämlich die allseitige Prüfung und Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen, beruht auf dem Gedanken, daß ein besonders qualifiziertes Verfahren die Bestandeskraft eines Verwaltungsaktes erhöhen soll³⁸⁶. Für die Rechtsänderungssituation ist jedoch auch dieses deshalb untauglich, weil das neue Recht die vorgenommene Interessenab-

³⁸² Ein deutliches Beispiel dafür ist BGE 103 Ib 244, ebenso BGE 107 Ia 197.

³⁸³ Auch GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 164, distanziert sich von der Figur des «subjektiven Rechts» und wirft der bundesgerichtlichen Regel vor, sie sei «tautologisch», solange die Rechtsprechung die Begriffsmerkmale eines derartigen subjektiven Rechts nicht näher umschreibe. Vgl. zur Fragwürdigkeit dieser Rechtsfigur auch ALFRED KÖLZ, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und das subjektive öffentliche Recht, in: *Mélanges A. Grisel*, Neuchâtel 1983.

³⁸⁴ FLEINER, Institutionen, S. 176; KÖLZ, a.a.O., mit weiteren Literaturangaben.

³⁸⁵ Ähnlich PETER SALADIN, Der Widerruf von Verwaltungsakten, Basel 1960, S. 72 ff.; vgl. auch YVO HANGARTNER, Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, St. Gallen 1959, S. 107 ff.

³⁸⁶ Vgl. GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 165.

wägung auf eine völlig andere Grundlage stellt: Regelmäßig wird durch das neue Recht das öffentliche Interesse anders gefaßt. Die in einem bestimmten Verfahren vorgenommene Interessenabwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen wird also in der Regel mit dem Inkrafttreten desselben obsolet, auch wenn sie in noch so qualifizierter Form vorgenommen worden ist³⁸⁷. Relevant ist dagegen das dritte von der Praxis verwendete Kriterium, nämlich der Gebrauch, den der Private aufgrund eines Verwaltungsaktes gemacht hat. Dieser «Gebrauch» ist nichts anderes als die vorgenommene *Disposition*, ein Begriff, welcher für die gesamte Rechtsänderungsproblematik charakteristisch ist. Indessen hängt die Pflicht des Staates zur Rücksichtnahme auf getätigte Dispositionen nicht so sehr davon ab, ob ein Verwaltungsakt gesetzt worden ist, der die Disposition erlaubt hat. Vielmehr muß die Rücksichtnahme überall dort Platz greifen, wo solche Dispositionen *rechtmäßig* getätigt wurden. In einem Rechtsgebiet, wo keine Bewilligungs- oder Meldepflicht besteht und daher kein Verwaltungsakt ergeht, muß das Vertrauen ebenso geschützt werden wie in einem Gebiet, wo ein solcher Voraussetzung für die Tätigkeit des Privaten bildet. Hier zeigt sich erneut die Fragwürdigkeit der Unterscheidung von Rechtsanwendung und Rechtssetzung als Kriterium für die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes.

Einschränkend muß zur Widerrufspraxis allerdings beigelegt werden, daß bei der Beurteilung der Bestandeskraft des Verwaltungsaktes nur diejenigen Dispositionen Rücksichtnahme gebieten, die *in guten Treuen* getätigt worden sind: Weil sich niemand auf die Unabänderlichkeit der Gesetze berufen kann³⁸⁸, stehen letztlich alle durch Verfügung geregelten zeitlich offenen Dauersachverhalte unter einem stillschweigenden Rechtsänderungs-Widerrufsvorbehalt³⁸⁹. Dies wird deutlich in einigen Entscheiden, wo das Bundesgericht in Abweichung von den drei genannten Widerrufsregeln den Widerruf bei «besonders gewichtigen öffentlichen Interessen» dennoch zuläßt³⁹⁰, manchmal unter Hinweis auf eine allenfalls notwendige Ent-

³⁸⁷ Vgl. auch die zutreffende Kritik von GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 164/65, mit Hinweisen.

³⁸⁸ Das gilt auch für den Empfänger einer an sich verbindlichen *Zusage*: Tritt zwischen Zusage und Erfüllung eine Rechtsänderung ein, welche letztere ausschließt, so wird die Zusage obsolet (BGE 100 Ib 298).

³⁸⁹ Abweichend GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 157.

³⁹⁰ BGE 103 Ib 207, 100 Ib 97; AUBERT, Limites, S. 11, mit weiteren Praxishinweisen.

schadigungsleistung des Staates³⁹¹. Der in der Weise notwendige Widerruf verletzt zwar den Vertrauensgrundsatz; die Entschädigung kann aber die Verletzung heilen.

Bei der umfangreichen bestehenden Praxis zum Widerruf von Verwaltungsakten infolge Rechtsänderung, die hier nicht erneut darzustellen war³⁹², fällt dreierlei auf: Einmal hat sich eine vielschichtige Kasuistik entwickelt, die nur teilweise vom Vertrauensprinzip in einem umfassenden Sinne getragen wird. Vertrauenselemente werden zwar beigezogen; doch geschieht dies in der Regel lediglich in verdeckter oder halbverdeckter Form, wie etwa der Verweis auf das «subjektive Recht» zeigt. Auch die wohlerworbenen Rechte erfüllen manchmal eine derartige Ersatzfunktion³⁹³. Zudem fällt auf, daß die Regeln über den Widerruf von Verwaltungsakten jeweils kommentarlos, bestenfalls mit einem lapidaren Satz³⁹⁴, angewendet werden, ohne daß in den Erwägungen auf die Pflicht des Gesetzgebers hingewiesen wird, die Fragen der Bestandeskraft der auf altes Recht gestützten Verfügungen zu regeln. In Anbetracht der recht weitgehenden Anforderungen, die das Bundesgericht in andern Bereichen an den Gesetzgeber stellt³⁹⁵, erstaunt dies. Schließlich wird – ebenfalls analog zur Problematik bei der Gesetzesänderung – auch bei der Widerrufsfrage fast durchwegs mit dem Begriff «Rechtssicherheit» operiert³⁹⁶. Dem Rechtssicherheitsbegriff kommt auf diese Weise bei der Frage der Widerrufbarkeit von Verwaltungsakten eine individualistische Funktion zu, und er soll, wenigstens verbal, bestimmend für die konkret vorzunehmende Interessenabwägung sein³⁹⁷. Dies steht in eigenartigem Gegensatz zur in andern Entscheiden verfolgten Tendenz, dem Rechtssicherheitsbegriff – im Gegensatz zu jenem von Treu und Glauben – objektiven und generellen Charakter zu verleihen³⁹⁸. Auch hier zeigt sich die Vieldeutigkeit und Unschärfe des Rechtssicherheitsbegriffes.

³⁹¹ BGE 100 Ib 303, 88 I 228.

³⁹² Dazu neuestens eingehend GYGI, Rechtsbeständigkeit, S. 149 ff.

³⁹³ Vgl. dazu KÖLZ, wohlerworbenes Recht, S. 69 ff.

³⁹⁴ Vgl. etwa BGE 100 Ib 302.

³⁹⁵ Statt vieler BGE 103 Ia 373 ff.

³⁹⁶ BGE 103 Ib 206 mit Hinweisen, 100 Ib 302, 98 Ia 568 ff.

³⁹⁷ BGE 100 Ib 302.

³⁹⁸ BGE 102 Ia 338.

4.1.5.4. Privatrechtliche Verträge als Schranke für neues Recht?

Zwischen Privaten abgeschlossene Verträge binden Gesetzgeber und Verwaltung grundsätzlich nicht³⁹⁹. Der Staat ist bei der Schaffung auch nicht verpflichtet, auf Chancen von Privaten, Verträge abschließen zu können, Rücksicht zu nehmen⁴⁰⁰. Weil jedoch unter Umständen das bestehende Recht eine Grundlage für Geltungsvertrauen sein kann, sind in guten Treuen abgeschlossene Verträge bei der Bewertung des Geltungsvertrauens zu berücksichtigen. Solche Verträge können daher auf die Gestaltung der Einführungsnormen im Rahmen des Kontinuitätsvertrauens einen Einfluß haben.

4.2. *Intertemporales Kollisionsrecht als Verweisungsrecht*

Infolge des bereits festgestellten Rückstandes des intertemporalen Verwaltungsrechts in Lehre und Gesetzgebung muß zunächst geprüft werden, ob zu intertemporalen Problemlagen in andern Rechtsgebieten Analogien gezogen werden können.

4.2.1. Anwendung privatrechtlichen Kollisionsrechts?

In erster Linie fragt es sich, ob und wie weit die *intertemporalrechtlichen* Lehren des Privatrechts dazu dienen können, Fragen des intertemporalen Verwaltungsrechts zu beantworten. Im Vordergrund stehen die Allgemeinen Bestimmungen des Schlußtitels des ZGB⁴⁰¹, welche auf die theoretische Konzeption von SAVIGNY zurückgehen⁴⁰². Eine Analogie derselben zum Verwaltungsrecht läßt sich zwanglos herstellen. So läßt sich Art. 1 Abs. 2 Schlußtitel ZGB, wonach die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts vorgenommenen Handlungen in bezug auf ihre rechtlichen Verbindlichkeiten und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer *Vornahme* geltend gewesenen Bestimmungen unterliegen, auf verwaltungsrechtliche Verträge und einseitige staatliche Willenserklärungen analog anwenden. Damit wird jedoch nichts anderes als das Geltungsvertrauen formuliert, das, im öffentlichen Recht verfassungsrechtlich garantiert, auch vom Gesetzgeber zu respektieren ist.

³⁹⁹ Vgl. BGE 106 Ia 195/96.

⁴⁰⁰ BGE 104 Ib 212.

⁴⁰¹ Art. 1–4 Schlußtitel ZGB.

⁴⁰² BROGGINI, Privatrecht, S. 399 ff.

Von Bedeutung ist für das Verwaltungsrecht ferner Art. 3 Schlußtitel ZGB, wonach Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach diesem zu beurteilen sind, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind. Diese Bestimmung bringt eigentlich nichts anderes als die Geltung des neuen zwingenden Rechts für früher begründete nicht rechtsgeschäftliche Rechtspositionen zum Ausdruck. Sie ist für Dauerrechtsverhältnisse bestimmt, bei denen die Parteidisposition lediglich auf die «Wahl» eines durch objektives Recht bestimmten «Institutes» oder «Typus» beschränkt ist⁴⁰³. Die Hauptbedeutung von Art. 3 Schlußtitel ZGB liegt also bei den gesetzlich typisierten Rechtsverhältnissen, insbesondere den Statusfragen des Privatrechts⁴⁰⁴. Bei diesen ist regelmässig ein unmittelbares öffentliches Interesse vorhanden, was sich in der zwingenden Natur der entsprechenden Bestimmungen zeigt; Art. 3 Schlußtitel ZGB beschlägt also im Grunde genommen öffentliches Recht und will dessen Anwendung auf bestimmte Dauerrechtsverhältnisse ermöglichen⁴⁰⁵. Von Bedeutung für das Verwaltungsrecht ist schließlich Art. 2 Abs. 1 Schlußtitel ZGB, wonach die Bestimmungen des neuen Rechts, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, nach dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung finden, soweit jenes eine Ausnahme nicht vorgesehen hat. Diese Übergangsnorm ist für neurechtliche Bestimmungen mit besonders qualifiziertem öffentlichem Interesse vorgesehen. Sie ist Ausfluß des intertemporalrechtlichen «ordre public», der nur vom Gesetzgeber selber durchbrochen werden darf⁴⁰⁶. Art. 2 Abs. 1 Schlußtitel ZGB schließlich legt die Möglichkeit der ausdrücklichen Anordnung einer («echten») *Rückwirkung* fest⁴⁰⁷; diese muß – gleich wie nach Verfassungspraxis – auf einem ausdrücklichen gesetzlichen Akt beruhen, kennt jedoch keine zeitliche Beschränkung.

Die im Schlußtitel ZGB verankerten allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln zeigen die nahe Verwandtschaft zur

⁴⁰³ HEGNAUER, Kindesrecht, S. 154f.

⁴⁰⁴ Vgl. HEGNAUER, Kindesrecht, S. 155.

⁴⁰⁵ Früher bezeichnete man dies (wie im Verwaltungsrecht) als «unechte» Rückwirkung (mit Recht dagegen: BROGGINI, Privatrecht, S. 398; HEGNAUER, Kindesrecht, S. 155).

⁴⁰⁶ Vgl. BROGGINI, Privatrecht, S. 405 ff., 443 ff.

⁴⁰⁷ Vgl. das Marginale des Art. 2 Schlußtitel ZGB. Die Marginalien zu den Art. 1–4 Schlußtitel ZGB sind teilweise aufschlußreicher als der eigentliche Gesetzestext!

älteren Rückwirkungslehre des Verwaltungsrechts auf. Das rührt vor allem davon her, daß sich diese in der Frühzeit an der Lehre von SAVIGNY orientiert hat, welche auch für die Gestaltung des Schlußtitels ZGB maßgebend war.

Es gibt jedoch mehrere Gründe, die trotz gewisser Analogien gegen eine Anwendung der Schlußtitel ZGB im intertemporalen Verwaltungsrecht sprechen: Zunächst liegen der Konzeption des ZGB die heute wohl überwundenen Lehren von der «unechten» Rückwirkung und den «wohlerworbenen Rechten» zugrunde⁴⁰⁸. Sodann nimmt das ZGB eine Art Zweiteilung des öffentlichen Interesses in die Formen des zwingenden Rechts und der «öffentlichen Ordnung» (*ordre public*) vor⁴⁰⁹, die für verwaltungsrechtliche Verhältnisse nicht geeignet ist und auch große begriffliche Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet⁴¹⁰. Zudem bietet der Schlußtitel neben begrifflichen Problemen auch solche systematischer Art⁴¹¹; er ist insgesamt unklar gefaßt⁴¹², was wohl auf dessen zu wenig durchdachte theoretische Grundlagen zurückgeht⁴¹³. Das Bundesgericht verweist zwar in einigen Entscheiden auf den Schlußtitel, vermag aus ihm jedoch kaum brauchbare Richtlinien für die Lösung von intertemporalen verwaltungsrechtlichen Problemen zu entnehmen⁴¹⁴; es sind also oft sozusagen Verweise ins Leere⁴¹⁵.

⁴⁰⁸ HEGNAUER, Kindesrecht, S. 155; BROGGINI, Privatrecht, S. 400 ff., 407 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Schlußtitel ZGB.

⁴¹⁰ Dazu BROGGINI, Privatrecht, S. 443 ff.; GIESKER-ZELLER, Grundprinzipien, S. 46.

⁴¹¹ BROGGINI, Privatrecht, S. 439 ff.

⁴¹² Gl. M. MÜLLER, Einführung, S. 383 Anm. 33. Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten des Schlußtitels bei GIESKER-ZELLER, Grundprinzipien, S. 25 ff.

⁴¹³ Vgl. die scharfe Kritik von AFFOLTER, Geschichte, S. 611 ff., ROUBIER, Droit, S. 109 ff., und von BROGGINI, Privatrecht, S. 402 ff., an der Lehre von SAVIGNY. Auch WALTHER BURCKHARDT kritisiert die intertemporalrechtliche Konzeption von SAVIGNY und des ZGB (Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 113). – Die hier vorgetragene Kritik bezieht sich nicht auf den speziellen Teil des Schlußtitels des ZGB. So hat der Gesetzgeber anlässlich der Neuregelung des *Adoptionsrechts* klar verständliche und differenzierte Übergangsbestimmungen erlassen (Art. 12 a–c Schlußtitel ZGB, dazu CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Sonderband Adoption, Bern 1975, S. 183 ff.).

⁴¹⁴ BGE 99 Ib 153; BGer., unveröff. Entsch. vom 19. Sept. 1980 i. S. Sproß, S. 5f. (daß zwingendes öffentliches Recht auf alle Tatsachen Anwendung finden soll, ergibt sich allein schon aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip). Vgl. auch BGE 96 I 676.

⁴¹⁵ Vgl. 99 Ib 153, 99 Ia 124, BGer., unveröff. Entsch. vom 2. Mai 1975 i. S. Hartmann, S. 8; vgl. auch BGE 93 I 671.

Die *besonderen* Bestimmungen des Schlußtitels ZGB⁴¹⁶ sind in spezifischer Weise auf die einzelnen Privatrechtsinstitute zugeschnitten; auch sie eignen sich nicht für eine Anwendung im Verwaltungsrecht.

Weiter fragt es sich, ob für die Lösung intertemporalrechtlicher Kollisionsprobleme analog auf die zahlreichen und differenzierten Regeln zurückgegriffen werden kann, die im Bereich des *internationalen* Privatrechts entwickelt worden sind. Doch zeigt sich bei näherem Zusehen, daß dies kaum zu brauchbaren Resultaten führt: Bei der Anknüpfung im internationalen Privatrecht fehlt zunächst das Moment des Zeitablaufs. Die Anknüpfung erfolgt ferner nach relativ wertneutralen Gesichtspunkten; im Vordergrund stehen sachlich-technische Elemente, wobei dem Vertrauensprinzip nur untergeordnete Bedeutung zukommt. So ist etwa bei der Vertragsobligation das Recht am Wohnsitz des Erbringers der charakteristischen Leistung maßgebend⁴¹⁷, eine Anknüpfungsart, die in der Anlage nicht vom Vertrauensprinzip abhängt. Diese ist dem Gegenstand der privatrechtlichen Kollisionsproblematik zwar durchaus angemessen, denn keine der für eine Anwendung in Frage kommende materiellen Rechtsordnungen hat dort einen prinzipiell belastenden Charakter für eine Partei. Gerade dies ist jedoch das bestimmende Element bei der verwaltungsrechtlichen Kollisionsproblematik, indem die Anwendung des neuen Rechts in der Regel bei den Privaten zu stärkeren Belastungen führt. Dazu kommt die unterschiedliche Bedeutung des *ordre public* in den beiden Rechtsgebieten. Dieser stellt im internationalen Privatrecht lediglich eine *Schranke* dar, an welcher die Anwendung eines bestimmten Elementes einer fremden Privatrechtsordnung scheitern kann⁴¹⁸. Der verwaltungsrechtliche «*ordre public*», also das öffentliche Interesse, ist demgegenüber nicht lediglich Schranke der Anwendung von bestimmten Normen, sondern ein *komplexes und variables Gestaltungselement* für die gesamte Kollisionsproblematik. Diese kurzen Hinweise müssen hier genügen, um die Ungeeignetheit auch der international-privatrechtlichen Regeln für das intertemporale Verwaltungsrecht darzulegen.

⁴¹⁶ Art. 5–61.

⁴¹⁷ Vgl. FRANK VISCHER, Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, Basel 1969, S. 672 ff.

⁴¹⁸ Vgl. WERNER NIEDERER, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Zürich 1956, S. 291 ff.

4.2.2. Vertrauensanknüpfung unter Berücksichtigung der Rechtsgleichheit, des öffentlichen Interesses und der Praktikabilität

Als Folge des hier zugrundegelegten engen Rückwirkungsbegriffes ergeben sich aus der Rückwirkung keine eigentlichen Anknüpfungsprobleme. Das Rückwirkungsverbot wirkt lediglich als *Schranke* für das neue Recht; dieses darf grundsätzlich nicht auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts abgeschlossene Sachverhalte und ebensowenig auf abgeschlossene Teile von zeitlich offenen Dauersachverhalten einwirken. Mit der Verwendung des engen Rückwirkungsbegriffes sind nun aber die Fragen, welche nach früherer Auffassung unter die «unechte» Rückwirkung subsumiert wurden, nicht gelöst⁴¹⁹. Letztere ist zwar eine für die *Lösung* von Kollisionsfragen verfehlte Konstruktion⁴²⁰; hinter ihr stehen jedoch echte Probleme: Es geht dabei einerseits um die Frage der richtigen Anknüpfung bei den *zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten* und andererseits um die Frage, ob zeitlich offene Dauersachverhalte dem alten oder dem neuen Recht unterstehen. Daraus resultieren Probleme der Einführung des neuen Rechts, worauf noch zurückzukommen sein wird⁴²¹.

Bei den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten werden oft Gesichtspunkte der *Rechtsmittelverfahren* zu berücksichtigen sein, die zur definitiven Rechtsanwendung führen. Wie die Mehrheit dieser Verfahren relativ lange dauert, spitzt sich die intertemporalrechtliche Problematik mithin oft daraufhin zu, ob und wie weit die Rechtsmittelinstanzen neues Recht anwenden dürfen oder sollen. Das intertemporale Verwaltungsprozeßrecht macht keine Aussage darüber, ob die während hängiger Rechtsmittelverfahren eintretenden Änderungen des *materiellen* Rechts zu beachten sind oder nicht⁴²².

Die Anknüpfungsfrage bei den zeitlich beschränkten Sachverhalten steht im Zentrum der Kollisionsproblematik. Bei genauerem Zusehen ergibt sich nämlich, daß die meisten derselben mehrgliedrig sind. So ist beispielsweise der Bau eines Hauses kein einheitlicher Vorgang, aufgrund dessen zeitlicher Lage

⁴¹⁹ Auch das Bundesgericht löst sie nicht, wenn es die unechte Rückwirkung als zulässig erachtet.

⁴²⁰ Vgl. vorn S. 163 ff.

⁴²¹ Hinten S. 224 ff.

⁴²² FRITZ GYGI, ZBJV 118/1982, S. 323; ALFRED KÖLZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 20 N. 32. Vgl. hinten S. 222 f.

entschieden werden könnte, ob er dem alten oder neuen Recht unterstellt werden soll. Er setzt sich vielmehr – grob skizziert – zusammen aus den Elementen Willensentschluß des Bauherrn, Projektauftrag an den Architekten, Einreichung des Baugesuches, Entscheid der erstinstanzlichen Bewilligungsbehörde, allenfalls Erhebung von Rechtsmitteln, Entscheid einer oder mehrerer Rechtsmittelinstanzen, Ausarbeitung des Detailprojektes, Baubeginn, bestimmte Etappen der Bauausführung und Bau-Ende. Das Bau-Ende markiert den Übergang vom zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalt «Hausbau» zum zeitlich offenen Dauersachverhalt «Bestand des Hauses». Oft vermitteln also zeitlich beschränkte Sachverhalte den Zugang zu einem rechtlichen Dauerstatus, der zwar gegenüber Gesetzesänderungen nicht resistent ist, jedoch Kontinuitätsvertrauen begründen kann. Die Anknüpfung entscheidet daher über die Chance, einer solchen günstigen Rechtslage unterstellt zu werden, weshalb der Gleichheitssatz im Vordergrund steht.

Es fragt sich nun, bis zu welchem Sachverhaltselement das inkrafttretende neue Recht etwa den Sachverhalt «Hausbau» erfassen darf. Die Frage kann nur aus dem Spannungsverhältnis zwischen dem Geltungsvertrauen des Bürgers und dem öffentlichen Interesse beantwortet werden; miteinzubeziehen sind praktische Anknüpfungsprobleme. Zudem ist die Mißbrauchsmöglichkeit sowohl des Staates wie auch des Bürgers zu berücksichtigen. Für die Konkretisierung des Vertrauensgrundsatzes sind schließlich auch Art und Weise der Vorbereitung des neuen Rechts, insbesondere dessen Publizität, sowie weitere Faktoren miteinzubeziehen.

Der Vertrauensgrundsatz verlangt die *Vertrauensanknüpfung*⁴²³. Das neue Gesetz muß, wenn es einen mehrgliedrigen zeitlich beschränkten Sachverhalt erfassen will, an dasjenige Glied anknüpfen, welches den Betroffenen erlaubt, ihre Dispositionen auf das neue Recht auszurichten. Allein von der Vertrauensanknüpfung her wäre, um beim Beispiel «Hausbau» zu bleiben, wohl der Entschluß des Bauherrn, tatsächlich zu bauen, maßgebend, denn spätestens von diesem Zeitpunkt an trifft er in Betracht fallende Dispositionen. Allein dieses Sachverhaltsglied ist für eine Anknüpfung deshalb ungeeignet, weil es äußerlich nicht erfaßbar und vom Staat nicht richtig kontrol-

⁴²³ OSSENBÜHL, Vertrauensschutz, S. 30. In einem abgelegenen Entscheid des Basler Verwaltungsgerichtes wird sehr schön gesagt, es müsse auf einen «loyalen Zeitpunkt» abgestellt werden (BJM 1968, S. 302).

lierbar ist. Zudem wird diese Anknüpfung in der Regel den öffentlichen Interessen des neu inkrafttretenden Bau- und Planungsrechts zu wenig gerecht, indem das neue Recht ungleich und zu spät wirken kann. Ferner wäre die Gefahr von Mißbräuchen zu groß. Allein vom öffentlichen Interesse aus wäre daher die richtige Anknüpfung der Baubeginn oder gar ein noch späterer Zeitpunkt⁴²⁴; diese tragen jedoch dem Dispositionsschutz des Bauwilligen zu wenig Rechnung. Zwischen diesen beiden Polen muß die richtige Anknüpfung liegen, die den beidseitigen Interessen optimal gerecht wird.

Wie bereits dargelegt, ist es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, Kollisionsregeln aufzustellen. Weil er in der Vergangenheit diese Aufgabe in vielen Bereichen nicht wahrgenommen hat, mußten die rechtsanwendenden Behörden in die Lücke springen. Bei der folgenden Darstellung von ausgewählten praktischen Kollisionsproblemen ergibt sich daher eine mehr zufällig als sachlich bedingte Durchmischung von Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsfragen. Dies schadet jedoch nichts, müssen doch alle Kollisionsprobleme mit Hilfe derselben tragenden Prinzipien gelöst werden. Es wird sich dabei zeigen, daß aus der Rechtsanwendungspraxis Lösungen und Lösungsansätze auch für die Gesetzgebung resultieren.

4.2.2.1. Im Bau- und Planungsrecht

Wie anderswo gibt es auch im Bereich des Bau- und Planungsrechts heute noch Gesetze ohne oder mit unzureichendem Übergangsrecht⁴²⁵. Insgesamt ist das intertemporalrechtliche Baurecht durch besonders gewichtige öffentliche Interessen geprägt, welche das Bestandesvertrauen der Privaten tendenziell etwas zurückdrängen. Unabhängig von diesem «Überhang» des öffentlichen Interesses sind jedoch objektive, nach dem Vertrauensgrundsatz orientierte Anknüpfungsarten zu entwickeln. Das Verwaltungsprozessrecht seinerseits macht keine Aussagen darüber, ob die während hängiger Rechtsmit-

⁴²⁴ Vgl. BGE 94 I 126, 99 Ia 406 unten.

⁴²⁵ Vgl. etwa Art. 46 Baugesetz des Kantons Uri vom 10. Mai 1970; Art. 31 Baugesetz des Kantons Obwalden vom 4. Juni 1972; Baugesetz des Kantons Zug vom 18. Mai 1967; Baugesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 15. Juni 1967; Hochbautengesetz des Kantons Basel-Stadt vom 11. Mai 1939; Art. 55 ff. Baugesetz für den Kanton Schaffhausen vom 9. November 1964; Art. 52 Baugesetz des Kantons Appenzell I. Rh. vom 28. April 1963.

telverfahren eintretenden Änderungen des materiellen Rechts zu beachten sind oder nicht⁴²⁶.

Vom Gesichtspunkt der Vertrauensanknüpfung und praktischer Überlegungen ist es naheliegend, an das Sachverhaltsglied der Einreichung des Baugesuches anzuknüpfen⁴²⁷, also das neue Recht auf alle zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens noch nicht eingereichten Baugesuche anzuwenden. Diese Lösung ist auch vom öffentlichen Interesse her zu rechtfertigen, sofern flankierend Planungssicherungsinstrumente eingesetzt werden⁴²⁸. Nach einigen Gesetzen indessen sind Bauvorhaben, über welche die *erstinstanzliche* Bewilligungsbehörde zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen – meist strengeren – Rechts noch nicht entschieden hat, nach diesem zu beurteilen⁴²⁹. Anknüpfungspunkt ist nicht die Gesuchseinreichung, sondern die *erstinstanzliche* Gesuchserledigung. Das Bundesgericht seinerseits stellt implizite auf den Entscheid der *letzten* kantonalen Instanz ab, allerdings nur im Rahmen einer Vertrauensschranke beziehungsweise Mißbrauchsschranke: Sofern die Bewilligungsbehörde oder eine Rechtsmittelinstanz die Beurteilung des Gesuches absichtlich hinausgezögert hat, um das Inkrafttreten der neuen, strengeren Vorschriften abzuwarten, oder wenn ihr sonstwie eine Verzögerung in der Behandlung des Gesuches anzulasten ist, darf nicht auf diesen Zeitpunkt abgestellt werden⁴³⁰; es gilt dann das Recht, das in Kraft gestanden hätte, wenn keine Verzögerung eingetreten wäre⁴³¹. Präzisierend muß beigelegt werden, daß nicht, wie man der bundesge-

⁴²⁶ FRITZ GYGI, ZBJV 118/1982, S. 323; ALFRED KÖLZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 20 N. 32.

⁴²⁷ Art. 55 Abs. 1 Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970. Nach dieser differenzierenden Übergangsvorschrift ist der Entscheid dann zurückzustellen, wenn ein Bauvorhaben Gemeindebauvorschriften widerspricht, die bei Einreichung des Gesuches *öffentlich* auflagen (Abs. 2 lit. a). – Auch das deutsche Baurecht stellt auf das Kriterium der *Einleitung* eines Verfahrens ab (§ 174 Bundesbaugesetz vom 27. Juli 1971, BGBl. I, S. 1125).

⁴²⁸ So Bausperren, Veränderungsverbote, Planungszonen, vgl. vorn Anm. 274.

⁴²⁹ § 353 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. September 1975; § 149 Baugesetz des Kantons Luzern vom 15. September 1970; Art. 60 Abs. 3 Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden vom 20. Mai 1973; Art. 24 der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau zum Baugesetz vom 15. Januar 1979.

⁴³⁰ BGer., unveröff. Entscheid vom 12. Juli 1978 i. S. Sigg, S. 10; BGE 99 Ia 122, 341; 95 I 125 mit Hinweisen auf frühere Entscheide. Diese Entscheide ergingen allerdings nur unter dem *Willkür Gesichtspunkt*.

⁴³¹ STRAUB, Baubewilligung, S. 158.

richtlichen Praxis entnehmen könnte, eine subjektive Verzögerung durch die Behörde, sondern die *objektive* Verzögerung des Entscheides maßgebend sein muß⁴³², denn sonst würde man die Folgen etwa der ungenügenden personellen Dotierung einer Bewilligungsbehörde dem Gesuchsteller aufbürden. Im Fall, wo der Gesuchsteller selber die Verzögerung der Gesucherledigung zu vertreten hat, kann sich dieser allerdings nicht auf die Anwendbarkeit des alten Rechts berufen.

Die Regel, wonach alle beim Inkrafttreten des neuen Rechts irgendwie hängigen Verfahren und Fälle nach diesem zu entscheiden sind⁴³³, was auf die Anknüpfung an den Entscheid der *letzten* mit der Sache befaßten Instanz hinausläuft⁴³⁴, ist mit dem Vertrauensgrundsatz nicht vereinbar⁴³⁵. Auf diese Weise würden die Folgen einer allenfalls rechtswidrigen erstinstanzlichen Bewilligungsverweigerung sowie Verzögerungen der Entscheide im Rahmen des ganzen Instanzenzuges dem Baugesuchsteller überbunden; auch eine (haltlose) Beschwerdeführung durch Dritte kann dem Gesuchsteller willkürlich die Möglichkeit nehmen, sein Vorhaben nach altem Rezept ausführen zu dürfen – eine im Lichte des Vertrauensprinzips nicht tragbare Folge der unzureichenden Differenzierung⁴³⁶. Diese Gesetzgebung und Praxis ist wohl vor allem bedingt durch die fehlende Unterscheidung zwischen den zeitlich offenen Dauer Sachverhalten und den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten. Bei den ersteren kann die Anwendung des neuen Rechts durch die Rechtsmittelinstanz aus prozeßökonomischen Gründen sinnvoll sein, denn die Verwaltung muß bei diesen im Fall der Rechtsänderung in der Regel widerrufen und neu verfügen. Bei zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sach-

⁴³² Gl. M. STRAUB, Baubewilligung, S. 156.

⁴³³ § 158 des Baugesetzes des Kantons Solothurn vom 3. Dezember 1978; Art. 54 Baugesetz des Kantons Glarus vom 4. Mai 1952.

⁴³⁴ BGE 99 Ia 122, 95 I 125, weitere Hinweise auf die gleichlautende kantonale Praxis bei IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, S. 96 lit. a.

⁴³⁵ Noch mehr Bedenken weckt Art. 76 Abs. 1 lit. a Baugesetz des Kantons Freiburg vom 15. Mai 1962, welcher das neue Recht dann für anwendbar erklärt, «wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens ... der Stand der Arbeiten ohne übersetzten Schaden die Anpassung an die neuen Vorschriften gestattet».

⁴³⁶ Gl. M. STRAUB, Baubewilligung, S. 160–163, 165 mit weiteren Motiven; ebenso wohl IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I, S. 97 lit. b; vgl. schon die Kritik von MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl., Basel 1968, Bd. I, S. 153/54; a. M. GRISEL, Application, S. 251 ff.; ZIMMERLIN, Problem, S. 433 ff.

verhalten, zu denen das «Bauen» gehört, nimmt diese Praxis dem Bauwilligen in unberechenbarer Art und Weise die Chance, nach altem Recht bauen zu dürfen. Wenn infolge öffentlicher Interessen schon nicht auf den nach dem Vertrauensprinzip an sich richtigen Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abgestellt wird, so muß der Gesuchsteller doch mit dem zur Zeit des *erstinstanzlichen* Entscheides geltenden Recht rechnen dürfen⁴³⁷. Es geht hier um den Zugang zur nachher für Bauten in der Regel eintretenden Besitzstandsgarantie, der chancengleich und frei von Imponderabilien mehrerer Rechtsmittelinstanzen und Drittbeschwerdeführer garantiert werden muß⁴³⁸.

Bedenken weckt vom Vertrauensprinzip her auch die Vorschrift, wonach Bauvorhaben, die nach altem Recht nicht bewilligungsbedürftig waren, hinsichtlich Inhalt und Verfahren den neuen Vorschriften unterliegen, soweit dies nicht «aufgrund des fortgeschrittenen Baustadiums unzumutbar ist»⁴³⁹. Altes Recht, das von der Baufreiheit ausgeht, statuiert eben auch eine Rechtslage, aus der eine Vertrauenslage resultieren kann, auch wenn keine Konkretisierung in Form einer Bewilligungsverfügung ergangen ist. Den Bauwilligen, der in gutem Glauben auf das bestehende Recht vertraut, auf diese Weise schlechter zu stellen als denjenigen, welcher aufgrund einer Bewilligungspflicht eine Baubewilligung erlangt, kollidiert daher mit dem Gleichheitssatz⁴⁴⁰. Wie ist diese Vorschrift anzuwenden, falls der Bauwillige eine schriftliche Feststellungsverfügung der zuständigen Instanz erlangt hat, worin das Nichtbestehen einer Bewilligungspflicht festgestellt wird? Soll dieser Fall von jenem unterschieden werden, wo der Bauwillige aufgrund sorgfältiger Prüfung der Rechtslage das Fehlen einer Bewilligungspflicht selbst festgestellt hat? Gewiß hat jene Vorschrift heute im Bereich des Baurechts nur noch geringe Bedeutung, weil die Bewilligungspflicht fast durchgehend be-

⁴³⁷ STRAUB, Baubewilligung, S. 163.

⁴³⁸ Richtig § 353 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich, das an den Entscheid der örtlichen Bewilligungsbehörde anknüpft.

⁴³⁹ § 354 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich. – Zu unterscheiden davon ist die Praxis des Bundesgerichtes zu Volksinitiativen, welche nicht für ungültig erklärt werden dürfen, auch wenn mit dem Bau bereits begonnen worden ist, sofern damit *staatliche* Vorhaben betroffen sind. Vgl. dazu ALFRED KÖLZ, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZBl 83/1982, S. 24/25 mit Praxishinweisen.

⁴⁴⁰ Kritisch auch STRAUB, Baubewilligung, S. 173.

steht. Die erwähnte Anknüpfung ist jedoch von allgemeiner Problematik. Den öffentlichen Interessen soll an sich mit den Instrumenten der Planungssicherung Rechnung getragen werden. Falls dies nicht möglich ist und überwiegende öffentliche Interessen dennoch eine Einschränkung der Bautätigkeit gebieten, so muß eine Entschädigung für nutzlos gewordene Aufwendungen vorgesehen werden; dies unter Vorbehalt des Mißbrauches durch den Privaten etwa in Form einer bloßen äußeren «Markierung» des Baubeginns.

Bis zum Inkrafttreten des dringlichen Bundesbeschlusses über die Raumplanung⁴⁴¹ erfüllte das Gewässerschutzgesetz wesentliche Funktionen der Raumplanung⁴⁴². Dieses wurde revidiert und trat in dieser revidierten Form am 1. Juli 1972 in Kraft. Außer für die Bundesbeiträge enthält es keine Übergangsbestimmungen⁴⁴³. Intertemporalrechtlich beschlägt aber ein Teil des Gewässerschutzgesetzes zeitlich beschränkte mehrgliedrige Sachverhalte, namentlich was das Bauen außerhalb der Bauzonen anbelangt. In einem vom Bundesgericht gefällten Entscheid hatte der Eigentümer einer Autogarage zur Zeit der Geltung des alten Rechts ein Gesuch um Erstellung einer neuen Werkstätte außerhalb der Bauzone gestellt. Die Gemeinde wies dieses ab, während es die kantonale Mittelinstanz, noch aufgrund des alten Rechts, bewilligte. Die letzte kantonale Instanz, die zu einem Zeitpunkt entschied, als das neue Gesetz bereits in Kraft stand, wies, gestützt auf dieses, das Gesuch wiederum ab. Das Bundesgericht folgte bei der Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in intertemporalrechtlicher Hinsicht der letzten kantonalen Instanz, im wesentlichen mit der Begründung, mangels gesetzlicher Übergangsbestimmungen seien die Schlußtitel des ZGB analog anzuwenden⁴⁴⁴. Art. 2 derselben bestimme, daß Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt seien, mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung finde, soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme vorsehe. Das neue Gesetz sei somit in (allen) Fällen maßgebend, in denen das Verfahren im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch nicht abgeschlossen war⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Vom 17. März 1972.

⁴⁴² Vgl. AEMISEGGER, Leitfaden, S. 14.

⁴⁴³ Vgl. die Kritik von HANS PETER MOSER, ZBl 74/1973, S. 452; BGE 99 Ib 152f.

⁴⁴⁴ BGE 99 Ib 153.

⁴⁴⁵ BGE 99 153; gleichlautend BGE 99 Ia 124/25.

Dieser Entscheid weckt Bedenken: Zwar ist einzuräumen, daß es beim Gewässerschutz um gewichtige öffentliche Interessen geht. Doch muß auch hier der Grundsatz der Vertrauensanknüpfung maßgebend sein und rechtsgleich verfahren werden. Das letzte nach diesen Gesichtspunkten noch tolerierbare maßgebende Sachverhaltselement ist – mangels ausdrücklicher gegenteiliger gesetzlicher Bestimmung – der Entscheid der erstinstanzlichen Bewilligungsinstanz. Wenn man auf den Entscheid der letzten *Rechtsmittelinstanz* abstellt, wird der Gesuchsteller unberechenbaren Imponderabilien ausgesetzt. Es kann eine schwerwiegende Ungleichbehandlung eintreten, beispielsweise wegen haltloser Beschwerdeführung eines Nachbarn. Genau dies ist denn in einem weiteren Fall auch geschehen⁴⁴⁶: Ein Bauwilliger hatte eine Baubewilligung für den Bau eines Einfamilienhauses im übrigen Gemeindegebiet von der Gemeindebehörde erhalten, nachdem die zuständige kantonale Instanz eine entsprechende gewässerschutzrechtliche Bewilligung nach dem zu dieser Zeit geltenden alten Gewässerschutzgesetz erteilt hatte. Ein Nachbar zog die Baubewilligung an die kantonale Mittelinstanz weiter, welche den Entscheid der Gemeinde schützte. Der Nachbar gelangte hierauf an die letzte kantonale Instanz. Diese trat auf dessen Beschwerde mangels Legitimation nur teilweise ein, hob indessen den vorinstanzlichen Entscheid *aufsichtsrechtlich* mit der Begründung auf, das inzwischen in Kraft getretene neue Gewässerschutzrecht ließe eine Bewilligung des Vorhabens nicht zu. Das Bundesgericht schützte diesen Handel mit allgemeinen Hinweisen auf die im neuen Gewässerschutzrecht verkörperten gewichtigen öffentlichen Interessen. Die Probleme der Vertrauensanknüpfung, der allfällig rechtsmißbräuchlichen Beschwerdeführung durch den Nachbarn und des fragwürdigen aufsichtsrechtlichen Eingreifens der letzten kantonalen Instanz wurden nur unzureichend behandelt⁴⁴⁷. Unter völliger Vernachlässigung des Vertrauensgrundsatzes wurde wie folgt argumentiert: «Der Beschwerdeführer ist auf das geplante Gebäude nicht dringend angewiesen; sein Bau entspricht höchstens einem von ihm lange gehegten Wunsch, für den er auch gewisse Aufwendungen auf sich genommen hat.»⁴⁴⁸ Bedenken weckt ferner, daß Widersprüche

⁴⁴⁶ BGer. 8. Juni 1973 = ZBl 74/1973, S. 450 ff.

⁴⁴⁷ Vgl. auch die Kritik von HANS PETER MOSER an diesem Entscheid (ZBl 74/1973, S. 452) sowie die Ausführungen von STRAUB, Baubewilligung, S. 66/67.

⁴⁴⁸ BGer. 8. Juni 1973 = ZBl 74/1973, S. 451 E. 3.

zwischen dem Handeln des Regierungsrates und demjenigen seines Departementes stillschweigend hingenommen und damit das berechtigte Vertrauen des Bürgers in die Einheit der Staatsgewalt verletzt wurde. Mit unzureichender Begründung ist schließlich der Vorwurf abgetan worden, die für die Erteilung der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung zuständige Instanz hätte den Gesuchsteller auf die bevorstehende Rechtsänderung hinweisen müssen⁴⁴⁹. Das Bundesgericht hat auf diesen verwaltungsrechtlichen Fall⁴⁵⁰ seine im Rahmen der *staatsrechtlichen* Beschwerde entwickelte Praxis, wonach maßgebendes Sachverhaltsglied für die Anknüpfung der Entscheid der letzten Instanz ist, zu wenig differenziert angewendet: In seiner Verfassungsrechtsprechung hat es nämlich lediglich festgestellt, diese Anknüpfungsweise sei «nicht willkürlich»⁴⁵¹. Damit wurde nicht gesagt, sie sei – bei voller Kognition – auch intertemporalrechtlich gesehen richtig. Art. 2 Abs. 1 Schlußtitel ZGB, auf den sich das Bundesgericht zur Begründung der Anknüpfung an den Entscheid der letzten Instanz stützt⁴⁵², ist nicht schlüssig, denn diese Bestimmung spricht undifferenziert nur von «Tatsachen» und läßt die schwierigen, bei mehrgliedrigen Sachverhalten auftretenden Anknüpfungsprobleme außer Betracht – ganz abgesehen von den speziellen, mit den Rechtsmittelverfahren zusammenhängenden Fragen. Art. 2 Abs. 1 Schlußtitel ZGB nimmt ferner die für intertemporalrechtliche Kollisionen notwendige Unterscheidung zwischen zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten und Dauersachverhalten nicht vor. Die Anknüpfung an den Entscheid der letzten Instanz wäre nur zulässig, wenn sie der formelle Gesetzgeber ausdrücklich anordnen würde, unter Vorbehalt allfälligen Ersatzes des Dispositionsschadens. Die dargelegten Entscheide zeigen erneut, wie mangelhaft auch die neuere Gesetzgebung in intertemporalrechtlicher Hinsicht ist. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Übergangsrecht so zu gestalten, daß den öffentlichen Interessen auch bei Anwendung des alten Rechts Rechnung getragen wird. Übergangsrechtliche Vorschriften für die Überführung von unter altem Recht bewilligten Dauersachverhalten in das neue Recht können allzuharte Konfliktsituationen bei den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten vermeiden helfen.

⁴⁴⁹ BGer. 8. Juni 1973 = ZBl 74/1973, S. 451/52 E. 5.

⁴⁵⁰ Ebenso in BGE 99 Ib 153.

⁴⁵¹ BGE 99 Ia 122, 341; 95 I 125 mit Hinweisen.

⁴⁵² BGE 99 Ib 153, 99 Ia 125.

Zugleich werden damit die rechtsanwendenden Behörden der Versuchung enthoben, die Anwendung des neuen Rechts unter Verletzung der Vertrauensanknüpfung zu erzwingen.

Das Bundesgericht hat indessen in der Folge den für das Gewässerschutzrecht entwickelten Anknüpfungsgrundsatz zunächst in drei Fällen relativiert: Ungefähr drei Jahre nach Inkrafttreten des neuen Gewässerschutzgesetzes hatte es eine unter Anwendung des alten Gesetzes ergangene Baubewilligung für die Erstellung eines Wochenendhauses zu beurteilen. Es wich in der Folge von seinem Grundsatz, wonach das neue Recht anwendbar sei, im wesentlichen mit der Begründung ab, der Gesuchsteller habe sein erstes Baugesuch zwei Jahre vor der Rechtsänderung eingereicht; die lange Verzögerung bei dessen Erledigung sei jedoch dem Verhalten mehrerer Behörden, keineswegs aber dem Gesuchsteller zuzuschreiben, weshalb hier eine Ausnahme vom Grundsatz gerechtfertigt sei⁴⁵³. Der zweite Fall: Die Verwaltungsbehörden des Kantons Zürich benötigten insgesamt vierzehn Jahre, um über ein Kiesausbeutungsgesuch zu entscheiden. Im Verlaufe dieser Zeit war das neue, strengere Gewässerschutzgesetz in Kraft getreten. Das Bundesgericht erachtete die Anwendung des neuen Gesetzes deshalb als unzulässig, weil die Gründe für die Verzögerung der Gesuchserledigung nicht beim Beschwerdeführer, sondern bei den Behörden lagen⁴⁵⁴. Diesen beiden Entscheiden, die das Bundesgericht als Ausnahmen vom Grundsatz bezeichnet, ist voll zuzustimmen; sie offenbaren jedoch zugleich die dogmatische Problematik des Grundsatzes⁴⁵⁵. Es stellte sich sodann in einem dritten Anwendungsfall die Frage, ob das Bundesgericht als Verwaltungsgericht einen Anwendungsfall des Bundesbeschlusses über dringliche Maßnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung (BMR)⁴⁵⁶ nach dem inzwischen in Kraft getretenen Raumplanungsgesetz zu beurteilen haben, welches in dieser Beziehung keine Übergangsregelung kennt⁴⁵⁷. Im wesentlichen mit der Begründung, das Raumplanungsgesetz bringe gegenüber dem BMR im Gegensatz zur damaligen Änderung der

⁴⁵³ BGE 101 Ib 300; nicht publ. E. 4 von BGE 101 Ib 65.

⁴⁵⁴ BGer., unveröff. Entsch. vom 19. Mai i. S. Hildenbrand c. Regierungsrat des Kantons Zürich, S. 6f.

⁴⁵⁵ Gleicher Auffassung STRAUB, Baubewilligung, S. 160 ff.

⁴⁵⁶ Vom 17. März 1972.

⁴⁵⁷ BGE 106 Ib 326/27. Analog: BGer., unveröff. Entsch. vom 15. Okt. 1980 i. S. Keller c. Regierungsrat des Kantons Thurgau, S. 5/6 sowie Entsch. vom 30. Sept. 1980 i. S. Kröpfli c. Regierungsrat des Kantons Bern, S. 5/6.

Gesetzgebung im Gewässerschutzrecht keine Verschärfung der Vorschriften, wick es von der in jenem Rechtsgebiet entwickelten Praxis ab und erklärte den zur Zeit seines Entscheides nicht mehr in Kraft stehenden BMR und damit das Recht, das beim erstinstanzlichen Entscheid in Kraft stand, für anwendbar⁴⁵⁸. Ob das Kriterium der «Verschärfung» der Gesetzgebung für das unterschiedliche intertemporalrechtliche Vorgehen richtig ist, muß bezweifelt werden. Der Grundsatz der Vertrauensanknüpfung erlaubt mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung den rechtsanwendenden Behörden nicht, im einen Fall so, im andern Fall anders zu verfahren. Gerade dort, wo eine Verschärfung der Rechtslage eintritt, muß aus Gründen des Vertrauensschutzes und des Gleichbehandlungsgebotes ein objektives und möglichst wenig beeinflussbares Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob das alte oder neue Recht anwendbar ist, maßgebend sein, denn es geht bei solchen zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Dauersachverhalten für die Betroffenen in der Regel um eigentliche *Chancen*, welche willkürfrei und rechtsgleich verteilt werden müssen.

Abgesehen vom Kriterium der «Verschärfung» hat das Bundesgericht im erwähnten Leitentscheid zum Raumplanungsgesetz den richtigen Grundsatz aufgestellt: *Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes ist grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen, während nachher eingetretene Änderungen unberücksichtigt bleiben müssen ... Im Laufe des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens eingetretene Rechtsänderungen sind in der Regel unbeachtlich*⁴⁵⁹. Diesem Grundsatz, der eine Umkehrung des früheren bedeutet, ist zuzustimmen.

Bei der Begründung des bundesgerichtlichen Leitentscheides⁴⁶⁰ müßte differenziert werden: Die Kognition der Rechtsmittelinstanz spielt für die Frage des anwendbaren materiellen Rechts allein bei den *Dauersachverhalten* eine Rolle, also in Fällen, wo die erstinstanzlich verfügende Behörde ohnehin einen Widerruf infolge Rechtsänderung erwägen müßte. Bei den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten dagegen gebietet die Vertrauensanknüpfung, auf die zur Zeit der *erstinstanzlichen* Verfügung geltende Rechtslage abzustellen; auch eine Rechtsmit-

⁴⁵⁸ BGE 106 Ib 326 f.

⁴⁵⁹ BGE 106 Ib 326.

⁴⁶⁰ BGE 106 Ib 326.

telbehörde mit voller Kognition darf hier nicht neues Recht anwenden. Dies gilt gerade dann, wenn das neue Recht eine Verschärfung der Vorschriften bringt⁴⁶¹.

4.2.2.2. Exkurs: Anwendbares Recht bei Rechtsmittelverfahren über Dauersachverhalte

Bei den zeitlich offenen Dauersachverhalten kann anders vorgegangen werden als bei den mehrgliedrigen zeitlich beschränkten Sachverhalten. Weil das neue Recht im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes auf solche grundsätzlich anzuwenden ist, kann es ein Gebot der Verfahrensökonomie sein, dieses im Rahmen eines hängigen Verfahrens sofort anzuwenden, anstatt den Umweg über die neue Verfügung nach erfolgtem Widerruf der alten zu beschreiten⁴⁶². Beim Entscheid darüber kommt es wesentlich auf die Kognition der betreffenden Rechtsmittelbehörde an⁴⁶³. Die Rechtsmittelinstanz kann indessen die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die verfügende Instanz zurückweisen. Dies wird sie namentlich dann tun, wenn ein Ermessensentscheid zu treffen ist oder wenn die verfügende Instanz keine Gelegenheit hatte, den Sachverhalt nach neuem Recht zu prüfen⁴⁶⁴. Sind schwierige, durch das neue Recht verursachte Auslegungsfragen zu beurteilen, so soll zur Neuurteilung zurückgewiesen werden, einerseits um der verfügenden Instanz Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, andererseits um zu vermeiden, daß dem Betroffenen der gesetzliche Instanzenzug verkürzt wird⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Anders BGE 106 Ib 326/27.

⁴⁶² Im Ergebnis richtig: BGer., unveröff. Entsch. vom 19. Sept. 1980 i.S. Sproß, S. 5f. Der *Begründung* hätte nicht das Kriterium «der öffentlichen Ordnung», sondern die Unterscheidung Dauersachverhalt und *zeitlich beschränkter Sachverhalt* zugrundegelegt werden sollen. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Okt. 1982 = ZBl 84/1983, S. 41 ff. E. 2c.

⁴⁶³ Das Bundesgericht berücksichtigt diesen Aspekt noch zu wenig; vgl. BGer., unveröff. Entsch. vom 2. Mai 1975 i.S. Hartmann, S. 8/9. Die von MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl., Basel 1968, Bd. I, S. 153 E. 4a geäußerte Auffassung, wonach auf die *Kognition* der Rechtsmittelinstanz abzustellen ist, erweist sich im Gegensatz zum zit. Entscheid eben doch als richtig.

⁴⁶⁴ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Okt. 1982 = ZBl 84/1983, S. 41 ff., E. 3.

⁴⁶⁵ A. a. O.

4.2.2.3. Im Schulrecht

Einen klassischen Bereich von zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten bilden die Ausbildungsordnungen im Schulrecht. Man kann hier namentlich folgende Sachverhaltsglieder unterscheiden: Willensentschluß für die Absolvierung einer bestimmten Ausbildung, formelle Anmeldung, Ausbildungsbeginn, Beginn der einzelnen Schuljahre beziehungsweise Semester, Beginn und Ende der Schlußprüfungen und Erteilung des Diplom- oder Abschlußzeugnisses. Die richtige Vertrauensanknüpfung ist an sich der Zeitpunkt der formellen Anmeldung zu einem Ausbildungsgang. Von diesem Zeitpunkt an macht der Betreffende in der Regel vertrauensrelevante Dispositionen; in Einzelfällen ist dies allerdings bereits anläßlich des Willensentschlusses möglich; diese Anknüpfung kann und soll jedoch im Regelfall vernachlässigt werden; Gründe der Praktikabilität und öffentliche Interessen legen es vielmehr sogar nahe, erst den Beginn eines Ausbildungsganges als Anknüpfung zu wählen. Dies ist in der Regel zugleich die spätestzulässige Anknüpfung⁴⁶⁶.

Zu unterscheiden ist intertemporalrechtlich zwischen den Voraussetzungen, dem äußeren Rahmen und der Zielsetzung eines Ausbildungsganges einerseits und dessen einzelnen Modalitäten andererseits. Die Änderung von *Voraussetzungen* zum Eintritt in einen Ausbildungsgang kann unter Umständen bewirken, daß an ein Sachverhaltsglied angeknüpft werden muß, welches zeitlich weit vor dem Schuleintritt der Betreffenden liegt: Würden etwa die medizinischen und juristischen Fakultäten die Wiedereinführung der Lateinmaturität als Zulassungsvoraussetzung beschließen, so müßte aufgrund einer Vertrauensanknüpfung der Eintritt der Schüler in einen bestimmten Mittelschultypus als für die Anknüpfung maßgebendes Sachverhaltselement gewählt werden. Die neue Voraussetzung würde dann erst nach einigen Jahren wirksam, wobei allerdings diese Zeit mittels flankierender Maßnahmen verkürzt werden könnte⁴⁶⁷. Die Änderung einzelner Modalitäten innerhalb eines Ausbildungsganges hingegen ist unter Wahrung des Vertrauens der Absolventen wesentlich leichter möglich. Immerhin ist dem Vertrauen der Absolventen eines juristischen Studienganges insofern Rechnung getragen worden, als

⁴⁶⁶ Vgl. als Analogie den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalt «Bau eines Hauses», vorn S. 204 ff.

⁴⁶⁷ Dazu bei der *Einführungsproblematik*, hinten S. 224 ff.

das Erfordernis der (neueingeführten) bestandenen Zwischenprüfung für das Lizentiatsexamen nur auf diejenigen Studierenden Anwendung fand, welche zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Promotionsordnung mit dem Studium noch nicht begonnen hatten⁴⁶⁸. Eine absolute Frist von fünf Jahren verhinderte allerdings eine allzulange parallele Geltung von zwei Regelungen nebeneinander⁴⁶⁹. Andererseits läßt das Vertrauen die sofortige Inkraftsetzung weniger tiefreichender struktureller Änderungen eines Ausbildungsganges durchaus zu⁴⁷⁰; je nach den Umständen müssen diese aber von flankierenden Maßnahmen begleitet sein.

Änderungen des äußeren Rahmens und der Zielsetzung eines Ausbildungsganges können indessen schwerwiegende intertemporalrechtliche Probleme aufwerfen. Zum äußeren Rahmen eines Ausbildungsganges gehören Dauer, Ort und eine bestimmte finanzielle «Dimension». Die Zielsetzung wird durch die spätere Funktion bestimmt, zu der ein Ausbildungsgang die Voraussetzungen schaffen will. Auszugehen ist vom Grundsatz, daß diese beiden Elemente unter Vorbehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses nur für Personen geändert werden dürfen, welche zum Zeitpunkt des Inkrafttretens die Ausbildung noch nicht begonnen haben⁴⁷¹. Der Dispositionsschutz läßt ein abweichendes Vorgehen nicht zu. Gebieten überwiegende öffentliche Interessen dennoch eine Änderung etwa des Stoffumfanges eines Ausbildungsganges, so sind zunächst alle möglichen flankierenden Maßnahmen durchzuführen, bevor zur Erhöhung der Ausbildungsdauer geschritten werden darf; dem gutgläubigen Vertrauen ist allenfalls mittels Entschädigungssubvention Rechnung zu tragen.

⁴⁶⁸ § 48 Abs. 3 der Promotionsordnung der Juristischen Abteilung der Universität Zürich vom 4. Mai 1976. Vgl. auch Art. 23 Abs. 1 der (eidgenössischen) Verordnung über die Apothekerprüfungen vom 16. April 1980, wo ebenfalls an den *Studienbeginn* angeknüpft wird. Vgl. ferner die differenzierten Anknüpfungen in Art. 120/21 Reglement für die eidgenössischen Medizinalprüfungen vom 23. Dezember 1964.

⁴⁶⁹ § 48 Abs. 6 der genannten Promotionsordnung; Konkretisierung des Fristendes durch Beschluß der Promotionskommission betreffend Auslaufen der Promotionsordnung von 1972 vom 29. November 1977.

⁴⁷⁰ Nach § 42 Abs. 2 der Promotionsordnung der juristischen Abteilung vom 24. Januar 1956 konnten Studierende, die bei deren Inkrafttreten bereits zwei Semester absolviert hatten, ihre Prüfungen noch nach der Promotionsordnung von 1936 ablegen.

⁴⁷¹ Gl. M. FORSTHOFF, Lehrbuch, S. 153.

Das Bundesgericht hatte folgenden Fall zu beurteilen, dessen Sachverhalt im folgenden etwas vereinfacht wiedergegeben wird⁴⁷²: Ein vom Volk im Herbst 1978 angenommenes neues kantonales Lehrerbildungsgesetz sah die Verlängerung der Ausbildungsdauer zum Volksschullehrer um ein Jahr und vier Monate vor. Das (formelle) Gesetz delegierte die zeitliche Festlegung des Inkrafttretens an den Regierungsrat und ermächtigte diesen außerdem zum Erlass einer nicht näher konkretisierten Übergangsordnung für die Einführung des Gesetzes. Der Regierungsrat beschloß, das Gesetz auf Frühjahr 1981 in Kraft zu setzen. Zugleich beschloß er, das neue Gesetz auch auf diejenigen Lehramtskandidaten anzuwenden, welche bereits in den Jahren 1977 und 1978 mit der nach altem Recht fünfjährigen Lehrerausbildung begonnen hatten; er «erließ» allerdings diesem Übergangsjahrgang vier Monate, so daß eine Verlängerung von insgesamt einem Jahr resultierte. Die staatsrechtliche Beschwerde der betroffenen Seminaristen wurde vom Bundesgericht in der Folge abgewiesen. Dieser Entscheid ist sowohl im Ergebnis wie auch in der Begründung problematisch. Er ist *dogmatisch* zwar deshalb ertragreich, weil das Bundesgericht, um eine Beschwerde von großer Legitimität abweisen zu können, seine gesamten intertemporalrechtlichen Lehren bemühen mußte. Einzeln genommen sind die vorgebrachten Argumente des Gerichts nicht oder nur zum Teil schlüssig; es befand sie aber in ihrer Summe als genügend für eine Abweisung der Beschwerde.

Zur Rüge der Blankodelegation der Übergangsordnung an die Exekutive und mithin deren fehlender gesetzlicher Grundlage führt das Bundesgericht die bereits an anderer Stelle kritisierte Begründung an⁴⁷³, die Kompetenz zum Erlass einer Übergangsordnung sei schon in der Ermächtigung zur Inkraftsetzung eines Erlasses enthalten⁴⁷⁴. Zwar sei die Delegation rechtssetzender Befugnisse an die Exekutive (unter anderem) dann nicht zulässig, wenn sie die Rechtsstellung der Bürger «schwerwiegend» berühre⁴⁷⁵. Dies sei aber vorliegend nicht der Fall, denn den betroffenen Jahrgängen würden durch diese Ordnung nicht mehr und andere Pflichten auferlegt, als das neue Gesetz

⁴⁷² BGE 106 Ia 254 ff. mit genauen Sachverhaltsangaben.

⁴⁷³ Vgl. vorn S. 156.

⁴⁷⁴ BGE 106 Ia 257 oben.

⁴⁷⁵ Es hätte hier an das in BGE 102 Ia 64 Gesagte angeknüpft werden sollen (vgl. ferner BGE 103 Ia 376).

vorsehe⁴⁷⁶ – ein eigentlicher Zirkelschluß! Die Frage, ob die Verlängerung der Ausbildungszeit die Betroffenen «schwerwiegend» berühre, ist damit gar nicht geprüft worden, ebenso wenig die weitere Frage, ob nicht das formelle Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung hätte bestimmen müssen⁴⁷⁷. Mit Recht hat zwar das Gericht festgestellt, es liege weder eine Rückwirkung noch eine bindende Zusicherung für eine bestimmte Ausbildungsdauer, noch eine Verletzung eines wohlverworbenen Rechtes vor⁴⁷⁸. Das hier im Vordergrund stehende Problem der Vertrauensanknüpfung wurde jedoch völlig übergangen, zunächst mit dem Hinweis, die Beschwerdeführer könnten sich gegenüber einer Gesetzesänderung grundsätzlich nicht auf Treu und Glauben berufen⁴⁷⁹. Dabei hat das gleiche Gericht mehrmals festgehalten, das Prinzip des Vertrauensschutzes binde auch den Gesetzgeber⁴⁸⁰. Weshalb soll dies bei der Gesetzesänderung nicht der Fall sein? Die Aussage des Bundesgerichtes ist wohl die Folge der mangelnden Differenzierung zwischen der Gesetzesänderung *an sich*, die natürlich durch Treu und Glauben nicht verhindert werden kann, und der Gesetzesänderungs*weise*, welche hingegen vom Vertrauensgrundsatz beherrscht sein *muß*. Hier ging es um letztere, also um die Vertrauensanknüpfung bei einem zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalt. Diese Vertrauensanknüpfung muß auch dann vorgenommen werden, wenn dem alten Recht nicht entnommen werden kann, es garantiere den in einer Ausbildung Stehenden die nach diesem vorgesehene Ausbildungsdauer⁴⁸¹. Daß vorliegend das Dispositionsschutzinteresse die Anknüpfung an den *Beginn* der Lehrerausbildung geboten hätte⁴⁸², ist mit wenig überzeugenden Argumenten überspielt worden⁴⁸³. Zwar war unbestritten geblieben, daß die neue verlängerte Lehrerausbildung als solche im öffentlichen Interesse lag. Das Argument, das vom Bundesgericht *gegen* die Beschwerdeführer verwendet wurde⁴⁸⁴, nämlich das mehr als

⁴⁷⁶ BGE 106 Ia 257.

⁴⁷⁷ BGE 103 Ia 376.

⁴⁷⁸ BGE 106 Ia 258.

⁴⁷⁹ BGE 106 Ia 259.

⁴⁸⁰ Vgl. BGE 102 Ia 336, 101 Ia 485; BGer. unveröff. Entscheid vom 21. September 1976 i. S. Popp, S. 11, BGE 107 Ia 36, 40; ZBl 78/1977, 267 ff.

⁴⁸¹ Diese Argumentation erinnert an jene bei den «wohlverworbenen Rechten».

⁴⁸² Gl. M. FORSTHOFF, Lehrbuch, S. 153 mit Hinweis auf JELLINEK.

⁴⁸³ BGE 106 Ia 261.

⁴⁸⁴ BGE 106 Ia 261 unten.

zehn Jahre dauernde vorgängige Gesetzgebungsverfahren, hätte ebensogut *für* diese verwendet werden können: Wenn sich der Gesetzgeber derart viel Zeit ließ, die Sache also als nicht dringlich ansah, so läßt das Rückschlüsse auf die Intensität des öffentlichen Interesses zu. Nicht geprüft wurde sodann die Frage, ob dem öffentlichen Interesse nicht durch besondere flankierende Maßnahmen, wie etwa Intensivkurse in bestimmten Fächern, Ferien-Zusatzausbildung, eine zeitlich geringere Verlängerung der Ausbildung für die Übergangsjahrgänge oder stärkere Fachbegleitung der Junglehrer im ersten Praxisjahr hätte Rechnung getragen werden können, ohne die Vertrauensanknüpfung zu tangieren. Schließlich ist in dogmatischer Hinsicht einzuwenden, daß der ganze Fall in erster Linie aus der Sicht des für die Übergangsproblematik wenig spezifischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abgewickelt worden ist, dem für das intertemporale Recht vor allem maßgebenden Vertrauensgrundsatz wurde nur ein Türspalt geöffnet⁴⁸⁵.

4.2.2.4. In weiteren Bereichen

Eine unter altem Recht förmlich zugesicherte Subvention darf nach Inkrafttreten von weniger günstigem neuem Subventionsrecht bei Fehlen einer unzweideutigen Widerrufsbestimmung nicht gekürzt werden, selbst wenn die ursprüngliche Zusicherung einen Vorbehalt der Änderung der Subventionssätze infolge Gesetzes- oder Verfassungsänderungen enthielt⁴⁸⁶. Als maßgebende Anknüpfung wurde zu Recht die nach altem Recht erteilte förmliche Zusicherung angesehen – trotz des darin enthaltenen Vorbehaltes⁴⁸⁷. Das Rücktrittsalter eines auf

⁴⁸⁵ BGE 106 Ia 260 oben. Dieser Entscheid steht auch im Gegensatz zum unveröff. Entscheid vom 21. Sept. 1976 i.S. Popp: Dort wurden durch Reglementsänderungen die Aufnahmebedingungen für den Eintritt in eine höhere Schulstufe verschärft. Das Bundesgericht stellte darin entscheidend darauf ab, ob die Betroffenen Gelegenheit hatten, durch vermehrte Anstrengungen die höheren Anforderungen zu erfüllen. Weil dies zutraf, konnte die Vertrauensanknüpfung bejaht werden. Gerade das traf hier nicht zu. Die Seminaristen wurden der Rechtsänderung wehrlos ausgeliefert.

⁴⁸⁶ BGE 104 Ib 157 ff. Vgl. auch BGE 105 Ib 124 ff.: Das Bundesgericht anerkennt in diesem Entscheid implicite die *Verfassungswidrigkeit* der Subventionskürzung in Art. 12a Abs. 1 Bundesgesetz über Maßnahmen zur Förderung des Wohnungsbaues, erachtet sich aber zur Aufhebung dieser Bestimmung als nicht befugt (Art. 114^{bis} Abs. 3 BV).

⁴⁸⁷ Vgl. auch BGE 93 I 674 ff. sowie BGer. 15. Dezember 1976 i. S. Koch = ZBl 78/1977, S. 267 ff. Diese richtige Anknüpfung wird auch in Art. 37 des Entwurfes vom September 1981 zu einem Subventionsgesetz des Eidgenössischen Finanzdepartementes angewendet.

eine bestimmte Zeit gewählten Beamten darf nicht herabgesetzt werden, sofern der Wahlbeschluß keinen Vorbehalt enthält und die Herabsetzung zu einer Verkürzung der im Wahlbeschluß enthaltenen Amtsdauer führen würde⁴⁸⁸.

Für die Frage, ob der Erwerb von Grundstücken in der Schweiz durch Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland bewilligungspflichtig ist, gilt intertemporalrechtlich der Zeitpunkt der Anmeldung zum Grundbucheintrag⁴⁸⁹. Tritt neues, strengeres Recht in Kraft, so kann der Gesetzgeber aus Rücksichtnahme auf in guten Treuen erfolgte schriftliche Abreden über den Erwerb von Rechten an einem damals in Ausführung begriffenen Bauwerk die Anwendung des alten Rechts statuieren, auch wenn die Anmeldung erst zur Zeit der Geltung des neuen Rechts erfolgte⁴⁹⁰.

In der eidgenössischen Volksabstimmung vom 25. September 1977 wurde die Verfassungsänderung über die Erhöhung der Unterschriftenzahlen für Initiative und Referendum angenommen. Der Bundesrat hat beschlossen, die Änderung auf den 25. Dezember 1977 in Kraft zu setzen und sie auf diejenigen Initiativen und Referenden anzuwenden, welche bis zu diesem Datum noch nicht «eingereicht» worden waren. Diese Übergangsregelung ist zunächst in formeller Hinsicht zu beanstanden. Sie hätte in den Bundesbeschlüssen über die Verfassungsänderung selber statuiert werden müssen und nicht (stillschweigend) an den Bundesrat delegiert werden dürfen⁴⁹¹. Materiell verstößt sie gegen den Grundsatz der Vertrauensanknüpfung: Die vom Bundesrat gewählte Anknüpfung bedeutet, daß die höheren Unterschriftenzahlen auf Referenden und Initiativen Anwendung fand, für die bereits vor dem Inkrafttreten des

⁴⁸⁸ Vgl. Reglement für die Eidgenössische Technische Hochschule (ETHZ) vom 16. April 1924, Art. II Schlußbestimmungen der Änderung vom 12. Jan. 1978.

⁴⁸⁹ BGE 106 Ib 14; 101 Ib 386f. mit Hinweisen; ROBERTO BERNHARD, ZBl 64/1963, S. 142.

⁴⁹⁰ Art. II Abs. 5 Übergangsbestimmung zur Änderung des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 21. März 1973. Hier liegt der typische Fall der Rücksichtnahme auf privatrechtliche Verträge durch das öffentliche Recht vor, also die Wahrung von Dispositionsinteressen. Grundsätzlich ist der Staat nicht verpflichtet, bei der Setzung öffentlichen Rechts die Kollision mit *privatrechtlichen* Verträgen zu vermeiden. *Dispositionen* wie angefangene Bauten muß er jedoch unter Umständen schützen. Vgl. zu der zit. Bestimmung: Sten. Bull. StR 1973, S. 37 ff.; Sten. Bull. NR 1973, S. 318 ff.

⁴⁹¹ Gl. M. MÜLLER, Einführung, S. 376 und 382 Anm. 31.

neuen, strengeren Rechts mit der Unterschriftensammlung begonnen worden war. Der Dispositionsschutz der betreffenden Bürger wurde damit vernachlässigt⁴⁹². Die neue Regelung hätte richtigerweise nur auf Referendumsvorlagen angewendet werden dürfen, welche am Tag des Inkrafttretens noch nicht publiziert worden waren. Für Initiativen hätte aufgrund der Vertrauensanknüpfung auf den Beginn der Unterschriftensammlung abgestellt werden müssen⁴⁹³, allenfalls verbunden mit einer Meldepflicht für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens im Sammelstadium befindliche Initiativen unter Androhung der Verwirkung der Behandlung nach altem Recht bei Unterlassen der Meldung. Aus denselben Gründen verstößt auch die Übergangsregelung zum Bundesgesetz über die politischen Rechte gegen den Grundsatz der Vertrauensanknüpfung, wo ebenfalls auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens «eingereichte» Referenden und Initiativen abgestellt wird⁴⁹⁴. Ein überwiegendes öffentliches Interesse für diese Anknüpfung lag in beiden Fällen nicht vor.

4.3. *Prozessuales intertemporales Kollisionsrecht*

Infolge der relativen Wertneutralität des Prozeßrechts haben sich in diesem Bereich kaum intertemporalrechtliche Probleme ergeben. Auszugehen ist von der *sofortigen* Anwendbarkeit des neuen Prozeßrechts⁴⁹⁵. Die Gesetze sehen indessen einschränkend vor, daß das neue Prozeßrecht keine Anwendung auf die zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits bei bestimmten Rechtsmittelinstanzen *hängigen* Streitigkeiten findet⁴⁹⁶. Dabei

⁴⁹² Vgl. auch die Kritik von TOBIAS JAAG, NZZ 24. Nov. 1977, Nr. 276, S. 49.

⁴⁹³ Vgl. § 25 Abs. 2 des Gesetzes über das Vorschlagsrecht des Volkes vom 1. Juni 1969 des Kantons Zürich.

⁴⁹⁴ Art. 90 Abs. 1 Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dez. 1976. Nicht zu beanstanden ist Art. 90 Abs. 2. Etwas sonderbar, aber verständlich ist die «unkonventionelle» Abschreibung der verschleppten Initiative über die Pressefreiheit in Abs. 3 (dazu EDUARD AMSTAD, Referendum und Initiative, in: Das Bundesgesetz über die politischen Rechte, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Bd. 13, St. Gallen 1978, S. 97).

⁴⁹⁵ Vgl. WERNER, Contribution, S. 760 ff., der von «effet immédiat» spricht; HEIDERICH, Übergangsvorschriften, S. 68 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. Art. 81 VwVG; Art. III 2/3 der Schlußbestimmung der Änderung des OG vom 20. Dez. 1968; § 101 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959; § 94 Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Solothurn vom 15. Nov. 1970; § 42 Gesetz über die Delegation von Verwaltungsbefugnissen des Kantons Solothurn vom 5. April 1981; § 87 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des

bleibt indessen die Frage offen, welches Prozeßrecht auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bereits eröffneten, aber noch nicht weitergezogenen Verfügungen oder Entscheide anwendbar ist. Die Gesetze knüpfen, um allfälligen Änderungen von Rechtsmittelfristen während laufender Frist zu vermeiden, zu Recht an den Zeitpunkt der *Eröffnung* der anfechtbaren Verfügungen und Entscheide an: Findet die Eröffnung *vor* dem Inkrafttreten des neuen Prozeßrechts statt, so findet das alte, im andern Falle das neue Recht Anwendung⁴⁹⁷. Dieselbe Wirkung in bezug auf den Fristenlauf wird erreicht mit der Formulierung, wonach sich die Dauer von Fristen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens laufen, nach altem Recht richtet⁴⁹⁸; allerdings bleibt damit die Frage, ob sich die Modalitäten der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels nach altem oder neuem Recht richtet, unbeantwortet⁴⁹⁹. Bei Änderung von Verfahrensnormen des Verwaltungsstrafrechts wird zuweilen eine *lex mitior*-Klausel statuiert⁵⁰⁰.

Das intertemporale Prozeßrecht ist zu trennen von der Frage der Anwendbarkeit *von materiellem* Recht auf hängige Streitgegenstände⁵⁰¹.

Kantons Aargau vom 9. Juli 1968; § 129 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau vom 23. Februar 1981; Art. 97 Abs. 1 Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Wallis vom 6. Okt. 1976; Art. 96 Abs. 1 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 22. Okt. 1961; § 220 Abs. 2 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Luzern vom 3. Juli 1972; § 101 Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Zug vom 1. April 1976.

⁴⁹⁷ Art. 96 Abs. 2 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 22. Okt. 1961; Art. 133 Abs. 1 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 1965; § 87 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau vom 9. Juli 1968; Art. 57 Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Schaffhausen vom 20. Sept. 1971; verschiedene Gesetze enthalten diesbezüglich keine Bestimmung. Art. III Abs. 2 der Schlußbestimmung der Änderung des OG vom 20. Dez. 1968 meint dasselbe, ist aber für andere als verwaltungsrechtliche Rechtsmittel unklar gefaßt; vgl. dazu BGE 95 II 380 ff., 96 II 69 ff. (Anwendung von Treu und Glauben).

⁴⁹⁸ § 2 Abs. 2 Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976; Ziff. 2 Einführungs-, Übergangs- und Schlußbestimmungen des Straf- und Vollzugsgesetzes des Kantons Zürich vom 30. Juni 1974.

⁴⁹⁹ Dazu § 3 Abs. 2 Gesetz über den Zivilprozeß des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976.

⁵⁰⁰ Vgl. etwa § 202 Abs. 2 des Gesetzes über die direkten Steuern des Kantons Zürich vom 8. Juli 1951; keine solche Klausel enthält das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (Art. 105/106).

⁵⁰¹ Dazu vorn S. 206 ff.

5. Einführungsrecht

5.1. Allgemeines

Gegenstand des Einführungsrechts sind die *Dauersachverhalte*, vorab die zeitlich offenen. Das verfassungsrechtliche Kontinuitätsvertrauen gebietet dem Gesetzgeber im Falle von Kontinuitätsbrüchen, Übergangsrecht im Sinne von Einführungsnormen zu erlassen⁵⁰². Der intertemporalrechtliche Gesetzgeber steht bei der Schaffung solcher Einführungsnormen zwischen zwei Polen: Auf der einen Seite muß er Ungleichbehandlungen in der Form von Privilegierungen vermeiden; er darf daher Träger von früher begründeten Dauersachverhalten von der Anwendung des neuen Rechts nicht einfach ausnehmen. Es soll also möglichst vermieden werden, daß sich ein Zustand doppelten Rechts ergibt⁵⁰³. Andererseits muß er bestrebt sein, im Sinne der Wahrung von Kontinuitätsvertrauen eine unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses möglichst *schonende* Rechtsänderungsweise zu statuieren.

Die Schaffung von Normen für die Einführung des neuen Rechts in die gesellschaftliche Wirklichkeit ist in erster Linie Aufgabe des formellen Gesetzgebers. Dieser verfügt über Autorität und Legitimation, welche zur Bewältigung der neuralgischen Rechtsänderungssituation notwendig sind. Auch verlangt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die rechtssatzmäßige Regelung auch der Einführung neuen Rechts. Überdies gebietet die bei jeder Rechtsänderung latente Gefahr der Ungleichbehandlung der Bürger und der Willkür die generell-abstrakte Regelung der Einführung des neuen Rechts.

⁵⁰² BGE 104 Ib 215; BGer. 19. Sept. 1980 = ZBl 82/1981, S. 19 ff.; vgl. auch BGE 101 Ia 347f. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht verlangt vom Gesetzgeber den Erlass von Übergangsbestimmungen, vgl. BVerfGE 32, 1 (32); 21, 173 (183); 13, 97 (120 ff.). Vgl. auch SALZWEDEL, Besitzstände, S. 21.

⁵⁰³ Vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch, S. 152.

Schließlich ist für die Gewährleistung von Akzeptierbereitschaft und Akzeptierfähigkeit der Betroffenen in der Regel die spezielle gesetzliche Regelung der Einführungsphase unter Einsatz besonderer Mittel notwendig; den rechtsanwendenden Behörden fehlen diese ohne gesetzliche Ermächtigung weitgehend.

Das Einführungsrecht ist nicht eigentliches intertemporales Kollisionsrecht, sondern «Überleitungsrecht». Es nimmt eine Zwischenstellung zwischen intertemporalem Recht und materiellem Vollzugsrecht ein. Solches Überleitungsrecht muß daher in mehr oder weniger *enger Sachnähe* zum betreffenden materiellen Recht konzipiert sein. Weil es notwendigerweise von *zwei* materiellen Rechtsordnungen abhängt, hat es auch immer einen gewissen Kompromißcharakter⁵⁰⁴. Diese Umstände machen es schwer, allgemeine Richtlinien und Typen von Einführungsnormen herauszuarbeiten. Wenn im folgenden doch ein Versuch in dieser Richtung gewagt werden soll, so muß das lediglich im Sinne eines Ansatzes für ausgewählte Problemlagen verstanden werden. Es wird dann Aufgabe der sich gegenwärtig im Aufbau befindlichen allgemeinen Gesetzgebungslehre sein, diesen Ansatz weiterzuentwickeln. Leitprinzip für die Gestaltung allen Überleitungsrechts ist das Kontinuitätsvertrauen, das unter Wahrung des öffentlichen Interesses grundsätzlich eine stetige, sanfte, möglichst schonende Einführung des neuen Rechts verlangt⁵⁰⁵.

Zweifellos kann die Einführungsproblematik dadurch gemildert oder entschärft werden, indem das neue Recht so gestaltet wird, daß es sich qualitativ und quantitativ möglichst eng an das alte anlehnt. Auf diese Weise wird die «Spannung» zwischen altem und neuem Recht verringert⁵⁰⁶; die dadurch erzielte geringe Innovationshöhe ermöglicht es den Betroffenen, den Wechsel vom alten zum neuen Recht mühelos zu vollziehen. Einer solchen, rein juristisch gesehenen wünschenswerten Rechtsänderungsweise sind jedoch, was die *inhaltliche* Seite des neuen Rechts anbelangt, relativ enge Grenzen gesetzt. Denn das von den politischen Kräften bestimmte öffentliche Interesse gebietet oft ein Vorgehen, welches weder qualitativ noch quantitativ eine solche Anlehnung an das alte Recht erlaubt. Das

⁵⁰⁴ WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944, S. 103.

⁵⁰⁵ Vgl. SALZWEDEL, Besitzstände, S. 17f.; MÜLLER, Einführung, S. 376.

⁵⁰⁶ Vgl. MÜLLER, Einführung, S. 370.

geltende Recht kann daher nicht (und soll nicht) eine eigentliche Schranke der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sein⁵⁰⁷. Gerade dann, wenn wichtige Gesetzgebungsvorhaben jahrelang hinausgeschoben wurden, kann sich später eine rigorose Rechtsänderungsweise aufdrängen – ein weiterer Grund für die Notwendigkeit kontinuierlicher Gesetzgebungstätigkeit nach Maßgabe realer gesellschaftlicher Bedürfnisse. Was hingegen die *formale* Seite des neuen Rechts betrifft, bestehen mannigfache Möglichkeiten, die Einführungsproblematik mittels Anlehnung an das alte Recht zu mildern. So ist der Gesetzgeber gehalten, bei der Schaffung neuen Rechts nicht ohne Notwendigkeit neue Verfahren, Institutionen und Vollzugsmethoden einzuführen⁵⁰⁸. Ferner soll er vom äußeren System des alten Rechts nur abweichen, sofern dies vom öffentlichen Interesse her oder aus praktischen Gründen geboten ist. Wenn immer möglich, soll er sich am äußeren Rahmen des alten Rechts orientieren. Das alte Recht präjudiziert damit rein faktisch das neue erheblich. Es wirkt jedoch nicht als Schranke, sondern lediglich als nicht zwingende äußere Leitlinie für die Gestaltung des neuen Rechts. Die mit dem inhaltlichen Rechtswandel verbundene Problematik kann jedoch mittels formaler Anlehnung an das alte Recht nicht überwunden werden; zu deren Lösung bedarf es differenzierter gesetzgeberischer Lösungen.

5.2. Systemwandel und Innovationshöhe als Richtmaß für die Einführungsnormen

Qualität und Quantität der Einführungsnormen haben sich nach der Art des Systemwandels und der Innovationshöhe zu richten. Sind beide bedeutend, so muß ein eigentliches, differenziertes Einführungssystem geschaffen werden. Ein Blick auf die bestehende intertemporalrechtliche Gesetzgebung zeigt, daß dies bis heute nur in Ansätzen getan worden ist. Das hauptsächlichste Einführungsmittel ist bis heute die Festlegung von Fristen geblieben. Im folgenden sollen darüber hinaus differenziertere Einführungsmethoden dargelegt werden, um die Phan-

⁵⁰⁷ Anderer Auffassung: MÜLLER, Einführung, S. 370 Ziff. 2.

⁵⁰⁸ An diesen Grundsatz hält sich das kommende Umweltschutzgesetz, vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 31. Okt. 1979 (BB1 1979 III, S. 777).

tasie künftiger Gesetzgeber etwas anzuregen. Es ist selbstverständlich nicht möglich, diese auch nur annähernd aufzuzählen, denn die Art und Weise der Einführung hängt eng mit dem jeweiligen Sachgebiet zusammen, das neu normiert werden soll. Es geht daher im folgenden nur darum, eine Auswahl von Einführungsmethoden zu geben. Diese können je nach Bedürfnis miteinander kombiniert werden. Leitprinzipien bei der Suche nach Einführungsmethoden sind das Kontinuitätsvertrauen, das hinter dem neuen Recht stehende öffentliche Interesse und das Gleichbehandlungsgebot. Ein rigores Verstandnis des Kontinuitätsvertrauens würde gebieten, das neue Recht kontinuierlich, also eigentlich stufenlos beziehungsweise in extrem kleinen Stufen einzuführen. Eine solche Rechtsänderungsweise ist indessen nicht praktikabel. Es müssen daher zeitlich gestaffelte, genau bestimmbare Einstufungsstufen geschaffen werden. Auf diese Weise wird es den rechtsanwendenden Organen möglich, das neue Recht mit vertretbarem Aufwand unter Wahrung der Grundidee des Kontinuitätsvertrauens einzuführen.

5.3. *Rechtsgleichheit und Einführung*

Es bedarf nur dann der Einführungsnormen, sofern die bereits bestehenden Dauersachverhalte dem neuen Recht unterstellt werden sollen. Sieht ein Gesetz vor, daß es nur auf die *nach* seinem Inkrafttreten entstehenden Dauersachverhalte anzuwenden ist, so genügt eine Stichtagsregelung für das Inkrafttreten und eine Regelung, durch die der maßgebende Beginn des betreffenden Dauersachverhaltes festgelegt wird. Meistens verstößt jedoch die Nichtunterstellung der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits bestehenden Dauersachverhalte unter das neue Recht gegen den Gleichheitssatz⁵⁰⁹. Nur die infolge Bestandesvertrauen besonders qualifizierten Gründe vermögen die gänzliche Nichtunterstellung bestehender Dauersachverhalte unter das neue Recht zu rechtfertigen, vorab vertragliche Zusicherungen, feste Zusagen oder gesetzlich normierte bzw. gewohnheitsrechtliche Besitzstandsgarantien. Die teilweise Nichtunterstellung bestimmter Dauersachverhalte ist bei Vorliegen qualifizierter Differenzierungskriterien vor dem

⁵⁰⁹ Im Gegensatz zu den Ausführungen der beschwerdeführenden *Chiropraktoren* (BGE 96 I 144 E. 4).

Gleichheitssatz haltbar; auch hier bestehen jedoch relativ enge verfassungsrechtliche Schranken.

Im Lichte dieser Überlegungen muß es als Verstoß gegen Art. 4 BV angesehen werden, wenn etwa das Übergangsrecht zu einem neuen Treuhändergesetz, das im wesentlichen die Schaffung einer anspruchsvollen obligatorischen Fähigkeitsprüfung statuiert, allen während mindestens vier Jahren vor dem Inkrafttreten tätigen Treuhändern den Fähigkeitsausweis ohne jegliche Prüfung erteilt, sofern die bisher Tätigen über freien Berufszugang verfügten und damit nie einen Fähigkeitsbeweis ablegen mußten⁵¹⁰. Die «Bisherigen» werden dadurch gegenüber den «Neuen» zu stark privilegiert, besonders wenn man in Betracht zieht, daß Anstoß zum Erlaß des neuen Gesetzes das zweifelhafte Verhalten und die mangelhaften Fachkenntnisse eben einiger Bisheriger bildete⁵¹¹. Zumindest hätte für die während längerer Zeit bisher Tätigen eine «kleine», allenfalls mehr praktisch ausgerichtete Fähigkeitsprüfung verlangt oder im Fall des Verzichtes auf eine solche für sie eine stärkere staatliche Aufsicht als für die «Neuen» eingeführt werden müssen⁵¹². Eine andere Möglichkeit bestünde darin, daß das Gesetz, welches eine obligatorische Fähigkeitsprüfung einführt, die Möglichkeit vorsieht, die bisher Tätigen zwar von jener zu befreien, sie aber zum Besuch obligatorischer Fortbildungskurse zu verpflichten⁵¹³, verbunden mit Sanktionen für künftige Verstöße gegen Verhaltenspflichten des neuen Rechts. Die Sanktion könnte darin liegen, fehlbare «Bisherige» zur nachträglichen Absolvierung einer anspruchsvollen Fähigkeitsprüfung zu verpflichten⁵¹⁴. Eine solche differenzierte Statuierung einer

⁵¹⁰ Art. 7 der Ausführungsverordnung zum (bündnerischen) Gesetz über die Ausübung des Treuhänderberufes vom 28. Mai 1978. Die kritische Übergangsbestimmung findet sich auch hier bloß auf *Verordnungsstufe*, obwohl diese ein kardinales Problem des ganzen Gesetzes betrifft. – M. E. zu Unrecht beschränkt das Bundesgericht in seinem obiter dictum in BGE 96 I 144 (oben) seine Kognition hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebotes: Es geht hier nicht um Fragen des Verwaltungsermessens, sondern um verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsprobleme, die das Gericht materiell beurteilen muss.

⁵¹¹ Vgl. die Amtlichen Erläuterungen zum genannten Gesetz vom 21. Dez. 1977. Die Verletzung von Art. 4 BV (resp. der Handels- und Gewerbefreiheit) ist auch gegeben, wenn die «Bisherigen» durchaus erlaubterweise tätig waren (vgl. BGE 86 I 287 f.).

⁵¹² Vgl. BGE 96 I 139 ff.

⁵¹³ Art. 35 Abs. 2 Kindergartengesetz des Kantons St. Gallen vom 23. Juni 1974.

⁵¹⁴ Art. 48 Jagdgesetz des Kantons St. Gallen vom 5. März 1950.

Fähigkeitsprüfung dürfte jedoch nur dann sinnvoll und zulässig sein, sofern das neue Recht eingehende Verhaltensgebote für den betreffenden Beruf enthält⁵¹⁵.

Mit Art. 4 BV ebenfalls unvereinbar und daher unzulässig ist natürlich die Befreiung von bisher Tätigen von einer Fähigkeitsprüfung, sofern diese ihre Tätigkeit vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts *verbotenerweise* ausgeübt hatten⁵¹⁶. Etwas anders ist das Übergangsrecht dann zu gestalten, wenn die «Bisherigen» aufgrund des alten Rechts bereits einen Fähigkeitsausweis hatten erwerben müssen, das neue Recht jedoch einen solchen mit höheren fachlichen Anforderungen einführt; die Befreiung der «Bisherigen» vom Erwerb des neuen Fähigkeitsausweises ist dann im allgemeinen vor Art. 4 BV haltbar⁵¹⁷.

Mehr oder weniger differenzierte Einführungsnormen sind indessen dann notwendig, wenn der Gesetzgeber – was die Regel ist – die gänzliche *Unterstellung* der Dauersachverhalte unter das neue Recht vorsieht und zugleich eine bedeutende Innovationshöhe des neuen Rechts statuiert. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn in einem Gebiet mit bisher freiem Berufszugang ein Fähigkeitsausweis neu eingeführt wird. Maßgebend ist aus verfassungsrechtlicher Sicht dann nicht Art. 4 BV, sondern das Kontinuitätsvertrauen. Dieses ist unzweifelhaft verletzt worden in einem (nicht in Kraft getretenen) Verordnungsentwurf eines kantonalen Gesundheitsdepartementes über die nichtärztlichen Psychotherapeuten⁵¹⁸: Während die Tätigkeit der Psychotherapeuten nach bisherigem Recht ohne Fähigkeitsausweis (umstrittenerweise) zulässig war⁵¹⁹, sah der Verordnungsentwurf im wesentlichen vor, daß auch die lang-

⁵¹⁵ Solche fehlen weitgehend im erwähnten bündnerischen Treuhändergesetz vom 28. Mai 1978; das Gesetz ist fast ausschließlich auf den Fähigkeitsausweis konzentriert und begnügt sich mit einer vage formulierten «Disziplinarordnung» (Art. 5 Abs. 1).

⁵¹⁶ BGE 86 I 281 ff.

⁵¹⁷ § 47 Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf vom 3. Juli 1938 des Kantons Zürich; § 34 Abs. 1 Advokaturgesetz vom 6. Dez. 1976 des Kantons Basel-Landschaft; Art. 41 Loi sur le barreau du 20 mai 1914 des Kantons Neuchâtel; Art. 48 Abs. 2 Notariatsgesetz vom 28. Aug. 1980 des Kantons Bern; vgl. auch die differenzierte Übergangsordnung der Loi sur la profession d'avocat du 9 novembre 1978 des Kantons Jura; § 12 Abs. 1 Gesetz über das Hebammenwesen vom 13. Juni 1976 des Kantons Solothurn.

⁵¹⁸ Entwurf der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich vom 23. Mai 1978 zu einer Verordnung über die Psychotherapeuten (im folgenden «Verordnungsentwurf» genannt).

⁵¹⁹ Und auch noch im heutigen Recht.

jährigen bisher tätigen Psychotherapeuten innerhalb von fünf Jahren den umfassenden, strengen Fähigkeitsausweis für neu in den Beruf Eintretende hätten erwerben müssen, der an eine Reihe *formeller* Voraussetzungen wie Maturitätsausweis, Hauptfachstudium in Psychologie an einer Universität und Praktikum geknüpft war⁵²⁰. Zusätzlich wäre ohne Übergangsfrist die Praxisausübung nurmehr für Schweizerbürger zulässig geworden⁵²¹. Dieser Verordnungsentwurf vernachlässigte die Tatsache, daß bis vor kurzem an schweizerischen Universitäten das Hauptfachstudium in Psychologie gar nicht möglich war, daß eine Reihe von privaten, meist von Ausländern gegründeten Ausbildungsinstituten Pionierarbeit auch für die spätere Universitätsausbildung geleistet haben⁵²² und daß in diesem Fach der längeren praktischen Tätigkeit große qualifizierende Bedeutung zukommt⁵²³. Es hätte ohne Rücksichtnahme auf die tatsächlichen Kenntnisse und Fähigkeiten der «Bisherigen» ein neues, rigoroses Régime eingeführt werden sollen, das zudem von einem Tag auf den andern alle Ausländer aus dem Beruf ausgeschlossen hätte und insgesamt nicht geeignet gewesen wäre, die «Spreu vom Weizen zu scheiden»⁵²⁴. Das Kontinuitätsvertrauen verlangt in solchen Fällen den Erlaß von differenzierten, sachlich ausgewogenen und im Rahmen der Wahrung des öffentlichen Interesses möglichst schonenden Übergangsbestimmungen. Ähnlich wie beim Beispiel der Psychotherapeuten liegt die Problematik beim vom Bundesgericht beurteilten Fall des neu eingeführten Erfordernisses der Meisterprüfung für bestimmte Tätigkeiten von Augenoptikern⁵²⁵. Hier wurden – es wird noch näher darauf einzugehen sein⁵²⁶ – die langjährig bisher Tätigen ebenfalls mit rigoroser Härte angefaßt, ohne daß

⁵²⁰ § 4 des Verordnungsentwurfes.

⁵²¹ § 3 des Verordnungsentwurfes.

⁵²² C. G. Jung-Institut, Szondi-Institut, Institut von A. Adler, Daseinsanalytisches Institut u. a.

⁵²³ Vgl. die zutreffende Kritik am Verordnungsentwurf von ERNST SPENGLER in NZZ vom 13. Okt. 1978 Nr. 238. Man spürt bei diesem Entwurf den materiellen Interessendruck der mit den Psychotherapeuten in wirtschaftlicher Konkurrenz stehenden Ärzte.

⁵²⁴ SPENGLER, (a. a. O.). Es wäre auch die paradoxe Situation eingetreten, daß Personen, die künftige Psychotherapeuten hätten ausbilden müssen (z. T. Hochschuldozenten) selber nicht berufswürdig hätten werden können, weil sie seinerzeit kein Hauptfachstudium in Psychologie hatten absolvieren können.

⁵²⁵ BGE 103 Ia 274 ff.

⁵²⁶ Hinten S. 237 ff.

der Nachweis erbracht worden war, daß eine dem Kontinuitätsvertrauen Rechnung tragende mildere Maßnahme dem öffentlichen Interesse nicht genügt hätte.

5.4. *Mittel der Einführung*

Die im folgenden aufgeführten Einführungsmittel können einzeln oder kumulativ eingesetzt werden. Sie stehen in enger Sachnähe zum betreffenden Rechtsgebiet; es sind daher zahlreiche weitere Einführungsmittel denkbar, weshalb hier nur die wichtigsten beispielhaft beleuchtet werden.

5.4.1. Frühzeitige Ankündigung von Rechtsänderungen

Die rechtzeitige Ankündigung von Rechtsänderungen erlaubt es den Betroffenen, vorbereitende Handlungen zur Anpassung an das neue Recht vorzunehmen. Akzeptierbereitschaft und Akzeptierfähigkeit werden dadurch erhöht, und die Einführung des neuen Rechts kann wesentlich erleichtert werden.

Bei der formellen Gesetzgebung müssen im allgemeinen keine besonderen Ankündigungen vorgenommen werden. Die verfassungsrechtliche Öffentlichkeit der Parlamentsverhandlungen, die immer stärker institutionalisierten Vernehmlassungen⁵²⁷ und die Publikationspflicht⁵²⁸ erlauben es den vom neuen Recht Betroffenen, rechtzeitig Kenntnis von den für sie relevanten Gesetzesänderungen zu erhalten. Problematischer sind hingegen Änderungen von Verordnungsrecht und weiterer Normen unterhalb der formellen Rechtssetzung. Weil für diese Rechtssetzungsverfahren keine prinzipielle Öffentlichkeit vorgeschrieben ist, müssen von der Verwaltung spezielle Informationsmaßnahmen getroffen werden. Diese können je nach Art und Zeitpunkt der vorgesehenen Neuregelung und des Kreises der Betroffenen stark variieren. Ebenfalls schwierig zu lösen ist das Problem bei Rechtsprechungsänderungen. Der Richter kann, um die Legitimität und die Durchsetzbarkeit des gerade zu treffenden Entscheides nicht zu gefährden, kaum im Kernbereich des Streitgegenstandes eine Praxisänderung ankünden. Er wird dies vielmehr in obiter dicta mehr andeutungsweise tun⁵²⁹.

⁵²⁷ Dazu der umfassende Überblick von KARL STENGEL, Kantonsinterne Vernehmlassungen, ZBl 83/1982, S. 521 ff.

⁵²⁸ ZÜST, Veröffentlichung, S. 39 ff.

⁵²⁹ Vgl. DÜRIG, Zeit, S. 38.

Die Voraussehbarkeit möglicher künftiger Praxisänderungen könnte mittels Publikation der abweichenden Auffassung der in die Minderheit versetzten Richter (*dissenting opinion*) erhöht werden.

5.4.2. Stufenweises Inkraftsetzen von neuem Recht?

Im Regelfall ist ein neuer Erlass gesamthaft in Kraft zu setzen⁵³⁰. Der Gesetzgeber kann indessen das stufenweise Inkrafttreten eines neuen Erlasses speziell vorsehen⁵³¹. Dieses Vorgehen unterscheidet sich von der Ansetzung von Anpassungsfristen dadurch, daß die Betroffenen vor der Inkraftsetzung nicht zur Vorbereitung allfälliger Anpassungsmaßnahmen verpflichtet sind; es würde sonst eine unzulässige Vorwirkung statuiert. Die stufenweise Inkraftsetzung von Teilen von Erlassen kann damit deren Durchsetzung verzögern, indem sich die Notwendigkeit einer Anpassungsfrist zusätzlich zu jener ergeben kann; sie sollte daher nur in engen Grenzen als subsidiäres Mittel verwendet werden. Sinnvoll ist sie etwa dann, wenn der Staat aufgrund eines Erlasses selber gewisse zeitlich nicht genau bestimmbare Maßnahmen treffen muß, welche Voraussetzung für den Beginn von Anpassungsmaßnahmen der Privaten sind. Das kann etwa im Planungsrecht der Fall sein⁵³²; auch bei der Durchführung von Emissions- oder Schadstoffgrenzwerten kann sich eine spätere Inkraftsetzung dann als notwendig erweisen, wenn zur Zeit der Verabschiedung des Erlasses noch keine geeigneten Meßmethoden zur Verfügung stehen.

Die Statuierung des stufenweisen Inkrafttretens ist Sache des formellen Gesetzgebers. Er kann im Rahmen der Delegationsgrundsätze unter Festlegung eines zeitlichen Rahmens ein anderes Staatsorgan mit der Konkretisierung betrauen.

⁵³⁰ Vgl. Art. 69 Geschäftsverkehrsgesetz vom 23. März 1962. Dieses Gesetz läßt zu Recht die Delegation der Inkraftsetzung an die Exekutive zu (Abs. 1). Leider äußert es sich nicht dazu, innerhalb welchen zeitlichen Rahmens diese die Inkraftsetzung vorzunehmen hat. Meines Erachtens gebieten das öffentliche Interesse und die Achtung vor dem Willen des Parlamentes bzw. des Volkes die Inkraftsetzung innerhalb längstens zweier Jahre seit der Publikation des Gesetzes; vgl. vorn Anm. 177. Am zweckmäßigsten wird in die Delegationsnormen der Gesetze eine Höchstfrist («spätestens») aufgenommen. Vgl. Näheres zu diesem Problem bei GRISEL, Application, S. 236f. mit weiteren Hinweisen.

⁵³¹ ZÜST, Veröffentlichung, S. 219.

⁵³² Vgl. § 361 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. Sept. 1975.

5.4.3. Anpassungsfristen

Die Anpassungsfrist bedeutet das Hinausschieben der Vollziehbarkeit von in Kraft stehendem Recht. Sie ist von der verzögerten Inkraftsetzung klar zu trennen⁵³³. Es wird mit der Frist nicht die Geltung, sondern lediglich die Vollziehbarkeit von Rechtssätzen verzögert⁵³⁴. Diese Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil das neue Recht während des Fristenlaufes insofern gilt, als die Betroffenen zur Vornahme von Anpassungsmaßnahmen verpflichtet sind.

Die Festlegung von Fristen bildet das einfachste und zugleich am häufigsten verwendete intertemporalrechtliche Gestaltungsmittel. Sie soll es den Betroffenen erlauben, sich auf das neue Recht einzustellen und die notwendigen Dispositionen zu treffen. Ihre Länge ist daher in erster Linie auf diesen Zweck hin auszurichten. Andererseits wird sie durch das öffentliche Interesse begrenzt. Allzulange Fristen stehen letztlich mit dem Gesetzeszweck in Widerspruch, ja sie können die Glaubwürdigkeit des Gesetzgebers in Frage stellen. Auch aus diesem Grunde ist es unerlässlich, daß der formelle Gesetzgeber, sofern er die Festlegung von Fristen an die Exekutive delegiert, zumindest einen zeitlichen Rahmen für die Festsetzung der Frist durch die Exekutive festlegt. Wie lange eine Einführungsfrist sein soll beziehungsweise sein darf, hängt von zahlreichen rechtlichen und außerrechtlichen Faktoren ab. Es kann daher im folgenden nur versucht werden, aufgrund von Einzelfällen gewisse Anhaltspunkte zu finden.

Das Bundesgericht hat zu Recht eine zweimonatige Frist für die Außerbetriebnahme von zuerst bewilligten Geldspielautomaten als zu kurz angesehen⁵³⁵. In zwei weiteren Entscheidungen hingegen erachtete es eine Frist von zwei beziehungsweise drei Monaten für die von neuen Gesetzen geforderte Entfernung von Geldspielautomaten – ebenso zu Recht – als ausreichend, nachdem die betreffenden Firmen seit langer Zeit sichere Kenntnis von der Absicht des Gesetzgebers hatten⁵³⁶. Maßgebend für diesen Entscheid war ferner die Tatsache, daß die Amortisationsdauer solcher Apparate nur ein bis vier Jahre beträgt⁵³⁷, daß entsprechenden Rechtsmitteln regelmäßig die

⁵³³ Das ist nicht der Fall in BGE 104 Ib 215 f.

⁵³⁴ Anders BGE 107 Ib 92 unten.

⁵³⁵ BGE 97 I 761.

⁵³⁶ BGE 101 Ia 348, 106 Ia 195 f.; BGer. 13. Juli 1977 = ZBl 79/1978, S. 81 ff. (hier wurde eine Frist von drei Monaten eingeräumt).

⁵³⁷ BGE 101 Ia 348.

aufschiebende Wirkung erteilt werden muß, und wohl auch die Tatsache, daß die Beschwerden infolge gefestigter Praxis von vornherein als wenig aussichtsreich erscheinen mußten⁵³⁸. In solchen Fällen darf also mitberücksichtigt werden, wenn ein Beschwerdeführer trotz klarer Rechtslage ein verhältnismäßig billiges Rechtsmittelverfahren einleitet und damit die Amortisationsdauer seiner Apparate sozusagen «herausschlägt» – ein Anwendungsfall von Treu und Glauben zulasten Privater⁵³⁹. Als angemessen erscheint auch die einjährige Anpassungsbeziehungweise Liquidationsfrist für nicht gesetzeskonforme Unterhaltungsbetriebe des (Zürcher) Unterhaltungsgewerbegesetzes⁵⁴⁰, denn es geht hier um ganze Betriebe und nicht lediglich um einzelne Apparate⁵⁴¹.

Für die Beurteilung der Länge von Fristen spielt nicht allein das Datum des Beschlusses des gesetzgebenden Organs und jenes der Publikation, sondern auch das Datum des ein Gesetzgebungsverfahren einleitenden Aktes eine Rolle. Die rechtzeitige öffentliche Ankündigung eines Gesetzgebungsvorhabens etwa in einer Botschaft der Exekutive, allenfalls die besondere Anhörung speziell Betroffener, darf also bei der Bestimmung der Dauer von Einführungsfristen mitberücksichtigt werden⁵⁴²; allerdings darf dies nicht zu einer eigentlichen «Vorwirkung» des neuen Rechts führen. Die mit dem Inkrafttreten zu laufen beginnende Frist muß auf jeden Fall noch zumutbar sein, auch wenn sie aus den genannten Gründen kürzer gefaßt wird als sonst. Die zwar kurzen, jedoch differenzierten Anpassungsfristen der Verordnung über Abgase von Motorwagen mit Benzinmotoren⁵⁴³ erscheinen daher als angemessen, denn Hersteller und Importeure mußten aufgrund klarer und frühzeitiger Ankündigungen des Bundesrates mit dieser Verschärfung rechnen⁵⁴⁴. Zu berücksichtigen ist bei der genannten Verordnung auch, daß eine bestimmte Ankündigung des zum Erlaß zuständigen Organs selber (Bundesrat) vorlag. Etwas längere

⁵³⁸ Dies gilt besonders für BGE 106 Ia 195/196. Vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, ZBJV 118/1982, S. 215.

⁵³⁹ Vgl. KÖLZ, Diskussionsvotum, ZSR 96 II, 1977, S. 455.

⁵⁴⁰ Vom 27. Sept. 1981.

⁵⁴¹ Vgl. GEORG HÄBERLING, Vollzugsfragen zum Zürcher Unterhaltungsgewerbegesetz, ZBl 84/1983, S. 5.

⁵⁴² BGE 101 Ia 348 oben; im selben Sinne BGer., unveröff. Entsch. vom 5. Mai 1978 i. S. Zäch, S. 9 oben. Vgl. auch BGE 104 Ib 215f. – A. M. JOST, Rechtsschutz, S. 495f.

⁵⁴³ Vom 1. März 1982 (AS 1982, 491 f.).

⁵⁴⁴ A. M. JOST, Rechtsschutz, S. 495f.

Fristen hätten dann eingeräumt werden müssen, wenn die Ankündigung vom Bundesrat ausgegangen, jedoch das Parlament zur Festsetzung zuständig gewesen wäre. Die Betroffenen hätten dann mit guten Gründen auf einen für sie günstigen Mehrheitsbeschluß und auf ein allfälliges Referendum hoffen können. Das Abstellen allein auf das Datum der Publikation des entsprechenden Erlasses in der Gesetzessammlung erweist sich als zu formale Betrachtungsweise⁵⁴⁵, und die Wirksamkeit des neuen Rechts kann dadurch allzulange verzögert werden. Allerdings ist dafür zu sorgen, daß die Betroffenen mittels geeigneter Maßnahmen lückenlos und möglichst frühzeitig von einer bevorstehenden Verschärfung in Kenntnis gesetzt werden. Zu berücksichtigen sind bei der Bemessung der Anpassungsfrist auch allfällige erst später in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte, in früheren Ankündigungen nicht enthaltene Verschärfungen⁵⁴⁶.

Allzu großzügig bemessen hat der Bundesrat die Einführungsfrist für die geänderte Tierseuchenverordnung, nach welcher unter anderem die Tierkörperverwertung strengerem Vorschriften unterworfen wird⁵⁴⁷. Die Ansetzung einer Anpassungsfrist von dreieinhalb Jahren von der Publikation der Verordnung an erscheint unter Berücksichtigung der wichtigen seuchenpolizeilichen Interessen als allzu riskant. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt, das öffentliche Interesse spreche gegen eine Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Interessen Privater und für ein sofortiges Wirksamwerden der neuen Bestimmungen⁵⁴⁸. Es sei daher gerechtfertigt, diese Übergangsordnung insofern restriktiv auszulegen, als für die Verwertung von Tierkörpern nur Betriebe zu berücksichtigen seien, die bereits vor «Bekanntwerden» der Änderung der Verordnung als Lieferanten von Verwertungsfleisch gewirkt hatten. Namentlich die Gefahr einer im Hinblick auf die strengerem neuen Vorschriften eintretenden Betriebsausweitung während der Übergangsfrist rechtfertige die restriktive Interpretation. Damit werde von den privaten Betrieben weder ein unvernünftiges Opfer verlangt noch eine Ungleichbehandlung vorgenommen⁵⁴⁹. Allgemein muß das neue Recht dort, wo Leben und

⁵⁴⁵ JOST, Rechtsschutz, S. 496 f.

⁵⁴⁶ BGE 106 Ia 195.

⁵⁴⁷ Vom 15. Dezember 1967, Änderung vom 2. Juni 1975; vgl. dazu auch BGE 103 Ib 135.

⁵⁴⁸ BGer., unveröff. Entsch. vom 5. Mai 1978 i. S. Zäch, S. 8, mit Hinweis auf BGE 103 Ib 134 E. 5. Vgl. auch BGE 104 Ib 216.

⁵⁴⁹ BGer., unveröff. Entsch. vom 5. Mai 1978 i. S. Zäch, S. 9.

Gesundheit unmittelbar tangiert sind, ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Interessen sofort in Kraft gesetzt und angewendet werden⁵⁵⁰. Der generelle gesetzliche Entzug der aufschiebenden Wirkung allfälliger Rechtsmittel ist in solchen Fällen zulässig⁵⁵¹.

Ebenfalls als zu lang muß ein Teil der in der bundesrätlichen Tierschutzverordnung vorgesehenen Anpassungsfristen angesehen werden. Die Höchstfrist von zehneinhalb Jahren⁵⁵² für die Schaffung einer Reihe von tierwürdigen Lebensbedingungen seit Inkrafttreten des Gesetzes stellt die Glaubwürdigkeit des Gesetzgebers in Frage. Dabei handelt es sich bei den Maßnahmen, für welche die zehnjährige Frist zugestanden wurde, nicht durchwegs um technisch und baulich schwerwiegende Eingriffe. Die Schaffung von geschützten, abgedunkelten Legenestern mit Einstreu oder weicher Unterlage sowie die Erstellung von Sitzstangen für das Geflügel bedarf ebensowenig wie die Erstellung einer Badegelegenheit für Enten einer zehnjährigen Frist⁵⁵³. Zu beanstanden ist auch die Gesetzgebungsweise im Tierschutzgesetz: Der Exekutive wird ohne genügende inhaltliche Konkretisierung und ohne Statuierung eines zeitlichen Rahmens, insbesondere von Höchst- und Mindestfristen, die Kompetenz erteilt, gewisse Haltungsarten zu verbieten und Übergangsfristen festzulegen⁵⁵⁴. Daß im Parlament die Festlegung von Höchstfristen abgelehnt wurde, ja dort von einer zehnjährigen Frist gesprochen wurde⁵⁵⁵, ändert nichts an der inhaltlich und formalen Fragwürdigkeit des Übergangsrechts dieses Gesetzes. Offenbar haben letztlich doch finanzielle Überlegungen das öffentliche Interesse zurückgedrängt⁵⁵⁶. Es wäre hier insbesondere die Frage zu prüfen gewesen, ob zur Verkürzung der Fristen für tierwidrige Haltungsarten Subventionen oder für den Fall von Verletzungen des Kontinuitätsvertrauens Entschädigungen hätten festgelegt werden müssen⁵⁵⁷.

⁵⁵⁰ Vgl. auch Art. 69 Geschäftsverkehrsgesetz vom 23. März 1962.

⁵⁵¹ Art. 38 Abs. 1 Giftgesetz vom 21. März 1969.

⁵⁵² Art. 73 Abs. 1 lit. c Tierschutzverordnung vom 27. Mai 1981.

⁵⁵³ Art. 25 Abs. 1 lit. a–c Tierschutzverordnung.

⁵⁵⁴ Art. 3–5 Tierschutzgesetz vom 9. März 1978.

⁵⁵⁵ Vgl. Sten. Bull. NR 1977, 1424 ff.

⁵⁵⁶ Vgl. BBl 1977 I, 1087.

⁵⁵⁷ Der Bundesrat widersetzte sich einer Frist im formellen Gesetz, unter anderem mit der Begründung, es bestehe die Gefahr, «daß man daraus einen Rechtsanspruch ableitet» (Votum BR Brugger, Sten. Bull. NR 1977, S. 1432). Es ist tatsächlich die Funktion von Rechtsnormen, *verbindlich* zu sein. Ein allfälliger Rechtsanspruch hätte ja ohnehin praktisch nicht

Immerhin enthält die Tierschutzordnung auch eine Reihe von kürzeren, auch aus der Sicht des öffentlichen Interesses durchaus angemessene Fristen⁵⁵⁸.

Als zu kurz bemessen muß die Einjahresfrist des Bürgerrechtsgesetzes angesehen werden, nach der das Kind eines ausländischen Vaters und einer Mutter, die von Abstammung Schweizer Bürgerin ist, bei der zuständigen Behörde die Anerkennung als Schweizer Bürger beantragen kann⁵⁵⁹. Das öffentliche Interesse an der Herstellung klarer Bürgerrechtsverhältnisse der in Frage stehenden Personen verlangt keineswegs die Festlegung einer derart kurzen Frist⁵⁶⁰.

Übergangsfristen sind ein einfaches, aber nicht immer ausreichendes Mittel zur Einführung des neuen Rechts. Das zeigt sich deutlich im Genfer Augenoptiker-Fall⁵⁶¹: Der Beruf des Optikers war bis zum Jahre 1969 gesetzlich nicht speziell geregelt; es bestand bis zu diesem Zeitpunkt weder eine Bewilligungspflicht noch ein obligatorischer Fähigkeitsausweis. Der Staatsrat (Exekutive) erließ daraufhin gestützt auf das Gesetz über die Medizinalpersonen und die Hilfsberufe eine Berufsordnung für Augenoptiker in der Form eines Reglementes. Das Reglement sieht unter anderem vor, daß nur die Inhaber des Eidgenössischen Meisterdiploms, nicht aber jene des Eidgenössischen Fähigkeitszeugnisses für Augenoptiker befugt sind, objektive und subjektive Sehtests durchzuführen und Kontaktlinsen anzupassen. Denjenigen, welche das Meisterdiplom nicht besitzen, wird eine Frist von fünf Jahren zu dessen Erwerb eingeräumt. Der Beschwerdeführer, Inhaber des Eidgenössischen Fähigkeitsausweises, nicht aber des Meisterdiploms, focht die Übergangsbestimmung im Rahmen der konkreten Normenkontrolle an. Er machte geltend, er übe seinen Beruf seit 25 Jahren aus, ohne jemals Anlaß zu Beanstandungen gegeben zu haben. Zudem habe er die Technik der Kontaktlinsen in die Schweiz eingeführt und sie während langer Zeit als einziger

durchgesetzt werden können, weil de lege lata die Tierschutzverbände über kein Beschwerderecht verfügen.

⁵⁵⁸ Art. 73 Abs. 1 lit. a.

⁵⁵⁹ Art. 57 Abs. 6 Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. Sept. 1952 in der Fassung vom 25. Juni 1976.

⁵⁶⁰ Vgl. auch CYRIL HEGNAUER, Wann ist eine Mutter «von Abstammung Schweizerbürgerin»? ZBl 79/1978, S. 392/93. Vgl. ferner BGE 105 Ib 50 ff. sowie die differenzierten Erwägungen über die Möglichkeiten der Verlängerung einer Verwirkungsfrist nach Treu und Glauben: BGE 105 Ib 161 ff.

⁵⁶¹ BGE 103 Ia 272 ff.

angeboten. Seine Fähigkeiten auf diesem Gebiet seien unbestritten geblieben.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgewiesen. Ohne sich mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der fragwürdigen Delegation der Regelungsbefugnis an die Exekutive auseinanderzusetzen zu müssen⁵⁶², hat es den ganzen Fall beinahe ausschließlich aus dem Gesichtswinkel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit behandelt. Der besonderen Situation der bisher Tätigen hat es beinahe keine Aufmerksamkeit geschenkt – eine Konsequenz der rein statischen und instrumentalen Perspektive des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Vernachlässigung des Vertrauensgrundsatzes. Das Bundesgericht hat zwar zunächst zu Recht ausgeführt, das polizeiliche Interesse der Gesundheit des Publikums verlange eine besondere Fachprüfung für diejenigen, welche die betreffenden Handlungen ausführen. Es hat sich dann, ebenfalls zu Recht, gefragt, ob nicht für die «Bisherigen» eine *praktische* Fähigkeitsprüfung auch genüge, ohne daß man zwingend eine vollumfängliche Meisterprüfung verlangen müsse⁵⁶³. Ohne die Frage zu beantworten und ohne abzuklären, ob langjährige klaglose Berufstätigkeit nicht gewisse theoretische Kenntnisse ersetzen könne, wie sie bei der Meisterprüfung verlangt werden, hat das Gericht seine Kognition zugunsten der kantonalen Behörden beschränkt und auf die (rechtlich irrelevante) Tatsache hingewiesen, daß die Übergangsbestimmung vorliegend zu «heiklen Verhandlungen» zwischen dem Staatsrat, den Vertretern des Parlamentes und denen der Berufsverbände geführt habe und diese nun als Kompromißlösung vorliege. Das Gericht räumte zwar ein, es sei sehr rigoros, die viele Jahre lang tätigen «Bisherigen» zu einer kompletten Meisterprüfung zu zwingen; die verhältnismäßig lange Übergangsfrist von fünf Jahren trage indessen der besonderen Situation dieser Berufsleute genügend Rechnung. Hier stimmt etwas nicht: Entweder ist das öffentliche Interesse derart groß, daß man es nicht verantworten kann, die vom Gesetzgeber als unfähig erachteten Bisherigen während so langer Zeit weiter wirken zu lassen. In diesem Falle muß der Gesetzgeber *sofort* eine vielleicht nur «kleinere» Fachprüfung vorsehen; denkbar ist auch die sofortige Anordnung von obligatorischen Kursen für die neuralgischen Tätigkeiten und eine anschließende periodische staatliche aufsichtsmäßige

⁵⁶² BGE 103 Ia 274 E. 3.

⁵⁶³ BGE 103 Ia 277f.

Kontrolle der betreffenden Optiker. Möglich wäre auch die Statuierung einer Meldepflicht in bezug auf die behandelten Patienten, so daß die Verwaltung in die Lage versetzt wird, durch gezielte Nachfrage allfällige «schwarze Schafe» zu ermitteln. Ist das öffentliche Interesse nicht derart groß, so daß man eine Übergangsfrist verantworten kann, so müßte der besonderen Situation der langjährigen «Bisherigen» auch nach Ablauf der Frist besser Rechnung getragen werden, als dies vorliegend geschah: Das Erfordernis der Eidgenössischen Meisterprüfung ist offenbar derart hoch, daß es den meisten «Bisherigen» (21 von 25) gar nicht möglich war, sich der neuen Ordnung anzupassen. Eine derart gravierende Ausfallquote ließe sich jedoch nur rechtfertigen, wenn die Mißstände bei der Berufsausübung der «Bisherigen» geradezu gefährliche Ausmaße angenommen hätten. Diesen Nachweis lieferten die kantonalen Behörden nicht. Schließlich hätte auch geprüft werden müssen, ob nicht Zahl und Art der Beanstandungen der Tätigkeit der einzelnen Optiker vor und nach dem Inkrafttreten der neuen Berufsordnung als Richtmaß für das behördliche Einschreiten hätte festgelegt werden müssen. Es geht in diesem Fall nicht – so das Bundesgericht – um Probleme «rein technischer» Art⁵⁶⁴, die eine Kognitionsbeschränkung rechtfertigen könnten, sondern um die berufliche Existenz einer Gruppe von Bürgern.

Der Genfer Augenoptiker-Fall zeigt deutlich, daß die bloße Festsetzung einer Anpassungsfrist in vielen Fällen weder genügt, das Kontinuitätsvertrauen noch das öffentliche Interesse zu wahren. Er zeigt weiter, daß es neben der Anpassungsfrist zahlreiche differenzierte, schonendere, aber dennoch wirksame Administrativmaßnahmen gibt, um dem öffentlichen Interesse gerecht zu werden⁵⁶⁵.

Im Gegensatz zu diesem Fall steht der vom Bundesgericht gefaßte Berner Chiropraktoren-Entscheid. Dort wurde zu Recht die Statuierung einer Pflicht der Bisherigen zur Absolvierung einer «vorwiegend praktischen» Prüfung als verfassungsmäßig angesehen⁵⁶⁶. Die Übergangsgeneration wurde zwar gegenüber den neu in den Beruf Eintretenden bevorzugt; das Gericht hat dies – ebenfalls zu Recht – als mit Art. 4 BV vereinbar angesehen⁵⁶⁷. Fragwürdig ist indessen auch im Chiroprak-

⁵⁶⁴ BGE 103 Ia 278.

⁵⁶⁵ Dazu hinten S. 240 ff.

⁵⁶⁶ BGE 96 I 138 ff.

⁵⁶⁷ BGE 96 I 143/44.

toren-Fall die Statuierung einer Blankokompetenz der Exekutive zum Erlaß der Übergangsordnung⁵⁶⁸.

Es fragt sich weiter, ob es zulässig ist, für die Überführung von Dauersachverhalten ins neue Recht *verschieden lange* Anpassungsfristen vorzusehen. Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen, denn die betreffenden Dauersachverhalte unterscheiden sich oft erheblich voneinander. So kann bei der Einführung einer neuen Berufsordnung die unterschiedliche fachliche Ausbildung der bisher Tätigen unterschiedliche Anpassungsfristen rechtfertigen. Auch Zahl und Art der Beanstandungen der Tätigkeit «Bisheriger» gemäß altem Recht kann es ohne verfassungsrechtliche Bedenken rechtfertigen, differenzierte Anpassungsfristen vorzusehen.

Die Ansetzung einer Anpassungsfrist muß allenfalls auch vom Richter und von andern rechtsprechenden Organen verlangt werden, wenn eine vom Vertrauensgrundsatz her *erhebliche Praxisänderung* vorgenommen wird⁵⁶⁹. Die Verwaltungsverfahrensgesetze sollten daher den rechtsprechenden Behörden die Kompetenz erteilen, die Vollziehbarkeit endgültiger Entscheide angemessen hinauszuschieben⁵⁷⁰.

5.4.4. Materielles Zwischenrecht

Die Anpassungsfrist schafft keine für die Zeit ihrer Dauer besondere materiellrechtliche Lage; sie bewirkt lediglich einen Aufschub der Vollziehbarkeit des neuen Rechts. Ergänzend zur Anpassungsfrist oder aber selbständig kann materielles Zwischenrecht erlassen werden, was bedeutet, daß die Dauersachverhalte für eine bestimmte Übergangszeit materiellen Vorschriften unterworfen werden, welche weder mit dem alten noch dem neuen Recht identisch sind. Als Ergänzung zur Anpassungsfrist wird der Gesetzgeber dann materielles Zwischenrecht erlassen müssen, wenn das öffentliche Interesse ein Hinausschieben der Vollziehbarkeit des neuen Rechts ohne den Erlaß flankierender Maßnahmen nicht erlaubt. Der Erlaß von selbständigem materiellem Zwischenrecht kann auch dann angezeigt sein, wenn das öffentliche Interesse eine sofortige Abänderung des alten Rechts verlangt, das neue Recht aber

⁵⁶⁸ BGE 96 I 141/42.

⁵⁶⁹ So zu Recht BGE 97 I 761.

⁵⁷⁰ Bei nicht endgültigen Entscheiden genügt die Kompetenz zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

noch nicht in Kraft gesetzt werden kann, etwa infolge noch fehlender Vollzugsnormen⁵⁷¹. Weil die Setzung von materiellem Zwischenrecht nur praktikabel ist, wenn dieses sofort oder binnen sehr kurzer Frist vollzogen werden kann, ist der Gesetzgeber in der Wahl der Mittel regelmäßig recht beschränkt. Immerhin können dort, wo das öffentliche Interesse etwa die sofortige Sanierung umweltgefährdender technischer Anlagen verlangt, gewisse provisorische Maßnahmen angeordnet werden. In Frage kommen zeitliche, örtliche oder sachliche Beschränkungen des Betriebes der Anlage, die übergangsweise Verwendung technischer Zusatzgeräte zur Emissionsbegrenzung und ähnliches. Solche Maßnahmen können die Betroffenen mithin finanziell erheblich belasten. Dennoch kann derartige Zwischenrecht als schonendstes Mittel sinnvoll sein, indem als Alternative oft nur ein sofortiges Verbot des Betriebes der Anlage in Frage kommt. Zur Milderung unzumutbarer Härten des Zwischenrechts können Anpassungshilfen wie etwa die Ausrichtung von Subventionen statuiert werden. Das materielle Zwischenrecht braucht nicht für alle Dauersachverhalte gleich ausgestaltet zu sein. Liegen qualifizierte tatsächliche Unterschiede vor, so können entsprechende Differenzierungen vorgenommen werden. Es muß ferner unter bestimmten Umständen zulässig sein, nur den zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bereits bestehenden Dauersachverhalten das (mildere) Zwischenrecht zu gewähren, die neu begründeten Dauersachverhalte aber dem neuen, definitiven Recht zu unterstellen. Materielles Zwischenrecht kann mit der teilweisen Weiter-Anwendbarkeit des alten Rechts und/oder der teilweisen Anwendbarkeit des neuen Rechts kombiniert werden. Für die entsprechenden Sachverhalte tritt dann eine *Spaltung* ein.

Die Geltung von materiellem Zwischenrecht ist im allgemeinen zu befristen⁵⁷², denn sonst besteht die Gefahr, daß zu wenig «Druck» besteht, das neue Recht anzuwenden⁵⁷³; ein Zustand doppelten Rechts könnte zementiert werden. Die Befristung dient auch der Verhütung allfälliger Privilegierungen.

Die Setzung von materiellem Zwischenrecht kann auch dann sinnvoll sein, wenn eine definitive neue Ordnung vorgesehen ist, der genaue Inhalt derselben aber noch nicht feststeht. Diese

⁵⁷¹ Vgl. dazu auch MÜLLER, Einführung, S. 378.

⁵⁷² Vgl. Art. 39 Abs. 3 des Bundesbeschlusses über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung vom 8. Okt. 1976.

⁵⁷³ MÜLLER, Einführung, S. 378.

Funktion erfüllte der Bundesbeschluß über dringliche Maßnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung⁵⁷⁴. Im Bund steht dafür die Rechtssetzungsform des dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses zur Verfügung⁵⁷⁵. Dieser erlaubt die sofortige Inkraftsetzung von im öffentlichen Interesse liegenden dringlichen Maßnahmen unter Wahrung der Volksrechte. Im Bereich der Raumplanung konnte der genannte dringliche Bundesbeschluß faktische Präjudizierungen in der Form von besitzstands begründenden Bauten verhindern helfen – neben dem «Eingewöhnungseffekt» für die neue Ordnung durchaus positive Seiten des dringlichen Bundesbeschlusses⁵⁷⁶. Daß zu dieser Rechtssetzungsform nur bei Vorliegen kardinaler öffentlicher Interesse gegriffen werden soll, ist selbstverständlich⁵⁷⁷.

Selbstverständlich muß auch das materielle Zwischenrecht sorgfältig ausgestaltetes Übergangsrecht enthalten⁵⁷⁸.

5.4.5. Stufenweise Erhöhung gesetzlicher Anforderungen

Mit der Setzung von materiellem Zwischenrecht verwandt ist die stufenweise Erhöhung gesetzlicher Anforderungen. Diese soll es den vom neuen strengeren Recht Betroffenen erlauben, den Übergang in kleinen, zumutbaren Schritten zu vollziehen.

⁵⁷⁴ (BMR) vom 17. März 1972. Dazu auch STRAUB, Baubewilligung, S. 111.

⁵⁷⁵ Art. 89bis BV.

⁵⁷⁶ Vgl. Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung des EJPD, Bern 1981, S. 71. M.E. wird der dringliche Bundesbeschluß zu negativ bewertet von JÖRG PAUL MÜLLER, Gebrauch und Mißbrauch des Dringlichkeitsrechts nach Art. 89bis BV, Bern 1977, insbes. S. 31 ff. Man kann nicht einfach sagen, die Verwendung des dringlichen Bundesbeschlusses stärke die Exekutive, welche ein «offensichtliches Übergewicht über das Parlament erhält» (MÜLLER, a.a.O., S. 37), denn immerhin muß das Parlament jenen mit qualifiziertem Mehr überhaupt annehmen. Die Verwendung des dringlichen Bundesbeschlusses stärkt eher Parlament und Exekutive zulasten der Verbände, indem das «gesetzeskompromittierende» Vernehmlassungsverfahren an Bedeutung einbüßt – eine positive Erscheinung, welche der Tendenz zu einer allzu «kooperativistischen» Gesetzgebungsweise etwas entgegenwirkt.

⁵⁷⁷ Zu Recht macht JÖRG PAUL MÜLLER geltend, dies sei in der Vergangenheit oft nicht der Fall gewesen (a. a. O.).

⁵⁷⁸ Kritisch MÜLLER (Einführung, S. 379) zum Bundesbeschluß über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung (Übergangsordnung) vom 8. Okt. 1976. Die definitive Fassung des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz vom 6. Okt. 1978 enthält in Art. 12 eine brauchbare Übergangsordnung.

Das stufenweise Vorgehen drängt sich bei neuen Gesetzen mit großer Innovationshöhe auf. Die Stufen können qualitativer oder quantitativer Art sein. Qualitativer Art werden sie etwa bei der Einführung einer neuen Berufsordnung sein, quantitativer Natur etwa bei der stufenweisen Erhöhung von umweltrechtlichen Emissionsgrenzen. Der Gesetzgeber hat nach Maßgabe des öffentlichen Interesses und des Kontinuitätsvertrauens der Betroffenen die zeitliche Abfolge des Wirksamwerdens der einzelnen Stufen festzulegen. Die stufenweise Erhöhung gesetzlicher Anforderungen darf nicht mit der stufenweisen *Inkraftsetzung* eines Gesetzes gleichgesetzt werden. Erstere ist für die Verwirklichung des Gesetzeszweckes wirksamer als letztere, weil die Betroffenen mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes sofort zur Vornahme von Anpassungshandlungen im Sinne der gesetzlichen Stufenfolge verpflichtet sind.

5.4.6. Zeitlich zunehmende Kausalabgaben

Sofern die Erhebung von emissionsabhängigen Kausalabgaben (Lenkungsabgaben) verfassungsrechtlich zulässig ist⁵⁷⁹, kann dieses Instrument für die Einführung des neuen Rechts verwendet werden. Die Höhe der Kausalabgabe bemißt sich zunächst nach der vom neuen Recht verpönten Emission. Wird sie zum Zwecke der Einführung von neuem Recht verwendet, so muß sie in einer bestimmten zeitlichen Abfolge zunehmen, damit die Adressaten unter Kostendruck die nötigen emissionsmindernden Maßnahmen treffen⁵⁸⁰. Die Zunahme der Abgabe kann entsprechend dem öffentlichen Interesse linear oder exponentiell bemessen werden. Die Abgabe kann auf Dauer angelegt sein oder aber nur bis zu einem bestimmten Stichtag gelten, an welchem der definitive Emissionsgrenzwert für alle Verursacher wirksam wird.

⁵⁷⁹ Das wird vom Bundesrat für das kommende Umweltschutzgesetz verneint (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 31. Okt. 1979, BBl 1979 III, S. 772). Vgl. allgemein zur Kausalabgabe KLAUS A. VALLENDER, Grundzüge des Kausalabgaberechts, Bern 1976; THOMAS FLEINER, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz, Wirtschaft und Recht 27/1975, S. 313 ff.

⁵⁸⁰ Eine solche Lösung kennt das deutsche Abwasserabgabengesetz vom 13. Sept. 1976 (BGBl. I, S. 2721). Nach dessen § 9 Abs. 4 muß der Verursacher von Schmutzwasser pro Schadeneinheit eine mit jedem Jahr linear zunehmende Abgabe entrichten.

Die zeitlich zunehmende Kausalabgabe erlaubt es, die Einführung von neuem Umweltrecht in individueller und möglichst schonender Weise zu gestalten. Die Betroffenen behalten mehr wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit, als dies mit der Statuierung von starren Geboten oder Verboten der Fall ist⁵⁸¹. Wird die zeitliche zunehmende Kausalabgabe nur bis zu einem bestimmten Stichtag statuiert und nachher vom neuen definitiven Recht abgelöst, so relativiert sich der Einwand gegen dieses Instrument, der Zahlungsfähige könne umweltbelastendes Verhalten sozusagen «erkaufen»⁵⁸².

5.4.7. Anpassungshilfen

Es kann sich als notwendig oder sinnvoll erweisen, besondere staatliche Anpassungshilfen zu schaffen. Notwendig sind solche, wenn ohne sie das Kontinuitätsvertrauen der Betroffenen verletzt würde. Sinnvoll ist der Einsatz von Anpassungshilfen, indem dadurch die Anpassungsfristen verkürzt werden oder allenfalls ganz auf solche verzichtet werden kann; mithin verhelfen Anpassungshilfen dem öffentlichen Interesse zum rascheren Durchbruch.

5.4.7.1. Subventionen

Die Ausrichtung von Subventionen an die durch neues Recht bedingten Anpassungsmaßnahmen bei Liegenschaften, Anlagen und Geräten hat im wesentlichen zwei Funktionen. Einmal erhöht sie die *Akzeptierbereitschaft* der vom neuen Recht Betroffenen⁵⁸³. Aus vorwiegend psychologischen Gründen hat die Subvention oft eine überproportionale Erhöhung der Akzeptierbereitschaft zur Folge; es kann also auch mit der Ausrichtung geringer Subventionen Wesentliches zur Einführung des neuen Rechts beigetragen werden⁵⁸⁴. Es ist daher zu bedauern,

⁵⁸¹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Umweltschutzgesetz (BB1 1979 III, S. 772).

⁵⁸² A. a. O., S. 773.

⁵⁸³ Vgl. auch SALZWEDEL, Besitzstände, S. 21.

⁵⁸⁴ Die Subvention, die an Eigentümer *bestehender* Häuser für die Anbringung der neuen Normbriefkästen von der PTT ausgerichtet wird, hat diese Funktion (vgl. Art. 156 Abs. 3 der Verordnung zum Postverkehrsgesetz vom 1. Sept. 1967, Änderung vom 4. März 1974 und dazugehörige Ausführungsbestimmungen). – Allerdings ist die Ausrichtung geringer Subventionen nur sinnvoll, wenn dabei der landesübliche bürokratische Aufwand drastisch beschränkt wird. – Die Bundessubventionen aufgrund des Gewässerschutzgesetzes vom 8. Okt. 1971 (Art. 33 ff.) an die Gemeinden

daß von diesem Mittel nur relativ selten Gebrauch gemacht wird⁵⁸⁵. Die Subvention kann aber auch eine reale wirtschaftliche Funktion haben. Sofern das neue Recht kostspielige Investitionen verlangt und die Subvention dementsprechend bemessen wird, kann sie für einen wirtschaftlichen Betrieb geradezu existenzsichernd sein.

Ein weiteres Mittel zur raschen umweltrechtlichen Sanierung von Liegenschaften, Anlagen und Geräten kann die Festsetzung zeitlich *degressiver Subventionen* sein. Die Aussicht auf eine höhere Subvention bei rascher Verwirklichung des gesetzlichen Zustandes kann die Betroffenen ohne Zwang zu raschem Handeln bewegen.

Ähnliche Wirkungen wie Subventionen können staatliche Darlehen, Steuererleichterungen oder Bürgschaften für die Einführung des neuen Rechts haben⁵⁸⁶. Auch sie erhöhen Akzeptierbereitschaft und Akzeptierfähigkeit der Betroffenen.

5.4.7.2. Entschädigung

Läßt sich die Anordnung eines *schweren* Kontinuitätsbruches durch den Gesetzgeber infolge überwiegender öffentlicher Interessen nicht vermeiden, so besteht eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Festsetzung einer eigentlichen Entschädigung⁵⁸⁷. Diese ermöglicht es dem Gesetzgeber zudem, die Verwirklichung der gebotenen Maßnahmen ohne oder nach nur kurzer Anpassungsfrist zu verlangen; er entgeht der Versuchung, aus Rücksichtnahme auf Betroffene das öffentliche Interesse zu vernachlässigen.

5.4.8. Härtemilderungs- und Ausnahmeklauseln

Vom neuen Recht werden grundsätzlich alle in seinem Anwendungsbereich liegenden Dauersachverhalte erfaßt. Die ganze oder teilweise Nichtunterstellung bestehender Dauersachverhalte unter das neue Recht ist, sofern keine besonders qualifi-

wirkten geradezu als «Einführungsmotor» für das neue Gesetz. Leider enthält das Gesetz keine Subventionsbestimmung für die Sanierung privater Haus- und Fabrikkläranlagen; vgl. auch § 49 Abs. 1 zürcherisches EG zum BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8. Dez. 1974.

⁵⁸⁵ Vgl. § 66 der zürcherischen Verordnung über den Gewässerschutz vom 22. Jan. 1975.

⁵⁸⁶ SALZWEDEL, Besitzstände, S. 24.

⁵⁸⁷ Dazu vorn S. 145 ff.

zierte Vertrauenslage besteht, vom Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und allenfalls von der Rechtsgleichheit her bedenklich. Dennoch kann sich eine Notwendigkeit dazu ergeben, etwa wenn die vorhandenen Einführungsmittel nicht ausreichen, um einen schweren Kontinuitätsbruch zu vermeiden und auch die Kompensation in Geld im Einzelfall sachlich nicht vertretbar ist. In solchen Fällen können Härtemilderungs- und Ausnahmeklauseln geschaffen werden. Darin werden die rechtsanwendenden Behörden ermächtigt, von der Einhaltung der vom neuen Recht statuierten Erfordernisse ganz oder teilweise abzusehen⁵⁸⁸. Die Anwendung von Härtemilderungs- oder Ausnahmeklauseln hängt regelmäßig von unbestimmten Rechtsbegriffen wie «unzumutbar», «besondere Härte», und ähnlichen ab⁵⁸⁹; die rechtsanwendenden Behörden verfügen damit über großen Interpretationsspielraum. Um der Gefahr von Privilegierungen und einseitigen Benachteiligungen vorzubeugen, sollte der «Härtefall» gesetzgeberisch möglichst genau konkretisiert werden. Zudem sollte das Gesetz zwecks Wahrung des öffentlichen Interesses flankierende Maßnahmen in der Form von Bedingungen und Auflagen vorsehen⁵⁹⁰.

Die Bestrebungen des Gesetzgebers zur *Einführung* des neuen Rechts in die gesellschaftliche Wirklichkeit müssen im Vordergrund stehen; Härtemilderungs- und Ausnahmeklauseln sollen daher nur als subsidiäre Mittel vorgesehen werden.

⁵⁸⁸ Vgl. Art. 141 Baugesetz des Kantons St. Gallen vom 6. Juni 1972. Vgl. auch STERN, Problematik, S. 393.

⁵⁸⁹ Vgl. Art. 63 Gesetz über den Feuerschutz des Kantons St. Gallen vom 18. Juni 1968.

⁵⁹⁰ Vgl. § 18 Gesetz über die Beseitigung ausgedienter Fahrzeuge und von Schrott des Kantons Zürich vom 4. März 1973.

6. Zusammenfassung

1. Das heutige Verwaltungsrecht ist von einem raschen Wandel gekennzeichnet, hervorgerufen durch sich ständig ändernde gesellschaftliche Bedürfnisse. Die Probleme der Rechtsänderung haben sich daher in neuerer Zeit erheblich verschärft.

2. Der überwiegende Teil der öffentlichrechtlichen Erlasse des Bundes und der Kantone enthält qualitativ ungenügendes oder kein Übergangsrecht. Dies führt zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Verlagerung der Übergangsproblematik auf die Ebene der Verwaltung und der Gerichte.

3. Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot ergibt sich die Forderung nach Generell-Abstraktheit des intertemporalen Verwaltungsrechts. Zumindest die Grundzüge einer Übergangsordnung sind vom formellen Gesetzgeber zu regeln. In der häufig an die Exekutive delegierten Kompetenz zur Inkraftsetzung von Gesetzen ist jene zum Erlass einer Übergangsordnung nicht enthalten.

4. Eigentumsgarantie, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Rechtssicherheitsgebot sind für die Übergangsproblematik nicht spezifisch; sie sind für die Lösung übergangsrechtlicher Probleme auch nicht geeignet.

5. Maßgebendes Verfassungsprinzip für die Regelung intertemporalrechtlicher Probleme ist der Vertrauensgrundsatz in den beiden Ausprägungen Bestandesvertrauen und Kontinuitätsvertrauen. Der Vertrauensgrundsatz muß zu einer umfassenden Vertrauensdogmatik ausgebaut werden, damit auf die heute noch verwendeten, unbefriedigenden intertemporalrechtlichen Ersatzkorrektive «wohlerworbenes Recht», Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Rechtssicherheitsgebot verzichtet werden kann. Die Vertrauentypen Vertrag, Besitzstand, Zusicherung, Auskunft und andere sind in einer allgemeinen Vertrauenslehre zu harmonisieren. Im Lichte des Vertrauensgrundsatzes ist auch die bestehende Gerichtspraxis zum

Widerruf von Verwaltungsakten infolge Rechtsänderung zu überprüfen; dabei sollte auf den Begriff des «subjektiven Rechts» verzichtet werden. Der Vertrauensgrundsatz richtet sich nicht nur an die rechtsanwendenden Instanzen, sondern auch an den Gesetzgeber.

6. Für schwere Verletzungen des Vertrauensgrundsatzes und des Gleichbehandlungsgebotes bei der Rechtsänderung wird der Staat unmittelbar entschädigungspflichtig. Zu diesem Zweck muß das allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungsrecht ausgebaut und eigentumsunabhängig ausgestaltet werden.

7. Der Dogmatik des intertemporalen Verwaltungsrechts können die drei Sachverhaltstypen «abgeschlossener Sachverhalt», «zeitlich beschränkter mehrgliedriger Sachverhalt» und «zeitlich offener Dauersachverhalt» zugrundegelegt werden. Auf dieser Basis lassen sich intertemporalrechtliche Lösungen entwickeln, die mit dem Vertrauensgrundsatz vereinbar sind.

8. Der Hauptsatz des intertemporalen Rechts lautet: Rechtssätze wirken für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte.

9. Aus dem Hauptsatz des intertemporalen Rechts folgen unmittelbar das Rückwirkungsverbot und das Vorwirkungsverbot. Aus ihm folgt ferner das Gebot der Nachwirkung (Weiterwirkung); die sogenannte «lex mitior» (milderes Recht) ist zurückhaltend anzuwenden. Sie führt zu einer Abweichung vom Hauptsatz des intertemporalen Rechts. Dasselbe gilt für die Anordnung der Rückwirkung. Die eigentliche Vorwirkung (oder Voranwendung) ist aus demselben Grund und aus rechtsstaatlichen Gründen unzulässig.

10. Die bei den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten und bei den Dauersachverhalten bisweilen verwendete Kategorie der «unechten» Rückwirkung ist eine dogmatisch verfehlt Konstruktion.

11. Die in Art. 1–4 des Schlußtitels des ZGB verankerten Grundsätze des intertemporalen Privatrechts sind für eine analoge Anwendung im Verwaltungsrecht nicht geeignet.

12. Bei den zeitlich beschränkten mehrgliedrigen Sachverhalten muß das anwendbare Recht nach dem Grundsatz der Vertrauensanknüpfung unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes und des öffentlichen Interesses bestimmt werden.

13. Der richtigen Einführung von neuen Erlassen muß mehr Beachtung geschenkt werden, als dies bisher geschehen ist.

Akzeptierbereitschaft und Akzeptierfähigkeit der Betroffenen und damit die Vollziehbarkeit des neuen Rechts hängen weitgehend von der Qualität des Einführungsrechts ab. Je bedeutender Systemänderungsweise und je größer Innovationshöhe des neuen Rechts, desto sorgfältiger muß das Einführungsrecht ausgestaltet sein. Bei bedeutenden Praxisänderungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden sind soweit als möglich analoge Maßnahmen zur Einführung der neuen Praxis zu treffen.

14. Leitprinzipien bei der Schaffung von Einführungsrecht sind das verfassungsrechtliche Kontinuitätsvertrauen, das öffentliche Interesse und das Gleichbehandlungsgebot. Das Kontinuitätsvertrauen verlangt eine schonende, rücksichtsvolle, möglichst stetige Rechtsänderungsweise; diese steht in einem Spannungsverhältnis zum öffentlichen Interesse.

15. Die Festsetzung von Anpassungsfristen ist nur ein einziges, zur Wahrung des Kontinuitätsvertrauens und des öffentlichen Interesses oft ungenügendes Mittel zur Einführung von neuem Recht. Die Anpassungsfrist darf nicht zu lang sein; sonst wird dem öffentlichen Interesse zu wenig Rechnung getragen. Bei der Festsetzung zu kurzer Anpassungsfristen wird das Kontinuitätsvertrauen verletzt.

16. Zur Einführung von neuem Recht kommen neben der Festsetzung von Anpassungsfristen namentlich in Betracht: Frühzeitige Orientierung der Betroffenen über kommende Rechtsänderungen, Setzung von materiellem Zwischenrecht, stufenweise Erhöhung gesetzlicher Anforderungen, zeitlich zunehmende Kausalabgaben, die Ausrichtung von Subventionen, die Statuierung von Härtemilderungs- und Ausnahmeklauseln, im Falle von schweren Kontinuitätsbrüchen die Ausrichtung der verfassungsrechtlich gebotenen Entschädigung infolge Verletzung des Vertrauensgrundsatzes. Zahlreiche weitere Mittel zur Einführung neuen Rechts ergeben sich aus dem sachlichen Regelungsgegenstand des neuen Rechts.

17. Von Härtemilderungs- und Ausnahmeklauseln ist zurückhaltend Gebrauch zu machen.

18. Die Schaffung differenzierten Einführungsrechts ist in erster Linie Aufgabe des formellen Gesetzgebers.

