



Übungen im Öffentlichen Recht II

Gruppen 4 und 8

Dr. Luka Markić

Bundesgericht: Informationen zum Besuch einer öffentlichen Beratung

- Termin: Mittwoch, 22. Mai 2024 (Abfahrt um 6.32h ab Zürich HB)
- Vorberechnung mit Bundesrichter Dr. Lorenz Kneubühler: Dienstag, 21. Mai 2024, 16.15-18.00 Uhr, in der «Kleinen Aula» (RAA-G-01)
- Eine Anmeldung zur Exkursion ist **zwingend erforderlich** (**Platzzahl ist** beschränkt; anmeldeberechtigt sind die Studierenden der Übungen im Öffentlichen Recht II.
- Der Besuch der Vorberechnung ist für die Studierenden, die an der Exkursion nach Lausanne teilnehmen, Pflicht.
- Anmeldung per [OLAT](#); Einschreibung ab **Montag, 29. April 2024, 18.30 Uhr**, möglich, «first come, first served»
- Vorgehen: Beitritt in OLAT-Kurs «Besuch am Schweizerischen Bundesgericht 2024» (ab sofort möglich), dort Einschreibung in die Gruppe «Einschreibung Bundesgerichtsausflug»
- Weitere Informationen auf der Webseite des Lehrstuhls Reich: <https://www.ivr.uzh.ch/de/institutsmitglieder/reich/bger-besuch.html>





**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Sachverhalt



Sachverhalt

Prof. Dr. X., Professor an der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität St. Gallen, wurde im März 2005 von der Regierung des Kantons St. Gallen als Berater in einem Rechtsstreit zwischen den Kantonen St. Gallen und Zürich betreffend den sog. St. Galler Globus beigezogen. Der St. Galler Globus ist ein Erd- und Himmelsglobus, der erstmals 1595 in einem Rechnungsbuch des damaligen Abtes des Klosters St. Gallen erwähnt wurde. Während des Zweiten Villmergerkriegs von 1712 plünderten Zürcher und Berner Truppen das Kloster St. Gallen und brachten den besagten Globus nach Zürich.

Im Zusammenhang mit diesem Kulturgüterstreit zwischen den Kantonen St. Gallen und Zürich holte die sankt-gallische Regierung zwei Gutachten bei Prof. Dr. X. ein. Im Rahmen dieser gutachterlichen Tätigkeit gelangte ein Assistent von Prof. Dr. X. mit einer Anfrage an eine Bundesstelle. Im Verlaufe dieser Anfrage gab der Assistent nicht nur zu erkennen, dass er an der Universität St. Gallen beschäftigt sei, sondern lieferte auch zusätzliche Angaben zum Hintergrund seines Auftrages. Die in den Rechtsstreit involvierten Parteien – u.a. der Kanton St. Gallen – erhielten im Nachhinein Kenntnis von dieser Anfrage. Die Anfrage war unter anderem aufgrund der Vertraulichkeit des Auftrages problematisch.



Sachverhalt

Mit Schreiben vom 2. Mai 2005 informierte die St. Galler Regierung Behördenmitglieder sowie leitende Vertreter der übrigen Verhandlungsteilnehmer, dass man sich vom Verhalten von Prof. Dr. X. bzw. des ihm unterstellten und von ihm offensichtlich beauftragten Assistenten in aller Form distanzieren und per sofort auf dessen weitere Mitwirkung verzichten werde. Man habe Prof. Dr. X. für den Wiederholungsfall rechtliche Schritte (sowohl aus dem Auftragsverhältnis als auch aus seinem Dienstverhältnis an der Universität St. Gallen) angedroht. Prof. Dr. X. selber wurde einen Tag später in einem separaten Schreiben über diese Mitteilung und die Konsequenzen orientiert. Prof. Dr. X. sieht sich durch das Verhalten der Kantonsregierung in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt, da diese auch Drittpersonen über den Vorfall orientiert hatte und damit seinen Ruf als Gutachter beschädigt habe.



**Universität
Zürich** ^{UZH}



Rechtswissenschaftliche Fakultät

Theoriefragen



Theoriefrage I

Welche verschiedenen Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht gibt es?

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



Theoriefrage II:

Welche Formen des Verwaltungshandeln sind zu unterscheiden? Nennen Sie die Unterschiede zwischen den verschiedenen Formen und jeweils ein Beispiel dazu.

Formen des Verwaltungshandelns

Verwaltungshandeln			
	Rechtliches	Tatsächliches	Informelles
Beispiele	<ul style="list-style-type: none"> • Verfügung • Verwaltungsrechtlicher Vertrag 	<ul style="list-style-type: none"> • Realakte (Strassenbau und -unterhalt etc.) • Auskünfte • Warnungen / Informationskampagnen • Empfehlungen • Berichte / Vernehmlassungen 	<ul style="list-style-type: none"> • Kooperation • Absprachen (Gentlemen's Agreement) • Einladung zu Selbstregulierung (z.B. Umweltschutz)
Unterschiede	<p>Zielen auf Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen ab (Rechte und Pflichten des Verwaltungsrechts)</p>	<p>Zielen nicht auf Rechtswirkungen ab, haben aber u. U. (mittelbare) Rechtswirkungen</p>	<p>Zielen darauf ab, dass die Privaten sich freiwillig zu einem bestimmten Verhalten bereit erklären, welches sonst rechtlich durchgesetzt würde.</p>



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Frage



Frage

Wie kann sich Herr Prof. Dr. X. rechtlich zur Wehr setzen?

- **Stellen die Schreiben vom 2./3. Mai 2005 rein privatrechtliches Handeln dar (gegen das ggf. zivilrechtlicher Rechtsschutz besteht)?**



Rechtsschutz gegen die Schreiben vom 2./3. Mai 2005

Stellen die Schreiben rein privatrechtliches Handeln dar (gegen das ggf. zivilrechtlicher Rechtsschutz besteht)?

- Grundverhältnis stellt eher Auftrag nach OR dar (Bedarfsverwaltung).
- Die Schreiben erschöpfen sich jedoch nicht in einer privatrechtlichen Kündigung, so das BGer (anders die kant. Instanz).



Grundverhältnis und Schreiben

Verwaltungsgericht St. Gallen (Entscheid vom 19. September 2007)

Grundsätzlich: Schreiben (Tadel) sind eher dem öffentlichen Recht zuzuordnen;

Aber: Schreiben weisen engen Bezug zum auftragsrechtlichen Verhältnis (OR 394 ff.) auf.

➤ Zuordnung zum Zivilrecht

Bundesgericht (BGE 134 I 229 E. 3)

Die Bedeutung der Schreiben gehen über die Rechtsbeziehung aus dem Auftragsverhältnis hinaus:

- Adressaten waren nicht am Auftragsverhältnis beteiligt;
- Enger Zusammenhang mit Privatrecht reicht nicht aus, um dem Streit privatrechtliche Natur beizulegen;
- Eine allfällige Vertragsverletzung stellt eine *Vorfrage* dar.

➤ Zuordnung zum öffentlichen Recht



Frage

Wie kann sich Herr Prof. Dr. X. rechtlich zur Wehr setzen?

- Stellen die Schreiben vom 2./3. Mai 2005 rein privatrechtliches Handeln dar (gegen das ggf. zivilrechtlicher Rechtsschutz besteht)?
- **Sind die Schreiben als Verfügung zu qualifizieren?**



Formen des Verwaltungshandelns

Elemente des Verfügungsbegriffs

1. Hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde
2. Individuell-konkrete Anordnung
3. Anwendung von Verwaltungsrecht
4. Auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung
5. Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit



Formen des Verwaltungshandelns

Elemente des Verfügungsbegriffs

1. Hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde
2. Individuell-konkrete Anordnung
3. Anwendung von Verwaltungsrecht – **oder Privatrecht?**
4. Auf Rechtswirkungen ausgerichtete Anordnung – **oder blosser Nebeneffekt?**
5. Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit



Rechtsgrundlagen

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1; angepasst):

Art. 25 Verfügung, b) Eröffnung

¹ Die Verfügung ist den Betroffenen zu eröffnen. Als Betroffene gelten auch Dritte, deren eigene schutzwürdige Interessen durch die Verfügung berührt werden.

[...]

Art. 79 Klagefälle

Das Verwaltungsgericht beurteilt öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, sofern nicht eine Behörde zur Verfügung berechtigt ist.



Rechtsschutz gegen die Schreiben vom 2./3. Mai 2005

Sind die Schreiben eine Verfügung?

- Eher nein. Die Beanstandung von Prof. X richtet sich nicht gegen die Beendigung des Auftrags – wo man Rechtswirkungen ev. hätte annehmen können – sondern gegen den Eindruck auf Dritte.
- Diesbezüglich sind eher keine Rechtswirkungen anzunehmen.
- Damit bleibt die (Staatshaftungs-)Klage gegen einen Realakt.



Frage

Wie kann sich Herr Prof. Dr. X. rechtlich zur Wehr setzen?

- Stellen die Schreiben vom 2./3. Mai 2005 rein privatrechtliches Handeln dar (gegen das ggf. zivilrechtlicher Rechtsschutz besteht)?
- Sind die Schreiben als Verfügung zu qualifizieren?
- **Sind die Schreiben eine Ermahnung i.S.v. Art. 71 PersG? Falls ja, besteht ein kantonaler Rechtsschutz gegen die Ermahnung?**



Rechtsgrundlagen

Personalgesetz des Kantons St. Gallen vom 25. Januar 2011 (sGS 143.1, angepasst):

Art. 71 Ermahnung und Beanstandung, a) Grundsatz

¹ Anstelle der Anordnung einer personalrechtlichen Massnahme kann die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber:

- a) die Mitarbeiterin oder den Mitarbeiter ermahnen;*
- b) das Verhalten der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters beanstanden.*

Art. 79 Personalrechtliche Klage, a) Streitgegenstand

¹ Personalrechtliche Klage vor dem Verwaltungsgericht kann erhoben werden:

- a) gegen personalrechtliche Massnahmen des Arbeitgebers,*
- [...]*



Rechtsschutz gegen die Schreiben vom 2./3. Mai 2005

Sind die Schreiben eine Ermahnung i.S.v. Art. 71 PersG?

Vermutlich ja.

Falls ja, besteht ein kantonaler Rechtsschutz gegen die Ermahnung?

Ob dagegen der Rechtsschutz ausgeschlossen werden kann, wie die Bestimmung wohl ausdrückt, ist unter Art. 29a BV zu diskutieren.



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Exkurs



Exkurs: Antrag auf öffentliche Verhandlung

Sachverhalt:

Gehen Sie davon aus, dass Prof. Dr. X. gegen das Schreiben der Regierung vor dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen klagt. In seiner Klage stellt X. u.a. den verfahrensrechtlichen Antrag, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen.

Frage:

Wie hat das Verwaltungsgericht über den Antrag zu entscheiden?



Exkurs: Antrag auf öffentliche Verhandlung

Art. 55 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (VRP; sGS 951.1):

¹ Eine mündliche Verhandlung wird angeordnet, wenn sie zur Wahrung der Parteirechte notwendig ist oder zweckmässig erscheint.

[...]

→ Besteht für das Verwaltungsgericht eine Pflicht zur Anordnung einer öffentlichen Verhandlung?



Exkurs: Antrag auf öffentliche Verhandlung

Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101):

¹ Jede Person hat ein Recht darauf, dass über **Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen** oder über eine gegen sie erhobene **strafrechtliche Anklage** von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, **öffentlich** und innerhalb angemessener Frist **verhandelt** wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.

[...]



Exkurs: Antrag auf öffentliche Verhandlung

Antwort:

Eine (publikums-)öffentliche Verhandlung ist auf Antrag zwingend aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK durchzuführen.

Als «zivilrechtliche Ansprüche» gelten namentlich auch:

- arbeits- und dienstrechtliche Streitigkeiten im öffentlichen Dienst (EGMR, Urteil vom 19. April 2007, Nr. 63235/00, *Eskelinen u.a. gg. Finnland*, Rn. 62);
- Schadensersatzforderungen gegenüber dem Staat (EGMR, Urteil vom 21. November 2001, Nr. 31253/96, *McElhinney gg. Irland*, Rn. 23 ff.).

(siehe BGE 130 I 388 5.2 bzw i.c. BGE 134 I 229 E. 4.2).