

Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht*

von PD Dr. René A. Rhinow, Verwaltungsgerichtspräsident, Seltisberg BL

I. Einleitung

Während Jahrzehnten ist es um Erscheinung und Begriff der wohlerworbenen Rechte in der Schweiz ziemlich still gewesen. Seit kurzem hat dies aber schlagartig geändert.

Einmal mehren sich gewisse Bestrebungen des Gesetzgebers, beamtenrechtliche Positionen – insbesondere unter dem Einfluss einer rezessionsbedingten Sparpolitik – einzuschränken, was dem Staat regelmässig den Vorwurf der Verletzung wohlerworbener Beamtenrechte einbringt¹. Das Bundesgericht wie auch kantonale Gerichte haben sich in den letzten Jahren mehrfach mit dieser Rechtsfigur auseinandersetzen müssen, ohne dass indessen eine auch nur annähernde Klarheit und Einigkeit über deren Rechtsnatur erzielt worden wäre. Im Gegenteil droht die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung den historisch gewachsenen und von spezifischen Rechtsschutzfunktionen geprägten Begriff der wohlerworbenen Rechte bis zur Konturlosigkeit zu verwässern². Parallel zu dieser Entwicklung fordern einzelne Stimmen in der Doktrin, die tradierte Verbindung der wohlerworbenen Rechte mit der verfassungsmässigen Garantie des Privateigentums zu lösen und die ganze Problematik quasi auf einer höheren Ebene in einer Lehre von der qualifizierten Beständigkeit staatlicher Rechtsakte aufgehen zu lassen³. Wird damit das Begräbnis der wohlerworbenen Rechte eingeläutet?

* Leicht modifizierte und mit Anmerkungen versehene Fassung eines am 23. Oktober 1978 vor dem Zürcherischen Juristenverein gehaltenen Vortrages.

¹ So sahen sich beispielsweise die Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt anlässlich geplanter Revisionen des Beamten- bzw. Pensionskassengesetzes veranlasst, Rechtsgutachten zur Frage der Wohlerworfenheit von Beamtenrechten einzuholen (vgl. Rechtsgutachten von Max und Peter Ziegler, erstattet der Finanzdirektion des Kantons Basel-Landschaft am 14. September 1977; Bericht über die wohlerworbenen Rechte bei Änderungen der Gesetzgebung betreffend Beamte und Pensionskassen, erstattet der Expertenkommission für die Totalrevision des PWWK-Gesetzes des Kantons Basel-Stadt am 16. Juni 1978 von Prof. Dr. Kurt Eichenberger in Zusammenarbeit mit Dr. Alexander Ruch).

² Vgl. etwa BGE 101 Ia 443 ff.; BGE vom 21. September 1976 i. S. Popp (nicht publiziert); ZBl 78/1977, 267 ff., 79/1978, 16 f.; nachstehend Ziffer II/4.

³ Vgl. Peter Saladin, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: Hundert Jahre Bundesgericht, ZSR 94/1975 II 307 ff., 337 ff.; Walter Kämpfer, Zur Gesetzesbeständigkeit «wohlerworbener Rechte», in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 339 ff.;

Die aktuelle Infragestellung der überlieferten Theorie der wohlervorbenen Rechte in der Literatur⁴ und deren unsichere Behandlung in der Judikatur sollen zum Anlass genommen werden, einzelne Elemente zur Erfassung ihrer Rechtsnatur beizusteuern. Dabei ist schwergezwichtig zu untersuchen,

- in welchem Ausmass die Rechtsprechung bis anhin wohlervorbene Rechte anerkannt hat (Ziffer II);
- welche historische Entwicklung diesen Rechten zugrunde liegt (Ziffer III);
- welche Funktion ihnen heute im öffentlichen Recht zukommt (Ziffer IV);
- in welcher Relation sie zu vertraglichen öffentlichen Rechten stehen (Ziffer V); und schliesslich
- wie ihre verfassungsrechtliche Verankerung aussehen könnte (Ziffer VI).

II. Zum Anwendungsbereich der wohlervorbenen Rechte

In einer typologischen Betrachtung lassen sich die von der Praxis als wohlervorbenen qualifizierten Rechte in folgende vier *Gruppen* einteilen⁵: einmal in die sogenannten vorbestandenen Rechte, dann in vermögensrechtliche Ansprüche des Beamten gegen den Staat, sodann in private Ansprüche aus Konzessionsverhältnissen und neuerdings auch in gewisse Rechte aufgrund staatlicher Bewilligungen und anderer Zusagen.

1. *Vorbestandene*, «ehehafte» oder historische *Rechte* gelten als wohlervorbenen, weil sie im Zeitpunkt ihrer Begründung als private, subjektive Rechte, als «Privilegien» angesehen wurden. Trotz veränderter aktueller Anschauungen über die Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht und obwohl sie deshalb heute nicht mehr als Privatrechte begründet werden können, geniessen diese Rechte den Schutz der Eigentumsgarantie, sofern sie zur Zeit der Entstehung dieses Grundrechts bereits bestanden. Zu erwähnen sind als Beispiele etwa *Tavernenrechte*⁶, *pri-*

Fortsetzung von Fussnote 3:

Alfred Kölz, Das wohlervorbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht?, *SJZ* 74/1978, 65 ff., 89 ff.

⁴ Zur «traditionellen», wenn auch in sich wenig konsistenten Theorie der wohlervorbenen Rechte in der Schweiz vgl. etwa *Zaccaria Giacometti*, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinstituten, Tübingen 1924; *Walther Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944 (1. Aufl. 1927), S. 92 ff. (zit.: Organisation); Die wohlervorbenen Rechte des Beamten, *ZBJV* 75/1928, 57 ff. (zit.: Rechte); *Hans Huber*, Der Schutz der wohlervorbenen Rechte in der Schweiz, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 457 ff. (zit. Schutz); Öffentlich-rechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz, in: Staat und Privateigentum, Köln/Berlin 1960, S. 49 ff.; *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar zum ZGB. Das Sachenrecht, 1. Abt. Das Eigentum, 1. Teilband (Systematischer Teil), 4. Aufl. 1966, N. 215 ff.; *Max Imboden/René A. Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976, Nr. 122.

⁵ Vgl. zum folgenden auch: *Huber*, Schutz (Anm. 4), S. 463 ff.; *Meier-Hayoz* (Anm. 4), N. 215 ff.; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 122 B. II ff.; *Kämpfer* (Anm. 3), S. 350 ff.; *Kölz* (Anm. 3), S. 65 ff.

⁶ Die Inhaber von ehehaften Tavernenrechten sind in der Regel befugt, ohne Rücksicht auf den Bedürfnisnachweis in einer bestimmten Liegenschaft eine Wirtschaft zu betreiben; sie sind

*vate Wasserrechte*⁷, *Fischereigerechtsamen* oder *Fischnutzen*⁸ und *Weidnutzungsrechte*⁹. Es handelt sich bei diesen Befugnissen ausschliesslich um vermögenswerte Nutzungsrechte mit einem dinglichen Einschlag¹⁰. Die vorbestandenen Rechte, die in der Literatur als «erratische Blöcke im öffentlichen Recht»¹¹ apostrophiert worden sind, haben der Praxis kaum Schwierigkeiten bereitet¹² und sollen deshalb hier nicht weiterverfolgt werden.

2. Demgegenüber ist die Wohlervorbenheit von subjektiven *Beamtenrechten* schwieriger zu bestimmen¹³. Nachdem das Bundesgericht in den ersten Jahrzehnten seiner Rechtsprechung vermögenswerte Rechte des Beamten als privatrechtliche, später als öffentlichrechtliche wohlervorbene Ansprüche angesehen hatte¹⁴, schränkte es in den dreissiger Jahren unter dem Einfluss der durch den Bundesgesetzgeber angeordneten Besoldungs- und Rentenkürzungen¹⁵ den Rechtsschutz der Beamten beträchtlich ein. Wohlervorben ist das vermögenswerte Beamtenrecht spätestens seit dem Tessiner Beamtenpensionskassen-Entscheid vom 27. Oktober 1941 nur noch, wenn durch gesetzliche oder individuelle Zusicherung bestimmte Leistungen dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen worden sind¹⁶. Im berühmt gewordenen basellandschaftlichen Teuerungszulagenentscheid vom 19. November 1975 hat das Bundesgericht seine Auffassung bestätigt, wonach «das Dienstverhältnis durch die jeweilige Gesetzgebung beherrscht wird und somit, was seine vermögensrechtliche Seite angeht, die Entwicklung mitmacht, welche die Gesetzgebung erfährt». Dem kantonalen Gesetzgeber stehe es frei, durch Gesetzesänderung in die finanziellen Ansprüche des Beamten einzugreifen. Bei Besoldungs- und Pensionskassenansprüchen entstehen daher wohlervorbene, «unentziehbare Rechte des Beamten nur dann, wenn das Gesetz einzelne Beziehungen ein für allemal festlegt

Fortsetzung von Fussnote 6:

auch von speziellen Patentgebühren (nicht aber von allgemeinen Aufsichtsgebühren) befreit. Vgl. etwa BGE 6, 112; 8, 134 ff.; 9, 105 ff.; 15, 179 ff.; 552 ff.; 21, 912 ff. 24 II 946 ff.; 34 I 519 ff.; 39 I 73 ff.; 48 I 412 ff.; 66 I 239 ff.; 90 I 177 ff.; 98 Ia 662; ZBI 77/1976, 497 ff.; *G. Billeter*, Die ehehaften Tavernenrechte im Kanton Zürich, 1928.

⁷ BGE 18, 124 ff., 689 ff.; 27 II 672 ff.; 31 II 193 ff.; 35 I 725 ff.; 41 II 146 ff.; 88 I 184; 88 II 502; 93 I 638; 96 I 287.

⁸ BGE 18, 974 ff.; 23, 1230 ff.; 1242 ff.; 27 II 328 ff.; 31 II 866 ff.; 35 II 516 ff.; 36 II 307 ff.; 46 II 283 ff.; 68 I 153 ff.; 97 II 25 ff.

⁹ *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 122 B. IV.

¹⁰ *Max Imboden*, Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, ZBI 45/1944, 269 ff. (272); *Kölz* (Anm. 3), S. 66, 71.

¹¹ *Kölz* (Anm. 3), S. 65.

¹² Vgl. etwa aus jüngster Zeit BGE 93 I 638; 98 Ia 659.

¹³ Vgl. aus Literatur etwa *Burckhardt*, Rechte (Anm. 4), S. 57 ff.; *Claude Narbel*, Les droits acquis des fonctionnaires en droit suisse, en droit allemand et en droit français, Lausanne 1957; *Christoph Meili*, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, insbesondere dessen Beendigung, nach zürcherischem Recht, Zürich 1958; *Elmar Maria Jud*, Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nicht-disziplinarischen Gründen, St. Gallen 1975 (mit weiteren Hinweisen).

¹⁴ BGE 4, 321 ff.; 9, 212; 12, 710; 13, 347, 535; 16, 445; 20, 693; 63 I 35.

¹⁵ *Huber*, Schutz (Anm. 4), S. 467; *Kölz* (Anm. 3), S. 67.

¹⁶ BGE 67 I 177 ff. («impegno solenne»); vgl. 70 I 10 ff.; 74 I 465 ff.; 77 I 136 ff.; 83 I 65; 87 I 325; 93 I 656; 100 Ia 312 ff., 322 ff.

und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt – etwa die finanziellen Ansprüche ihrem Betrag nach als unabänderlich erklärt – oder wenn bestimmte, mit einem einzelnen Anstellungsverhältnis verbundene Zusicherungen abgeben werden»¹⁷.

3. *Konzessionen*, namentlich Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen¹⁸, verschaffen dem Konzessionär ebenfalls wohlerworbene Rechte, wobei das Bundesgericht von einer dualistischen Betrachtungsweise ausgeht: das Konzessionsverhältnis wird in einen rechtsgeschäftlichen und einen Verfügungsmässigen Inhalt aufgeteilt¹⁹. Nur gestützt auf diejenigen Konzessionsklauseln lassen sich wohlerworbene Ansprüche ableiten, die von den Parteien in voller Freiheit durch Verständigung angenommen worden sind²⁰. Gegenüber den Beamtenrechten ist der Schutz durch die Praxis insofern ausgeweitet worden, als nicht nur eigentliche Rechte im positiven Sinn, sondern die ganze Rechtslage, das heisst der konzessionsmässige Stand der Rechte und Pflichten, gegenüber einer grösseren Belastung abgeschirmt wurden, so etwa namentlich bei Abgabeprivilegien²¹.

4. Schliesslich fasst die Praxis seit einigen Jahren Rechtspositionen als wohlerworbene Rechte auf, die den hier in groben Zügen dargestellten Anwendungsbereich sprengen. So führte das Bundesgericht etwa lapidar aus, eine Polizeibewilligung begründe «in der Regel» kein wohlerworbenes Recht, es sei denn, das Gesetz erkläre eine bestimmte Ordnung als unabänderlich²². Eine Einfuhrbewilligung verschafft nach Auffassung des Gerichts ein wohlerworbenes Recht; die rückwirkende Erhöhung der Importabgabe darf daher nicht auf bereits vollzogene Einfuhren angewendet werden, da der abgabepflichtige Importeur keine Möglichkeit der Überwälzung des zusätzlich erhobenen Betrages mehr besitzt²³. In einem anderen Fall schützte das Gericht einen Bürger, dem eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit von der Verwaltung als nichtbewilligungspflichtig bezeichnet worden war, unter Berufung auf dessen wohlerworbenes Recht²⁴. Und in einem weiteren Urteil findet sich im Zusammenhang mit einer Subventionsrückforderung sogar die generelle Formulierung, es sei zu beachten, «dass eine anspruchsbegründende Verwaltungsverfügung dem Empfänger ein wohlerworbenes Recht verschafft»²⁵. Entsprechend galt in einem anderen Fall auch eine dem Gesetz gemäss gewährte Steuerbefreiung als wohlerworbenes Recht²⁶.

¹⁷ BGE 101 Ia 443 ff., 445 ff.

¹⁸ Nicola Korrodi, Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht, Zürich 1973.

¹⁹ *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 46 B. IV.

²⁰ BGE 41 II 310; 57 I 334 f.; 62 II 297; 63 II 51; 65 I 290 ff., 305 ff.; 74 I 465; 76 I 465 ff.; 80 I 246; 95 I 250; 96 I 288, 727.

²¹ *Huber*, Schutz (Anm. 4), S. 465; BGE 35 I 743; 49 I 584; 57 I 334; 63 II 50; 65 I 302; 71 I 220; 80 I 245.

²² BGE 87 I 424; vgl. auch BGE 102 Ia 448. *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 122 B. X.

²³ BGE 92 I 226 ff.

²⁴ BGE 83 I 317.

²⁵ BGE 93 I 675.

²⁶ BGE 94 I 448.

III. Zur historischen Entwicklung der wohlerworbenen Rechte

Bereits diese Übersicht auf die verschiedenen Typen «klassischer» wohlerworbener Rechte zeigt, dass es sich – vorbehaltlich der nicht weiterzuverfolgenden vorbestanden Rechte – durchwegs um Ansprüche handelt, die dank ihrer Unterstellung unter die Eigentumsgarantie einen im öffentlichen Recht *ungewohnten Schutz* geniessen. Zum Verständnis ihrer Rechtsnatur erscheint es indessen unerlässlich, ihre historische Entwicklung kurz nachzuzeichnen. Drei Faktoren gaben den wohlerworbenen Rechten ihr charakteristisches Gepräge:

1. Auszugehen ist von der geschichtlichen Situation des öffentlichen Rechts im deutschen vorkonstitutionellen Polizeistaat. Das öffentliche Recht regelt die Beziehungen zwischen der stark anschwellenden Staatsmacht und dem Bürger nicht umfassend, sondern gestützt auf die *Fiskustheorie* unterstehen die vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen Individuum und öffentlicher Gewalt dem Privatrecht²⁷. Damit wurde erreicht, dass bei hoheitlicher Verletzung erworbener, das heisst gestützt auf besondere Rechtstitel bestehender privater Rechte der Geschädigte auf zivilrechtlichem Weg Schadenersatz geltend machen konnte. «Dulde und liquidiere» hiess die Losung; Rechtsschutz gegen hoheitlichen Zugriff bestand nicht, wohl aber gegen die entschädigungslose Inanspruchnahme privater Vermögenspositionen. Dieser subjektive Schutz privater Eigentumsrechte spiegelt sich auch in der ausdrücklichen Gewährleistung «wohlerworbener Rechte», nicht etwa des Eigentums schlechthin, in verschiedenen kantonalen Verfassungen wider²⁸.

2. Mit der privatrechtlichen Qualifikation der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Bürger wurde erreicht, dass sich die Verwaltung gegenüber dem Privaten in diesem Bereich *rechtsgültig zu binden* vermochte oder – anders ausgedrückt – dass der Staat bei gewissen Zusagen und Verhältnissen behaftet werden konnte. Das Verwaltungsrecht erschien im alten Polizeistaat als blosses «*precarium*», im Gegensatz zum «geheiligten» Zivilrecht²⁹; denn – so charakterisierte *Otto Mayer* diesen Zustand des öffentlichen Rechts im Polizeistaat – «ausserhalb des Zivilrechts gibt es kein Recht»³⁰.

Im Konstitutionalismus wirkte diese Auffassung in der jederzeitigen Abänderbarkeit der Gesetze und der grundsätzlichen Widerrufbarkeit der Verwaltungsakte fort³¹. Dies war angesichts der damals vorherrschenden Eingriffsverwaltung auch

²⁷ Zur klassischen Fiskustheorie vgl. etwa *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Aufl., München und Leipzig 1924, S. 49 ff.; *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. neub. Aufl., Tübingen 1928 (Nachdruck Aalen 1960), S. 33 ff.; *Rolf Stödter*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933, S. 61 f. Zur aktuellen Problematik des Fiskusbegriffs in der Verwaltungsrechtsdogmatik vgl. *Joachim Burmeister*, Der Begriff des «Fiskus» in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, Die öffentliche Verwaltung 1975, 695 ff.

²⁸ So etwa in den Kantonsverfassungen von Baselland (§ 9), Solothurn (Art. 15), Zürich (Art. 4) und Schaffhausen (Art. 19: Privatrechte); *Imboden* (Anm. 10), S. 270.

²⁹ *Mayer* (Anm. 27), S. 47.

³⁰ *Mayer* (Anm. 27), S. 48.

³¹ *Fritz Fleiner* (Anm. 27), S. 196 ff.; *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1 Allg. Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 251 ff., 258 (mit weiteren Hinweisen auf die ältere

nicht weiter tragisch. Besondere Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger, bei welchen diese ungebundene Stellung der öffentlichen Gewalt unerträglich erschien, wurden nämlich als Privatrechtsverhältnisse gedeutet oder zumindest als gemischte, das heisst sowohl öffentlich- wie privatrechtliche Rechtsverhältnisse angesehen. So fasste das Bundesgericht etwa das *öffentliche Arbeitsverhältnis* zuerst als privatrechtlichen Vertrag³², später als gemischtes Rechtsverhältnis auf³³. Anlass für diese Ansichtsänderung war das Inkrafttreten des alten Obligationenrechts von 1881: Dieses unterstellte in Art. 349 Abs. 1³⁴ die Beamten dem öffentlichen Recht, so dass das Bundesgericht gezwungen war, trotz der nun ex lege diktierten öffentlichrechtlichen Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses eine neue Konstruktion zu suchen. Das *Konzessionsverhältnis* erscheint in der Praxis demgegenüber von Anfang an als gemischtes Rechtsverhältnis³⁵. Hinzu kommt, dass in der Schweiz – mindestens seit der Regeneration und zum Teil bis tief ins 20. Jahrhundert hinein – der Schutz des Bürgers gegenüber der Verwaltung bewusst den Zivilgerichten und nicht besonders eingesetzten Verwaltungsgerichten übertragen wurde³⁶. Die zivilrechtliche Qualifikation eines Rechtsverhältnisses war damit gleichzeitig Voraussetzung eines unabhängigen juristischen Rechtsschutzes³⁷. Vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Staat aufgrund von Leistungszusicherungen der öffentlichen Gewalt blieben somit private und damit wohlerworbene, der Eigentumsgarantie unterstellte Rechte.

3. Nach moderner Auffassung, die sich parallel zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit geformt hat, unterstehen auch die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Bürger grundsätzlich dem öffentlichen Recht. Denjenigen Rechten indessen, die früher als private gedeutet wurden, blieb das Attribut der Wohlerworbenheit teilweise erhalten. Es sind weiterhin Rechte, denen ein weitergehender Schutz zuteil wird als anderen öffentlichrechtlichen Befugnissen des Bürgers. Es sind Rechte, die ihr *Korrelat in einer Leistungspflicht des Staates* finden, an welche dieser wie ein Vertragspartner gebunden ist. Als die zivilrechtliche Auffassung vorherrschend war, sprach man ungeniert von vertraglichen Verhältnissen. In der publizistischen Sicht schwächte sich die Terminologie ab; es ist bloss die Rede von «Vertragsähnlichkeit» oder vom «partiellen Vertragscharakter»³⁸ dieser

Fortsetzung von Fussnote 31:

Literatur); *Hans J. Wolff/Otto Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974, S. 450, 455 ff.; *Zaccaria Giacometti*, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960, S. 402 ff., 405.

³² BGE 3, 578; 4, 321 ff.

³³ *Giacometti* (Anm. 4), S. 14 ff.

³⁴ «Die öffentlichen Beamten und Angestellten stehen unter dem öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone.»

³⁵ *Giacometti* (Anm. 4), S. 27.

³⁶ *Giacometti* (Anm. 4), S. 6 ff.

³⁷ Daher umfasste der Begriff der «zivilrechtlichen Streitigkeit» in den alten Gesetzen über die Bundesrechtspflege – vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene – auch Ansprüche, die heute als öffentlich-rechtlich gelten. «Fast jeder vermögensrechtliche Anspruch des Privaten gegen den Staat wurde darunter subsumiert» (*W. Birchmeier*, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, S. 58). In Art. 42 OG hat der Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit seinen umfassenden historischen Umfang behalten (*Birchmeier*, S. 66; *Imboden/Rhinow* [Anm. 4], Nr. 4 B. III).

³⁸ Vgl. etwa *Huber*, Schutz (Anm. 4), S. 464.

öffentlichrechtlichen Verhältnisse. Das hängt zusammen mit dem umstrittenen Ansehen, das der öffentlichrechtliche, insbesondere der verwaltungsrechtliche Vertrag auch heute noch in der öffentlichrechtlichen Doktrin genießt. Darauf ist später zurückzukommen³⁹.

IV. Zur Funktion der wohlerworbenen Rechte

1. Die Funktion der wohlerworbenen Rechte lässt sich aufgrund der historischen Entwicklung wie folgt umschreiben: Vermögensrechtliche Ansprüche des Bürgers aus Beamten- und Konzessionsverhältnissen wurden entweder als Privatrechte aufgefasst oder doch wie Privatrechte behandelt, weil diese Verhältnisse durch die privatrechts-adäquate *Freiwilligkeit der Begründung*, verbunden mit einer Leistungspflicht des Bürgers, gekennzeichnet waren⁴⁰: Der Beamte wie der Konzessionär treten aus eigenem Entschluss in ein Rechtsverhältnis zum Staat ein; sie übernehmen ihre Verpflichtungen ohne rechtlichen Zwang, vergleichbar einem Vertragspartner auf dem Boden des Zivilrechts. Beamten- und Konzessionsverhältnisse sind zumindest teilweise durch diese Vertragsnatur gekennzeichnet, und sie unterscheiden sich hierin von den hoheitlichen, nach tradierter Anschauung typischen Gestaltungsformen des öffentlichen Rechts.

Den neuesten Bestrebungen des Bundesgerichts, auch gewissen durch grundsätzlich widerruflichen Hoheitsakt begründeten Rechtspositionen ausnahmsweise die Wohlerworbenheit zuzuerkennen, liegt das Motiv zugrunde, das Vertrauen des begünstigten Privaten in den Fortbestand einer für ihn vorteilhaften Regelung auch dort zu schützen, wo nach überlieferter Auffassung die Eigentumsgarantie eine derartige Sicherung nicht bieten kann.

Im basellandschaftlichen Lehrerseminar-Entscheid führte das Bundesgericht aus, der Begriff der wohlerworbenen Rechte habe sich in seiner neueren Judikatur «im Sinne einer Erweiterung seines Inhaltes gewandelt»⁴¹. Während früher «nur vermögensrechtliche Interessen im Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie als wohlerworbene Rechte» anerkannt worden seien, würden heute auch «öffentlichrechtliche Ansprüche von Beamten unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und von Treu und Glauben» als wohlerworbene Rechte behandelt. Da nur diese besonderen Verfassungsgarantien einen Schutz individueller Rechtspositionen vor künftiger nachteiliger Veränderung gewährten, drücke der Begriff des wohlerworbenen Rechts «nicht mehr und nicht weniger als die Rechtsbeständigkeit einer bestimmten Rechtslage» aus⁴².

2. Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird damit in den letzten Jahrzehnten durch *gegenläufige Tendenzen* geprägt: Einerseits schränkt das

³⁹ Vgl. hinten Ziffer V/2.

⁴⁰ *Burckhardt*, Rechte (Anm. 4), S. 59 f., hat darauf hingewiesen, dass etwa bei der Steuer-, Gerichts-, Militär- und Schulpflicht das Gesetz selbst die Pflicht begründet und auch jederzeit ändern kann, während das Beamten- und Konzessionsverhältnis nur zustande kommt, wenn der Private zustimmt.

⁴¹ BGE vom 21. September 1976 i. S. Popp (nicht publ.), S. 9.

⁴² BGE vom 21. September 1976 i. S. Popp (nicht publ.), S. 10.

Gericht den klassischen Schutz bei den Beamtenrechten durch das Erfordernis der ausdrücklichen gesetzlichen oder individuellen Zusicherung empfindlich ein, da dem geltenden Beamtenrecht, aber auch der Rechtswirklichkeit solche explizite Festlegungen kaum zu entnehmen sind. Praktisch reduziert sich der Schutz auf ausnahmsweise getätigte individuelle Versprechungen, wie sie äusserst selten vorkommen. Andererseits aber dehnt es den Schutz des Bürgers durch die Bezeichnung weiterer Rechtspositionen als wohlerworbene aus, gerade in Bereichen, die nach herkömmlicher Anschauung durch die Einseitigkeit des Begründungsaktes und dessen – zumindest grundsätzliche – Widerrufbarkeit gekennzeichnet waren. Damit wird der Begriff des wohlerworbenen Rechts zu einem Sammelbegriff für Positionen und Rechtslagen, die einen gegenüber den «gewöhnlichen» subjektiven öffentlichen Rechten erhöhten Schutz vor Veränderung geniessen⁴³. Es ist daher aus dieser Sicht nur folgerichtig, wenn neuerdings vorgeschlagen wird, die klassische Verknüpfung der wohlerworbenen Rechte mit der Eigentumsgarantie zu lösen⁴⁴ und die mit dieser Rechtsfigur angesprochene Problematik durch eine konsequente Handhabung des Gesetzmässigkeitsprinzips in Verbindung mit der korrektiven Heranziehung des Vertrauensprinzips zu bewältigen⁴⁵. Zwangsläufig folgt aus dieser Betrachtungsweise die Verabschiedung der wohlerworbenen Rechte im öffentlichen Recht; ob ein subjektives öffentliches Recht oder eine bestimmte Rechtslage vor dem Zugriff des Gesetzgebers oder der Verwaltung bestehen kann, bestimmt sich dann nach einer im Einzelfall vorzunehmenden Abwägung zwischen den Geboten der Rechtssicherheit, von Treu und Glauben und dem Legalitätsprinzip – ähnlich wie sie von der Praxis für den Widerruf von Verwaltungsakten entwickelt worden ist: Abzuwägen sein wird jeweils zwischen dem allgemeinen verfassungsmässigen Anspruch des Individuums auf Vertrauensschutz und dem – ebenfalls verfassungsmässigen – Interesse an der «Durchsetzung des objektiven Rechts» oder – wie es *Saladin* formuliert hat – an der Notwendigkeit vertretbarer Haushaltspolitik⁴⁶.

3. Diese Begriffsverlagerung bricht nun aber mit dem tradierten Bedeutungsgehalt, wie er vorne dargestellt worden ist. Wohlerworben ist das subjektive Recht nicht deshalb, weil Vertrauensgesichtspunkte im Einzelfall ein Rückkommen auf ein grundsätzlich widerrufliches staatliches Versprechen erschweren oder sogar verhindern. Wohlerworben ist das Recht, weil es – einem subjektiven Recht des Privatrechts ähnlich – «erworben» worden ist und es deshalb nicht ohne Einwilligung des Privaten oder allenfalls ohne Entschädigung entzogen werden kann. Sowohl der Gesetzgeber wie die Verwaltung haben wohlerworbene Rechte *kraft ihrer Begründung als unentziehbare subjektive Rechte* zu beachten, nicht aufgrund einer ex post vorgenommenen Interessenabwägung, die dem Bürger je nach der in casu

vorliegenden – und in den Lauf der Zeit gestellten – Interessenlage mehr oder weniger Schutz zu verbürgen vermag⁴⁷. Das wohlerworbene Recht errichtet eine Barriere gegen die Massgeblichkeit veränderter öffentlicher Interessen; es wendet sich gerade gegen das Ausspielen von – sicher an sich legitimen – Bedürfnissen der staatlichen Haushalts- oder Eigentumspolitik einerseits und Vertrauensgesichtspunkten des Bürgers andererseits⁴⁸. Diese Abwägung ist beim wohlerworbenen Recht ex ante bereits vorweggenommen worden – zugunsten des Bürgers und zulasten des an seine Zusagen und Versprechungen gebundenen Gemeinwesens.

4. *Zusammenfassend* lässt sich die Funktion der wohlerworbenen Rechte im öffentlichen Recht demnach wie folgt umschreiben: Es handelt sich um vermögenswerte Rechte des Bürgers, die – um eine alte Formulierung des Bundesgerichtes aufzunehmen – «als festes Recht und nicht nur im Sinne einer widerruflichen Erlaubnis eingeräumt sind»⁴⁹. Es ging und geht darum, vermögenswerte Ansprüche des Bürgers gegen den Staat, die aufgrund einer gegenseitigen Willensübereinstimmung beider Parteien entstanden sind und deren Korrelat in einer eigenen – freiwillig begründeten – Leistungspflicht des Bürgers gegenüber dem Gemeinwesen besteht, einem besonderen rechtlichen Schutz zu unterstellen. Nicht – wie das Bundesgericht heute meint – «Rechtsbeständigkeit» einer bestimmten Rechtslage allgemein wird mit dem Begriff der Wohlerworfenheit ausgedrückt, sondern eine ganz bestimmte verfestigte Beständigkeit, nämlich der Schutz subjektiver Rechte aufgrund der erwähnten spezifischen Interessenstruktur.

V. Wohlerworbene und vertragliche Rechte

1. Als zentrale Problematik der wohlerworbenen Rechte hat sich die Frage nach der legitimen und legalen Begründung vor nachträglicher Veränderung geschützter subjektiver öffentlicher Rechte erwiesen. In welchen Situationen und Interessenlagen, in welchen Handlungs- und Gestaltungsformen kann und darf sich das Gemeinwesen so binden lassen, dass es später nicht mehr – auch nicht durch einen Akt des Gesetzgebers – auf seine Leistungsversprechen zurückkommen kann? Welchen Verwaltungsrechtsverhältnissen können oder müssen gestützt auf Gesetzgebung, Doktrin und Rechtsprechung derartige beständige Rechte entnommen werden? Die geschichtliche Entwicklung und die Funktion der wohlerworbenen Rechte weisen darauf hin, dass es hier um Rechtsverhältnisse geht, bei welchen die Verwaltung wie der Bürger an gemeinsam vereinbarte Rechte und Pflichten gebunden

⁴⁷ Daher erklärt die Praxis auch mit Recht, Verwaltungsakte, die wohlerworbene Rechte begründen, könnten grundsätzlich nicht widerrufen werden. Dies gilt sowohl für die Rücknahme fehlerhafter (vgl. *Imboden/Rhinow* [Anm. 4], Nr. 41 B. III) als auch für die Anpassung ursprünglich fehlerfreier Verfügungen (*Imboden/Rhinow*, [Anm. 4], Nr. 45 B. IIa).

⁴⁸ Insofern kann ich *Peter Saladin* (Anm. 3), S. 339, nicht folgen, der *stets* eine Abwägung zwischen dem Individualanspruch auf Vertrauensschutz und dem Interesse an der «Durchsetzung des objektiven Rechts» bzw. der «Notwendigkeit vertretbarer Haushaltspolitik» verlangt.

⁴⁹ BGE 48 I 604.

⁴³ *Kämpfer* (Anm. 3), S. 360.

⁴⁴ In BGE 101 Ia 443 ff. (S. 446) erklärt das Bundesgericht, die Verletzung wohlerworbener Beamtenrechte sei «früher vorwiegend als Verletzung der Eigentumsgarantie und dann auch der Rechtsgleichheit im allgemeinen behandelt» worden, «während heute vor allem der Schutz von Treu und Glauben des Beamten» im Vordergrund stehe. Im Entscheid Popp modifiziert das Bundesgericht seine Auffassung (vorne Anm. 41/42).

⁴⁵ So *Kölz* (Anm. 3), S. 92 ff.

⁴⁶ *Saladin* (Anm. 3), S. 339.

sind: Das in gegenseitiger Willensübereinstimmung Beschlossene und Versprochene soll nicht einseitig rückgängig gemacht werden dürfen.

Sind damit aber im Grunde genommen nicht echte, wenn auch öffentlichrechtliche, vertragliche Verhältnisse angesprochen?

2. Mit der Erscheinung des Vertrages im öffentlichen Recht – oder genauer des verwaltungsrechtlichen, im sogenannten Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger abgeschlossenen Vertrages – wird ein weiteres Problemfeld betreten, das der klärenden wissenschaftlich-dogmatischen Durchdringung bedarf. Wohl wird die Existenz und grundsätzliche Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge von der schweizerischen⁵⁰ und auch der deutschen Lehre⁵¹ – anders etwa als in Österreich⁵² – anerkannt. Während noch *Walther Burckhardt* und zuletzt *Zaccaria Giacometti* mit zum Teil unterschiedlicher, im wesentlichen aber doch auf der Ungleichwertigkeit der beteiligten Parteien beruhender Begründung die Vertragsform als ihrem Wesen nach «mit dem öffentlichen Recht in unlöslichem Widerspruch» stehend⁵³ oder als «im Rechtsstaate systemwidrig»⁵⁴ bezeichneten, hat die jüngere Verwaltungsrechtswissenschaft die Augen vor dem Faktum überhandnehmender «Abmachungen» unterschiedlichster Art zwischen Bürger und Verwaltung nicht verschliessen können. Bahnbrechend haben hier insbesondere die beiden Referate von *Max Imboden* und *Henri Zwahlen* am Juristentag 1958 gewirkt⁵⁵. Diese heute fast verdächtige Einmütigkeit in der Existenzfrage darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Grunde genommen Wesen, Geltungsgrund und Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages, insbesondere sein Verhältnis zum hoheitlichen Verwaltungsakt, alles andere als geklärt sind.

In der Regel wird versucht, dem Phänomen des Vertrages im Verwaltungsrecht durch Abgrenzungen nach drei Seiten hin näherzukommen: einmal zum privatrechtlichen Vertrag hin⁵⁶, was uns hier nicht weiter beschäftigen soll; dann zum Gesetz,

⁵⁰ Vgl. etwa *Kurt Oeschger*, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, Winterthur 1954; *Max Imboden*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 77/1958, 1a ff.; *Henri Zwahlen*, Le contrat de droit administratif, ZSR 77/1958, 461a ff.; *André Grisel*, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 219 ff. (mit weiteren Hinweisen); *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 46; *Thomas Fleiner*, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977, S. 134 ff.

⁵¹ Vgl. etwa *Wolff/Bachof* (Anm. 31), S. 336 ff.; *Erichsen/Martens* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin/New York 1977, S. 211; *Joachim Schmidt-Salzer*, Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag, Verwaltungsarchiv 1971, 135 ff.; *Albert Bleckmann*, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmässigkeit der Verwaltung, Verwaltungs-Archiv 1972, S. 404 ff.; *Wolfgang Bosse*, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, Berlin 1974; je mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung. Vgl. insbesondere auch die positivrechtliche Regelung, die der Verwaltungsvertrag im deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz (vom 25. Mai 1976; BGBl I 1253, 1749) erfahren hat (§§ 54 ff.).

⁵² Vgl. *Theo Öhlinger*, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Salzburg/München 1974, S. 32 ff., 60 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁵³ *Walther Burckhardt*, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in: Festgabe für das Bundesgericht, 1924, S. 70; derselbe, Organisation (Anm. 4), S. 59 ff.

⁵⁴ *Giacometti* (Anm. 4), S. 17; derselbe (Anm. 31), S. 441 ff., 442.

⁵⁵ Vgl. vorne Anm. 50.

⁵⁶ Vgl. etwa *Bosse* (Anm. 51), S. 20 ff.; *Erichsen/Martens* (Anm. 51), S. 212 ff.; *Zwahlen* (Anm. 50), S. 493a ff.

das heisst zum Legalitätsprinzip hin; und schliesslich steht – wie erwähnt – das Verhältnis des Vertrages zum einseitigen öffentlichrechtlichen Gestaltungsmittel, zum Verwaltungsakt, zur Diskussion.

Was die *Zulässigkeit* des verwaltungsrechtlichen Vertrages betrifft, so behilft man sich heute mit der Formel, die Verwaltung sei zum Abschluss von Verträgen ermächtigt, wenn das Gesetz nicht entgegenstehe, oder in der Wendung des Bundesgerichts: «soweit das Gesetz für sie Raum lässt»⁵⁷. Für die Freiheit des Vertragsschlusses, die sogenannte Abschlussfreiheit, benötigt die Verwaltung demnach – wie in Deutschland⁵⁸ – keine normative Ermächtigung.

Nicht eindeutig entschieden ist indessen die Frage, ob sich der Staat auf vertraglichem Wege Zusicherungen, insbesondere Leistungszusagen Privater, zunutze machen darf, für deren Erzwingung er qua Gesetz keine Handhabe besitzen würde. Mit anderen Worten: Gilt der Satz «volenti non fit iniuria» im Verwaltungsrecht? Darf das Gestaltungsmittel des Vertrages dazu benutzt werden, um vom Bürger Leistungen zu verlangen, die auf dem ordentlichen Wege der Verfügung – gestützt auf das Gesetz – nicht einzubringen wären?

Dieser Frage kann hier nicht nachgegangen werden. Meines Erachtens ist zu differenzieren: Verwehrt ist dem Staat, sich Leistungen des Bürgers versprechen zu lassen, für die sich überhaupt kein gesetzlicher Anhaltspunkt finden lässt. Auch das vertragliche Vorgehen muss sich insofern legitimieren können, als die vom Bürger übernommene Rechtspflicht als solche einer gesetzlichen Verankerung bedarf. Das Legalitätsprinzip gilt demnach für die inhaltliche Gestaltung des verwaltungsrechtlichen Vertrages mit der doppelten Bedeutung, dass das Vereinbarte weder dem Gesetz widersprechen noch der – wenn auch nur mittelbaren – Rückführung auf eine legale Grundlage ermangeln darf⁵⁹.

Hingegen muss meines Erachtens die gesetzliche Basis nicht so beschaffen sein, dass die Verwaltung auch ohne vertragliches Vorgehen zum nämlichen Erfolg gelangen könnte. Dies würde nämlich in letzter Konsequenz bedeuten, dass die Vertragsform nur gegeben ist, wo auch das Vorgehen mittels Verwaltungsakt zum Ziele führen würde. Wozu brauchen wir dann aber den Vertrag?

Ich möchte vielmehr die These vertreten, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag gerade dort seine Rechtfertigung besitzt, wo es anders eben «gar nicht ginge», wo die Verwaltung ein bestimmtes öffentliches Interesse nicht – oder jedenfalls nicht auf gleiche Weise – zu erfüllen, ein öffentliches Ziel nicht zu erreichen vermöchte.

Diese These ist anhand der Gegenüberstellung von Vertrag und Verwaltungsakt näher zu erläutern.

3. Auszugehen ist von der Erscheinung des sogenannten *mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes*. Bereits *Otto Mayer* hatte erkannt, dass es eingreifende Verwaltungsakte gibt, die der Einwilligung des «Untertanen» bedürfen; er nannte sie «Verwaltungsakte auf Unterwerfung»⁶⁰. *Walter Jellinek* sprach von «zweiseitigen Ver-

⁵⁷ BGE 103 Ia 34; *Imboden* (Anm. 50), S. 64a ff.; *Zwahlen* (Anm. 50), S. 618a ff.; *Grisel* (Anm. 50), S. 223 f.; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 46 B. II; *Thomas Fleiner* (Anm. 50), S. 136.

⁵⁸ Statt vieler: *Erichsen/Martens* (Anm. 51), S. 218 ff., 220.

⁵⁹ *Erichsen/Martens* (Anm. 51), S. 222 ff.

⁶⁰ *Mayer* (Anm. 27), S. 98.

waltungsakten» und suchte mit dieser Konstruktion Anleihen bei der zivilistischen Vertragslehre aufzunehmen⁶¹. Heute ist unbestritten, dass viele Verfügungen in irgendeiner Weise der Mitwirkung des Bürgers bedürfen, sei es, dass sie bloss auf Antrag hin ergehen, wie etwa die Einbürgerung oder die Baubewilligung, sei es, dass der Bürger mehr oder weniger an der inhaltlichen Gestaltung der Verfügung beteiligt ist, wie etwa bei der Steuerveranlagung oder manchmal bei der Subventionsgewährung. Das Ausmass der privaten Beteiligung kann zwar von erheblicher Bedeutung für das Zustandekommen und den definitiven Inhalt der Verfügung sein; an der rechtlichen Natur des Verwaltungsaktes als hoheitlicher Einzelanordnung des Staates ändert dieser Umstand nichts⁶². Wo letztlich der Staat den definitiven Entscheid autonom fällt, vermag keine genetische Betrachtung der Etappen des Werdeganges dieses Entscheides, des ihm vorgelagerten, vielleicht partizipativ ausgerichteten Verfahrens den Verwaltungsakt in einen Vertrag zu verwandeln⁶³. Die Rechtsnatur des öffentlichrechtlichen Vertrages kann offenbar nicht mit dem blossen Erfordernis der Partizipation des Bürgers an der Verwaltungsentscheidung legitimiert werden⁶⁴.

4. Wenden wir uns wieder dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zu, so müssen wir die umgekehrte Feststellung treffen, dass die Beteiligung des Privaten an der Gestaltung des Vertragsinhaltes nicht Wesensmerkmal des Vertrages bilden kann⁶⁵. Ein Blick auf die Privatrechtslehre und die Erscheinungsformen des privatrechtlichen Vertrages zeigt uns, dass der Vertragsabschluss auch in der Übernahme eines *einseitig vorgeformten Inhalts* bestehen kann; als Stichwort seien die Formular- und Standardverträge genannt⁶⁶. Auch die blosser Annahme einer vorformulierten Offerte ohne die geringste Einflussnahme auf den Inhalt der Abmachung begründet ein Vertragsverhältnis. Auf das Verwaltungsrecht übertragen heisst das, dass auch in der blossen Zustimmung des Bürgers zu einem staatlichen Angebot ein Vertrag erblickt werden kann⁶⁷.

Halten wir nun diese beiden Schlussfolgerungen nebeneinander – weitestgehende potentielle Beteiligung des Bürgers an der Inhaltgebung beim Verwaltungsakt einer-

seits, mögliche fehlende Mitwirkung des Privaten bei der Kreation des Vertragsinhalts andererseits – so liegt es nahe, das Wesen des Verwaltungsvertrages nicht im Zustandekommen, sondern – im Anschluss an die Darlegungen *Henri Zwahlen*⁶⁸ – in dessen spezifischer Verknüpfung von Willensübereinstimmung und rechtlichen Wirkungen zu suchen. Konstituierend sind (auch) beim verwaltungsrechtlichen Vertrag allein die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien, die auf eine gegenseitige Bindung an den Vertragsinhalt gerichtet sind⁶⁹. Ein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis ist demnach insoweit vertraglich ausgestaltet, als beide Parteien auf einen bestimmten Inhalt gebunden sein wollen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die aus dem Vertrag fliessenden Rechte und Pflichten durch besondere Vereinbarung oder durch gänzliche oder teilweise Übernahme rechtssatzmässiger Vorschriften festgelegt werden⁷⁰. Die Verwaltung kann mit anderen Worten auch Rechtssätze «offerieren», die für den privaten Vertragspartner dann – und nur dann – Geltung erlangen, wenn er sie akzeptiert. In dem vom Bundesgericht am 12. Oktober 1977 beurteilten Fall Hoffmann ging es um die Auslegung einer öffentlichrechtlichen Erschliessungsvereinbarung zwischen der Gemeinde Thun und einem Unternehmen, worin sich die Parteien unter anderem darauf geeinigt hatten, dass für bestimmte Einrichtungen des privaten Unternehmens Kanalisationsgebühren nur nach Massgabe der bei Vertragsschluss geltenden Gemeindebauordnung zu entrichten seien⁷¹. Hier liegt eine derartige Einigung auf einen Rechtssatz vor, der seine allgemeine Geltung zwar nicht vom Vertrag herleitet und insofern in seinem Bestand auch vom Vertrag unabhängig bleibt, auf dessen Inhalt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Parteien indessen ungeachtet des weiteren Schicksals dieses Rechtssatzes festgenagelt bleiben. Gehören derartige Normbestandteile zum Inhalt des Vertrages, so können neue, für den privaten Vertragspartner ungünstigere Bestimmungen nicht ohne weiteres die vertraglich vereinbarten Rechte verdrängen. Andererseits muss der private Vertragspartner die Fortgeltung des zum Vertragsinhalt gewordenen, inzwischen revidierten objektiven Rechts auch *gegen* sich gelten lassen; auch er bleibt zur Erfüllung seiner aus dem Vertrag fliessenden Obliegenheiten verpflichtet.

5. Man kann aber noch einen Schritt weitergehen und die Funktion der Willenserklärungen beider Parteien, also der Verwaltung und des Bürgers, näher untersuchen. Beginnen wir bei der Verwaltung: In welchen Fällen ist die *Verwaltung* auf das Instrument des öffentlichrechtlichen Vertrages angewiesen? Wo der Private zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden kann, genügt das hoheitlich-einseitige Prozedere, wenn vielleicht auch unter Beteiligung des Verfügungsadressaten. Soll der Bürger aber freiwillig zur Übernahme einer Aufgabe im öffentlichen Interesse gewonnen und – nach Begründung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses – zur Einhaltung des Vereinbarten auf die Dauer *angehalten* werden können, so bietet

⁶¹ Die Lehre vom «zweiseitigen Verwaltungsakt» bildete die Vorstufe zur Anerkennung verwaltungsrechtlicher Verträge, indem sie zwar wie beim (echten) Vertrag die private Willenserklärung als konstitutives Element der Willensäusserung des Staates gegenüberstellte, jedoch noch von einer fehlenden Gleichwertigkeit beider Willensbetätigungen ausging (vgl. *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931, S. 250 ff.).

⁶² Zu den verschiedenen Beteiligungsformen und -verfahren bei den Verwaltungsakten vgl. die Referate von *Robert Walter* und *Walter Schmitt-Gläser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, an der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1972, VVDStRL 31/1973, 147 ff., 179 ff.

⁶³ Illustrativ *Schmidt-Salzer* (Anm. 51), S. 142 f.; *Wolff/Bachof* (Anm. 31), S. 402 ff.; *Zwahlen* (Anm. 50), S. 512a ff.

⁶⁴ Es erscheint daher auch die Vorstellung nicht als richtig, in der Anerkennung des verwaltungsrechtlichen Vertrages spiegle sich ein gegenüber früher verändertes, «demokratischeres» Staat-Bürger-Verhältnis wider (vgl. die Nachweise bei *Schmidt-Salzer* [Anm. 51], S. 144).

⁶⁵ So aber die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Konzessionsnatur; vgl. BGE 80 I 246 und die berechtigte Kritik von *Zwahlen* (Anm. 50), S. 583a.

⁶⁶ Vgl. etwa *Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Kommentar zum ZGB, Band V 1a, Zürich 1968, N. 427 ff. zu Art. 1 OR.

⁶⁷ *Imboden* (Anm. 50), S. 45a.

⁶⁸ *Zwahlen* (Anm. 50), S. 517a ff.

⁶⁹ Vgl. neben *Zwahlen* (oben Anm. 68) auch *Grisel* (Anm. 50), S. 222, und *René A. Rhinow*, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Basel und Stuttgart 1971, S. 187; *Bosse* (Anm. 51), S. 81 ff.; BGE 101 Ib 78 ff.

⁷⁰ BGE 103 Ia 34 ff.

⁷¹ Praxis 67 (1978) Nr. 75.

sich der vertragliche Weg an, bei dem die Verwaltung Gewissheit über die künftige Erbringung der versprochenen Leistung des Privaten besitzt. Ich habe andernorts diese spezifische Interessenlage anhand des Subventionsverhältnisses darzustellen versucht⁷². Die staatliche Subventionsgewährung bedarf der vertraglichen Ausgestaltung, wenn der Subventionsempfänger dauerhaft zur Erfüllung der die Mittelzuwendung legitimierenden öffentlichen Aufgabe verpflichtet werden soll⁷³.

Wann ist der *Bürger* auf den öffentlichrechtlichen Vertrag angewiesen? Doch offenbar dann, wenn er als Korrelat zu seinen eingegangenen Pflichten auch vom Staat als Schuldner für eine bestimmte Zeit die vereinbarte Gegenleistung fordern können will; wenn er mit anderen Worten ohne diese staatliche Gegenleistung seine eigene auch nicht erbracht hätte.

Die Einwilligung des Privaten ist schlechthin konstituierend, weil ohne sie der Bürger nicht zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden könnte. Die korrelierende Zusage des Staates ist bedeutsam, weil sie aufgrund dieser wechselseitigen Verknüpfung der beiderseitigen Leistungen *mehr* ist als die gewöhnliche Zusicherung mittels einseitiger Anordnung, die den allgemeinen Regeln über die Rechtsbeständigkeit der Verwaltungsakte und damit der allgemeinen Wertabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und dem privaten Interesse an der Rechtssicherheit⁷⁴ unterliegt. Der Verwaltungsvertrag ist eine Ehe, kein Konkubinat! Damit sind viele Fragen angesprochen, die hier offenbleiben müssen; insbesondere kann nicht näher untersucht werden, ob es nicht auch einseitige Akte der Verwaltung gebe, die ähnlich beständig sind wie die Vertragsbeteiligungen des Staates⁷⁵ und die damit auch «ehehafter» Natur wären. Von entscheidender Bedeutung ist jedenfalls, dass der Vertrag die Verwaltung ex ante, ab Vertragsschluss, an die eigene Zusage kettet und dass nicht eine irgendwie geartete ex post-Abwägung die staatliche Bindung bewirkt. Grund für diese rigorose Verpflichtung des Gemeinwesens ist einzig und allein die Gegenleistung des privaten Vertragspartners.

6. Von diesem Verständnis des publizistischen Vertrages aus wäre nun dessen Anwendungsbereich in den unterschiedlichen Verwaltungsbereichen vorurteilslos einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Einiges, was wir mit dem Etikett «Vertrag» versehen, würde sich vielleicht als letztlich einseitiges, durch Hoheitsakt begründetes Rechtsverhältnis entpuppen, wenn wir das Augenmerk statt auf das Zustandekommen auf den Bindungswillen der Parteien und die Rechtswirkungen legten. Andererseits mögen Verwaltungsrechtsverhältnisse neu – oder wieder – als vertragliche qualifiziert werden, die nach überwiegender Anschauung allein auf einseitigem Hoheitsakt beruhen sollen. Hier schliesst sich der Kreis unserer Betrachtungen; denn ich bin der Ansicht, dass die (nicht vorbestandenen) *wohlerworbenen Rechte des Bürgers genuin vertragliche Rechte* sind.

Die wohlerworbenen Rechte zeichnen sich ja gerade dadurch aus, dass sich der

Private gegenüber dem Gemeinwesen zu einer Leistung verpflichtet, welche ihm ohne seine Einwilligung aufgrund der hoheitlichen Rechtslage nicht aufgezwungen werden könnte. Darauf hat *Walther Burckhardt* eindringlich hingewiesen⁷⁶. Grund für diese freiwillige Verpflichtung des Bürgers ist das korrelierende Leistungsversprechen des Staates, ohne welches das Verhältnis nicht zustande käme. Insbesondere bei den Wasserrechtskonzessionen war diese wechselseitige dauerhafte Verknüpfung von staatlicher Gewährung des Wassernutzungsrechtes verbunden mit allfälligen geldwerten Vergünstigungen einerseits und der privaten Zinsentrichtungspflicht andererseits seit jeher augenfällig⁷⁷. Damit haben der Private wie der Staat mit der auf gegenseitige Bindung gerichteten übereinstimmenden Willenserklärung Rechte «erworben», die ihnen vor Vertragsabschluss nicht zugestanden hatten und die ohne diesen Konsens nicht hätten begründet werden können. Insofern ist auch «Gleichwertigkeit» der Vertragsparteien gegeben, trotz des sogenannten juristischen «Mehrwertes» des Gemeinwesens gegenüber dem Bürger. Im Gegensatz zum blossen Antrag oder zur Mitwirkung des Privaten an der Inhaltsgestaltung beim Verwaltungsakt *erwirbt* der Private als «Gegenleistung» gewisse Rechte gegenüber dem Staat – Rechte, die gestützt auf diesen «zweiseitigen» Begründungsakt nicht wieder (entschädigungslos) entzogen werden dürfen. «Ob man das Ganze Vertrag nenne oder nicht, ist gleichgültig, aber ein vertragsmässiges Moment ist dabei» – so qualifizierte *Walther Burckhardt* das Dilemma, in welches die alte publizistische Lehre geraten war, weil es doch Verträge im öffentlichen Recht nicht geben konnte⁷⁸. Konsequenterweise bezeichnete *Burckhardt* die Rechte des Beamten oder Konzessionärs als «der Sache nach privatrechtliche, weil zufällig begründete und deshalb unentziehbare Ansprüche»⁷⁹. Nichts spricht aber heute dagegen, diese Verpflichtungen beider Partner, die in der Regel auf Dauer angelegt, aber doch zeitlich befristet sind⁸⁰, als *vertragliche* zu deuten, sei es beim Beamten- oder beim Konzessionsverhältnis⁸¹, beim Subventionsvertrag⁸² oder bei sogenannten Erschliessungsabmachungen, die in der Regel Abgabevergünstigungen enthalten⁸³.

Damit kommen wir zum vielleicht verblüffenden Ergebnis: Wenn die «klassischen» wohlerworbenen Rechte vertragliche Rechte sind, so fallen diese beiden Kategorien von subjektiven öffentlichen Rechten offensichtlich zusammen. Denn es ist unbestritten, dass allen vertraglichen Rechten die Qualifikation der Wohlerworbenheit eignet⁸⁴. Die wohlerworbenen Rechte teilen so das Schicksal der ver-

⁷⁶ *Burckhardt*, Organisation (Anm. 4), S. 109 ff.; derselbe, Rechte (Anm. 4), S. 60 f.

⁷⁷ Vgl. etwa BGE 48 I 206 f., wo ausgeführt wird, zwischen der Verleihungsbehörde und dem Beliehenen entstehe durch die Verleihung «ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten . . . , einem durch Vertrag begründeten Verhältnis vergleichbar». Der Beliehene habe deshalb einen «rechtlich geschützten Anspruch darauf . . . , dass die Verleihungsbehörde ihm gegenüber die Verleihungsbestimmungen einhalte». Vgl. auch BGE 57 I 334 f.

⁷⁸ *Burckhardt*, Rechte (Anm. 4), S. 60.

⁷⁹ *Burckhardt*, Rechte (Anm. 4), S. 62.

⁸⁰ *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 148 B. IIIb; Urteile des basellandschaftlichen Verwaltungsgerichts vom 27. Juni 1974 i. S. P. G. und vom 9. November 1977 i. S. B. P. und Sch. H.

⁸¹ So für das Beamtenverhältnis schon *Imboden* (Anm. 50), S. 128a ff.

⁸² *Rhinow* (Anm. 69), S. 185 ff.; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 155 B. IIIc; BGE 101 Ib 78 ff., 78 II 27.

⁸³ BGE 103 Ia 31 ff.; 102 II 55 ff.; Praxis 1978 Nr. 75.

⁸⁴ *Imboden* (Anm. 50), S. 100a ff.; *Zwahlen* (Anm. 50), S. 643a ff.; *Fritz Gygi*, Verwaltungs-

⁷² *Rhinow* (Anm. 69), S. 185 ff.

⁷³ *Rhinow* (Anm. 69), S. 188 ff.; BGE 101 Ib 78 ff.

⁷⁴ Vgl. etwa *Grisel* (Anm. 50), S. 209 ff.; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 41 ff.

⁷⁵ Vgl. etwa *Zwahlen* (Anm. 50), S. 491a; *Wilfried Fiedler*, Funktion und Bedeutung öffentlich-rechtlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, Heidelberg/Karlsruhe 1977, S. 221 ff., insb. S. 279.

traglichen Rechte im Verwaltungsrecht, und eine nähere Analyse der mit den wohl erworbenen Rechten verknüpften Rechtsprobleme kann nicht ohne gleichzeitige Einbeziehung der Vertragsproblematik im öffentlichen Recht erfolgen.

VI. Der verfassungsrechtliche Schutz der wohl erworbenen Rechte

1. Als Ergebnis der bisherigen Erörterungen kann festgehalten werden, dass «klassische» wohl erworbene Rechte vertragliche Rechte sind: Ansprüche des Bürgers aus einem mit der Verwaltung abgeschlossenen, zweiseitigen, öffentlichrechtlichen Vertrag. Als vertragliche Rechte geniessen sie nach bundesgerichtlicher Praxis und nach der Doktrin den Schutz der Eigentumsgarantie, sofern sie vermögenswerter Natur sind⁸⁵. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, die wohl erworbenen Rechte vorschnell und unter Verdrängung der historischen Entwicklung und Gefährdungslagen aus dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zu «entlassen» und allein dem heute in seiner Tragweite gegenüber dem Gesetzgeber noch wenig gesicherten Grundsatz von Treu und Glauben zu überantworten⁸⁶. Hingegen ist zu prüfen, ob dieses Prinzip nicht als unerlässliche zweite Säule vertragliche Ansprüche im öffentlichen Recht zusätzlich abstützen muss.

2. Was bedeutet nun der Schutz der verfassungsmässigen Garantie des Eigentums für die wohl erworbenen Rechte?

Vertraglich eingeräumte, vermögenswerte Rechte des Bürgers sind vor einseitiger vertragswidriger Beeinträchtigung durch das Gemeinwesen grundsätzlich abgeschirmt. Sie enthalten eine Sperre gegen ihre «Anpassung» oder Aufhebung durch unilateralen Staatsakt. Das «Bollwerk» der wohl erworbenen Rechte ist indessen von unterschiedlicher Widerstandskraft, je nachdem, ob der Vertragspartner «Staat» mit Hilfe gesetzlicher Vorschriften oder im Einzelfall ohne gesetzlichen Imperativ, jedoch im Rahmen seiner legalen Handlungsfreiheit in das Vertragsverhältnis eingreifen will. Vertragliche Zusagen der *Verwaltung* sind nach unbestrittener Auffassung durch Verwaltungsakt nicht widerruflich; insbesondere dürfen sie aufgrund veränderter Anschauungen oder Verhältnisse nicht einseitig modifiziert werden⁸⁷. Die Praxis bringt diesen Gedanken auch in der zurückhaltenden Formulierung zum Ausdruck, Verwaltungsakte, die wohl erworbene Rechte begründen, könnten nicht zurückgenommen bzw. angepasst werden⁸⁸.

Fortsetzung von Fussnote 84:

recht und Privatrecht, Bern 1956, S. 53 f.; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 122; BGE 103 Ia 35, 91 II 342.

⁸⁵ Vgl. BGE 103 Ia 35; 96 I 554; 94 I 448; 74 I 741; *Imboden* (Anm. 50), S. 100a ff.; *Grisel* (Anm. 50), S. 359; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 122 B. III.

⁸⁶ Wie dies etwa *Kölz* (Anm. 3), S. 92 ff., vorschlägt. Ich zweifle auch an der Fragestellung dieses Autors, wenn er das wohl erworbene Recht daraufhin untersucht, ob es «immer noch aktuelles Grundrecht» darstelle. Vgl. demgegenüber den eindringlichen Appell *Hans Hubers* in der Kritik des Bundesgerichtsentscheides über die Baselbieter Teuerungszulagen (ZBJV 1977, 43) und neuerdings auch in seinem Beitrag zum 25jährigen Bestehen des deutschen Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Anm. 100).

⁸⁷ *Imboden* (Anm. 50), S. 102a; *Grisel* (Anm. 50), S. 212; *Thomas Fleiner* (Anm. 50), S. 235.

⁸⁸ *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 41 B. III und Nr. 45 B. IIa; BGE 99 Ia 458, 94 I 450, 93 I

Vertragliche Rechte sind damit nur auf dem Weg der formellen Enteignung entziehbar⁸⁹. Besteht die staatliche Zusicherung indessen gerade in einer geldwerten Vergünstigung, so entfällt auch die Möglichkeit der Enteignung, da der Private mit der Entschädigung gleichgestellt würde wie mit der eingeräumten Vergünstigung⁹⁰.

Wohlerworbene, vertragliche Rechte sind aber auch *gesetzesbeständig*⁹¹. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz immer wieder bekräftigt: einmal dadurch, dass es die sogenannte unechte Rückwirkung – das heisst die Anwendbarkeit neuen Rechts auf zeitlich noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Verhältnisse – (nur) als zulässig erklärt, «sofern ihr nicht wohl erworbene Rechte entgegenstehen»⁹², sodann durch die ausdrückliche Anerkennung der Gesetzesbeständigkeit vertraglich begründeter subjektiver öffentlicher Rechte. In seinem Entscheid Schwanensee vom 30. März 1977, der die Auslegung einer Erschliessungsvereinbarung betraf, stellte das Bundesgericht erfreulicherweise mit aller wünschbaren Deutlichkeit klar, dass gültig begründete subjektive öffentliche oder private Rechte selbst dann nicht eo ipso dahinfallen, wenn eine gesetzliche Regelung geschaffen wird, mit der sie sich nicht vertragen. Auch ein zulässiger Erschliessungs- und Abgabevergünstigungsvertrag genieisse «den Schutz der wohl erworbenen Rechte»⁹³. Abgesehen von der wohl wenig glücklichen Formulierung – nicht der Vertrag als ganzer, sondern die vertraglichen Rechte der privaten Vertragspartei unterstehen dem spezifischen Rechtsschutz – wird hier am Grundsatz der Gesetzesbeständigkeit vertraglicher – und damit wohl erworbener – Rechte ausdrücklich festgehalten. Der Gesetzgeber vermag sich zwar nicht selbst zu «binden»⁹⁴; auch richtet die Verfassung keine Sperre auf gegen Änderungen der Gesetzgebung im Laufe der Zeit. Insofern ist die stereotype Formulierung des Bundesgerichtes, wonach «die Eigentumsgarantie . . . grundsätzlich keinen Schutz gegen die Änderung der Rechtsordnung» biete⁹⁵, nicht unrichtig. Es geht indessen nicht darum, eine Änderung der Rechtsordnung als solche zu verhindern, sondern deren Auswirkungen auf vertraglich begründete Rechtsverhältnisse zu beurteilen. Es besteht mit anderen Worten kein Revisionsverbot; dem Gesetzgeber ist es lediglich verwehrt, eine allfällig revidierte Ordnung für gültig existierende Vertragsverhältnisse als anwendbar zu erklären. «Le législateur peut . . . fixer certaines relations une fois pour toutes et les soustraire de la sorte aux conséquences découlant des modifications de la loi, autrement dit mettre certains droits

Fortsetzung von Fussnote 88:

675. Über die – hier nicht näher zu untersuchenden – Rechtsfolgen rechtswidriger Vertragsschlüsse im öffentlichen Recht vgl. etwa Praxis 67 Nr. 75.

⁸⁹ *Imboden* (Anm. 50), S. 101a; BGE 103 Ia 35, 102 Ib 173, 93 I 143.

⁹⁰ Insofern vermittelt die Eigentumsgarantie einen negatorischen Anspruch auf staatliche Unterlassung künftiger Abgabenerhebung (oder Abgabenerhöhung).

⁹¹ *Imboden* (Anm. 50), S. 101a; vgl. hierzu die kritischen Erörterungen von *Kämpfer* (Anm. 3).

⁹² BGE 99 Ib 429, 99 V 203, 96 I 555, 92 I 233.

⁹³ BGE 103 Ia 35.

⁹⁴ Kritisch zur Selbstbindung des Gesetzgebers auch *Peter Saladin*, Grundrechte im Wandel, 2. Aufl. Bern 1975, S. 132 f., und BGE 101 Ib 446. – Eine andere, zu bejahende Dimension der «Selbstbindung» signalisiert das Verbot des Rechtsetzers, seine generell-abstrakten Anordnungen in der einzelfallweisen Anwendung zu durchbrechen: *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 62.

⁹⁵ BGE 101 Ia 445 ff.; 96 I 126.

à l'abri de tout empiètement de l'autorité et de toutes réductions ultérieures, fussent-elles même ordonnées par voie législative»^{95a}.

Gerade bei den wohlverordneten Beamtenrechten ist diese Differenzierung von vorrangiger Bedeutung: die nicht zu bestreitende Befugnis des Gesetzgebers, das Beamtenrecht als solches jederzeit zu ändern und neuen Regeln zu unterwerfen, erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die Modifikation bestehender Beamtenrechtsverhältnisse. Das neue Recht wird in dem Ausmass, wie es sich an vertraglich begründetem Recht stösst, gleichsam partiell in einen Schwebezustand versetzt. Wohlverordnete Rechte stemmen sich also gegen ihre Entziehung auf dem Wege der Gesetzgebung. Die Eigentumsgarantie schützt den vertraglich Berechtigten vor dem entschädigungslosen Zugriff des Gesetzgebers.

3. Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass das subjektive (öffentliche) Vertragsrecht in der Eigentumsgarantie zwar einen festen und überlieferten, aber doch nicht lückenlosen Schutz findet. Einmal vermag die Gewährleistung des Privateigentums andere als vermögenswerte Rechte nicht zu erfassen; als Vermögenswertgarantie bietet sie keinen Schutz gegen die Aufhebung bzw. Minderung nicht-geldwerter Ansprüche⁹⁶. Zudem ist das Eigentum selbst öffentlichrechtlichen Beschränkungen durch den Gesetzgeber ausgesetzt (Art. 22ter Abs. 2 BV). Es fragt sich, ob sich das wohlverordnete Recht unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie nicht ähnliche Modifikationen gefallen lassen müsse wie das dingliche oder obligatorische private Recht. Insofern ist der Glaube an eine absolute Unantastbarkeit der wohlverordneten Rechte aufgrund der Eigentumsfreiheit verfehlt. Erst wo das Recht als ganzes entzogen oder wo die «Reizschwelle» der materiellen Enteignung überschritten wird, wo die «Substanz» angegriffen wird⁹⁷, oder – um eine Formulierung des deutschen Bundesverfassungsgerichts aufzunehmen – wo es um den «Kernbestand» subjektiver Rechte geht⁹⁸, setzt der effektive Schutz wieder ein – sei es in Form der Entschädigung, sei es durch Verbot einer Aufhebung eingeräumter geldwerter Vergünstigungen⁹⁹.

Das wohlverordnete vertragliche Recht bedarf daher der ergänzenden Absicherung durch das ebenfalls verfassungsrechtliche Prinzip von Treu und Glauben¹⁰⁰. Wo der Staat Leistungen in vertraglicher Form zusichert, wird er durch beide Verfassungsgarantien zur Einhaltung seiner Versprechungen angehalten: «pacta sunt

^{95a} BGE 74 I 470, 70 I 22, 67 I 177.

⁹⁶ BGE vom 21. September 1976 i. S. Popp (nicht publ.), S. 10; BGE 101 Ia 447; *Grisel* (Anm. 50), S. 358 f.; *Saladin* (Anm. 3), S. 125 ff.

⁹⁷ *Imboden* (Anm. 50), S. 101 f.; *Kämpfer* (Anm. 3), S. 355 f.

⁹⁸ BVerfGE 16, 111 ff., 112.

⁹⁹ Vgl. etwa BGE 34 I 519 ff. (gesetzliche Aufhebung der ehehaften Wirtschaftsrechte im Kanton Solothurn); 74 I 475 (Aufhebung einer Konzession); 97 I 707 (Aufhebung von Jagdpachtverträgen); 98 Ia 664 (Aufhebung von Tavernenrechten).

¹⁰⁰ Zum Grundsatz von Treu und Glauben vgl. etwa die Referate von *Katharina Sameli*, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, und *François Picot*, La bonne foi en droit public, am Schweizerischen Juristentag 1977, ZSR 96/1977 II 119 ff., 291 ff., je mit weiteren Hinweisen; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nrn. 74–79. *Hans Huber*, Vertrauensschutz, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 313 ff. Für Deutschland: *Gunter Kisker* und *Günther Püttner*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, 149 ff., 200 ff.

servanda». Diese Ausweitung wird auch vom Bundesgericht vorgenommen, allerdings in einer überschüssenden Tendenz, wie sie beispielsweise in der Formulierung zum Ausdruck gelangt, heute stünde bei den wohlverordneten Beamtenrechten «vor allem der Schutz von Treu und Glauben» im Vordergrund. *Hans Huber* hat diese Entwicklung kürzlich mit Recht als «wahres Verhängnis» bezeichnet¹⁰¹. Dabei steht der Vertrauensschutzgedanke als Teilgrundlage des öffentlichen Vertragsrechts auf unsicherem Boden als die Eigentumsgarantie; auf diese kann daher – mindestens beim gegenwärtigen Stand von Lehre und Rechtsprechung – zum Schutz der wohlverordneten Rechte nicht verzichtet werden. Ihre Verbürgung ist gefestigt, wenn auch zum Teil auf die «Substanz» oder den «Wesensgehalt» eingeschränkt. Die durch den Vertrauensgrundsatz vermittelte Absicherung beruht zwar auf der heute herrschenden Anschauung, dass der Bürger einen Anspruch «auf Schutz des berechtigten Vertrauens auf behördliche Zusicherungen und sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden»¹⁰² besitzt. Indessen ist der Konnex mit dem öffentlichen Vertragsrecht noch wenig gefestigt; und das Verhältnis von gesetzlicher Regelung einerseits und Treu und Glauben andererseits harrt – trotz der (auch nicht zweifelsfreien) Anerkennung der letzteren als Verfassungssatz – immer noch der zureichenden Klärung¹⁰³. Als Beleg für die offenkundige Unsicherheit darf ich wiederum das Bundesgericht zitieren: Im Baselbieter Teuerungszulagen-Entscheid wird zuerst – wie erwähnt – ausgeführt, bei den wohlverordneten Rechten stehe heute der Schutz von Treu und Glauben im Vordergrund¹⁰⁴. Später heisst es dann, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne der Grundsatz von Treu und Glauben gegenüber Gesetzesänderungen nicht angerufen werden. Mit dieser stereotypen Formulierung wird einem Einwand des Beschwerdeführers begegnet, der geltend gemacht hatte, die gesetzliche Reduktion der Teuerungszulagen verstosse gegen den Vertrauensgrundsatz. Aber, so schliesst das Urteil wörtlich: «Die Gesetzesänderungen dürfen lediglich keine wohlverordneten Rechte verletzen oder nicht willkürlich sein»¹⁰⁵. Also: Schutz der wohlverordneten Rechte durch das Vertrauensprinzip, das aber nicht hilft bei Gesetzesänderungen; diese wiederum dürfen nicht gegen wohlverordnete Rechte verstossen! Mir kommt bei diesem Gedankengang der gute alte Münchhausen in den Sinn, der sich an seinem wohlverordneten Schopf aus dem Sumpf von Treu und Glauben herauszieht!

Zu fordern ist jedoch, dass das subjektive vertragliche Recht eines effektiven Schutzes teilhaftig wird, auch und gerade gegenüber gesetzgeberischen Aktivitäten. Der Vertrauensschutz ist hier nicht ex post-Gesichtspunkt unter anderen abzuwägenden Interessen, sondern verfassungsrechtliche Basis der Anerkennung bindender, gesetzesbeständiger Vertragsrechte im öffentlichen Recht. «Vertrauensschutz wohnt

¹⁰¹ BGE 101 Ia 446; *Hans Huber*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975, ZBJV 113/1976, 42. Es ist nicht ersichtlich, warum das wohlverordnete, vermögenswerte Recht des Beamten nicht primär der Eigentumsgarantie unterstehen soll. Kritisch nicht nur zur Dominanz, sondern zur Heranziehung des Gesichtspunktes von Treu und Glauben bei den wohlverordneten Rechten überhaupt *Sameli* (Anm. 100), S. 353 ff.

¹⁰² BGE 94 I 513 ff.; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 74.

¹⁰³ *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 74 B. VIII; *Sameli* (Anm. 100), S. 310 ff.; vgl. auch *Huber* (Anm. 101), S. 43 f.

¹⁰⁴ Vorne Anm. 101.

¹⁰⁵ BGE 101 Ia 446, 450.

in Wahrheit der Institution der wohlerworbenen Rechte inne und ist nicht etwas, das die jetzige Rechtsprechung noch anhängen oder beisteuern würde»^{105a}.

4. Schliesslich sei der Vollständigkeit halber angefügt, dass nach der neuen Bundesgerichtspraxis auch Art. 4 BV im Sinne des Rechtsgleichheitsgebotes und Willkürverbotes als verfassungsrechtliche Basis der wohlerworbenen Rechte gilt. Im mehrfach zitierten und soeben kritisierten Teuerungszulagen-Entscheid heisst es, über den Schutz von Treu und Glauben hinaus vermöge Art. 4 BV Beamtenansprüche gegenüber Massnahmen des Gesetzgebers abzuschirmen. «Diese Verfassungsbestimmung schliesst aus, dass die Ansprüche willkürlich abgeändert, nachträglich entzogen oder im Wert herabgesetzt werden und dass Eingriffe ohne besondere Rechtfertigung einseitig zu Lasten einzelner Berechtigter oder bestimmter Gruppen erfolgen»¹⁰⁶.

Ohne näher auf die Problematik dieser Rechtsprechung einzugehen, bleibt festzuhalten, dass unser oberstes Gericht damit ein neues Dreisäulenprinzip aus der Taufe gehoben hat: Die wohlerworbenen Rechte stützen sich danach auf die Eigentumsgarantie, den Grundsatz von Treu und Glauben sowie auf Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot. Kritisch zu fragen wäre allerdings, ob das hier entwickelte Konzept des wohlerworbenen, vertraglichen Rechts auf diese zusätzliche Hilfeleistung von Art. 4 BV überhaupt angewiesen ist oder – anders ausgedrückt – ob diese Garantie, der ja die gesamte Rechtsetzung und Rechtsanwendung untersteht, nicht erst dort Relevanz gewinnen kann und gewinnen muss, wo die subjektive Berechtigung des Bürgers gerade nicht (oder nicht mehr) als wohlerworben zu qualifizieren ist. Die Frage soll hier bloss signalisiert, aber nicht weiterverfolgt werden.

VII. Schlussbemerkungen

1. Die traditionellen (nicht vorbestandenen) wohlerworbenen Rechte sind ihrem Wesen nach teilweise ursprünglich privatrechtliche, nach heutiger Anschauung jedoch öffentlichrechtliche, zweiseitige und auf die Dauer begründete Vertragsverhältnisse. Sie unterscheiden sich von den «gewöhnlichen» subjektiven Rechten des Bürgers gegenüber dem Staat durch die Elemente der Gegenseitigkeit und der Dauerhaftigkeit, welche die beiderseitige Bindung auf Zeit rechtfertigen. Es ist eine Frage der Terminologie, ob man den Begriff der wohlerworbenen Rechte auf alle rechtmässig begründeten subjektiven öffentlichen Rechte des Bürgers ausdehnen will und damit zum Beispiel auch ex lege entstandene Ansprüche aus «unerlaubter Handlung» (Entschädigungsanspruch aus Amtshaftung) oder aus gesetzlichen Subventionsverhältnissen¹⁰⁷ sowie Verfügungsmässig zugesprochene individuelle Rechte mit «Beständigkeit» einschliessen will. Der Sache nach verbietet sich indessen diese Gleichsetzung, weil die sich aus der Vertragsnatur ergebenden spezifischen Rechts-

folgen nicht eo ipso auf einseitige staatliche Zusagen und Akte übertragen werden können. Die wohlerworbenen Rechte erscheinen vielmehr als zweiseitig strukturierte, durch ihre ex ante-Bindung qualifizierte und deshalb von den übrigen Berechtigungen des Bürgers herausgehobene Individualrechte.

Damit wird freilich nicht ausgeschlossen, dass der verfassungsrechtliche Schutz der Eigentumsgarantie allenfalls auch auf vermögenswerte Ansprüche und Rechtslagen des Bürgers auszudehnen wäre, die einseitig-hoheitlich, also nicht vertraglich, begründet werden. In Deutschland wird dies zum Beispiel im Bereich des Sozialversicherungsrechts erwogen¹⁰⁸; und in einem jüngeren Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁹ findet sich die Erwägung, eine Unterstellung sozialversicherungsrechtlicher Positionen unter den Schutz der Eigentumsgarantie komme nach der eigenen Rechtsprechung dann in Betracht, wenn der ein subjektiv-öffentliches Recht begründende Sachverhalt dem Einzelnen eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen eines Eigentümers entspricht und die so stark ist, dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde. Für eine Unterstellung spräche, dass die Eigentumsgarantie in ihrer freiheitsverbürgenden Funktion darauf zielt, dem Einzelnen die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu gewährleisten, dass in der modernen industriellen Dienstleistungsgesellschaft die grosse Mehrzahl der Staatsbürger ihre wirtschaftliche Existenzsicherung weniger durch privates Sachvermögen als durch den Arbeitsertrag und die daran anknüpfende solidarisch getragene Daseinsvorsorge erlangt und dass gerade diese Daseinsvorsorge historisch von jeher eng mit dem Eigentumsgedanken verbunden war.

Nun, soweit sind wir in der Schweiz (noch) nicht. Bei uns treffen wir in den bundesgerichtlichen Erwägungen zur Eigentumsfreiheit immer wieder den lapidaren – und wohl bereits de lege lata anfechtbaren – Satz an, die Eigentumsgarantie könne nicht das Fundament für die «Zuerkennung positiver Ansprüche an den Staat» bieten¹¹⁰.

Die wohlerworbenen Rechte vermitteln jedenfalls mehr als Geltungsvertrauen, das heisst Vertrauen in die «Festigkeit» eines *entstandenen*, (in der Regel) klagbaren Anspruchs gegen den Staat. Sie begründen auch Kontinuitätsvertrauen: Vertrauen in die grundsätzliche Unabänderlichkeit einer vereinbarten Regelung ex nunc et pro futuro¹¹¹.

2. Die Hauptschwierigkeit liegt (auch) bei dieser Konzeption darin, Zulässigkeit, Existenz und Umfang vertraglicher öffentlicher Rechte im Einzelfall festzustellen. Der verwaltungsrechtliche Vertrag wird nicht durch das Ausmass an «aushandelbarem» Inhalt bestimmt, sondern durch die rechtliche Bedeutung der übereinstim-

^{105a} Huber (Anm. 100), 322.

¹⁰⁶ BGE 101 Ia 446 (mit Verweis auf BGE 100 Ia 319, 77 I 144, 70 I 23, 67 I 189 f.). Ausdrücklich bestätigt für nicht vermögensrechtliche Ansprüche im BGE vom 21. September 1976 i.S. Popp (nicht publ.), S. 10.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu Rhinow (Anm. 69), S. 166 ff.

¹⁰⁸ Zu Rechtslage und Diskussionsstand in Deutschland vgl. etwa Saladin (Anm. 94), S. 127 ff.; Leibholz/Rinck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., Köln 1975, Anm. 2 zu Art. 14 GG; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl. 1974, Anm. 33 ff. zu Art. 14 GG.

¹⁰⁹ BVerfGE 40, 83 f.

¹¹⁰ Imboden/Rhinow (Anm. 4), Nr. 122 B. XII.

¹¹¹ Vgl. hierzu René A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel 1979 (im Druck), Ziffer 723.

menden Willenserklärungen, die auf gegenseitige Bindung der Vertragsparteien gerichtet sind. Der Vertrag besteht dabei nicht nur aus den individuellen «Zusagen», sondern auch in den das betreffende Verhältnis regelnden Normen, sofern sie als «vorgeformter Vertragsinhalt» (oft stillschweigend) übernommen werden. Das Vertrauen des privaten Vertragspartners kann sich auch auf rechtssatzmässig «angebotene» Leistungsumschreibungen beziehen, sofern sie bestimmt und geeignet waren, Bestandteil der gegenseitigen Willensübereinstimmung zu bilden.

Normen, die nicht Gegenstand des Vertrages sind und die den privaten Vertragspartner wie Dritte betreffen (wie etwa in der Regel Steuererlasse), unterliegen der Bindungswirkung ebensowenig wie Rechtssätze und Anordnungen, deren Modifikation bei Vertragsschluss ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten wurde – und auf die sich damit die Bindungswirkung nicht bezieht. Man mag hier in Anlehnung an die Privatrechtstheorie von Gestaltungsrechten im Sinne der Befugnis der Verwaltung zur einseitigen Rechtsgestaltung sprechen¹¹². In diesem Bereich sind Anpassungen einseitiger Art durchaus zulässig, sofern sie den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien der Abwägung zwischen Rechtssicherheit und «richtigem Recht» entsprechen.

3. Damit ist die juristische Doktrin aufgefordert, das Problem der Dauerrechtsverhältnisse zwischen Gemeinwesen und Bürger auf die Traktandenliste zu setzen und die im Jahre 1958 von *Max Imboden* und *Henri Zwahlen* entwickelten Ansätze weiterzuführen¹¹³. Dabei dürfte vier Problemkreisen Priorität zukommen:

- Erstens der verfassungsrechtlichen und dogmatischen Einbettung des so verstandenen Vertrages im öffentlichen Recht;
- zweitens der Bestimmung des verfassungsrechtlich zulässigen Anwendungsbereiches des verwaltungsrechtlichen Vertrages, insbesondere der Möglichkeiten gesetzeständiger Anbindungen des Vertragspartners Staat;
- drittens der Frage der Leistungsstörungen, insbesondere des einseitigen Zugriffsrechtes des Staates in subordinationsrechtliche, auf längere Dauer abgeschlossene Schuldverträge aufgrund veränderter faktischer oder rechtlicher Verhältnisse¹¹⁴, ein Problem, das bislang beinahe ausschliesslich von der Sicht der *clausula rebus sic stantibus* angegangen wurde¹¹⁵.

¹¹² Vgl. *Schmidt-Salzer* (Anm. 51), 147.

¹¹³ Für Deutschland vgl. etwa neuerdings *Peter Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin 1974, sowie die beiden Referate von *Otto Bachof* und *Winfried Brohm* über: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30/1972, 193 ff. und 245 ff.

¹¹⁴ Dabei könnten diesbezüglich vom französischen Verwaltungsrecht wertvolle und fruchtbare Impulse ausgehen; hier scheint die Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, seit ihrer Begründung durch *G. Jèze* im Jahre 1927, am weitesten entwickelt und die Möglichkeiten des einseitigen Vertragsingriffs am subtilsten differenziert worden zu sein (vgl. etwa die Übersicht bei *Georges Vedel*, Droit administratif, 6. Aufl., Paris 1976, S. 228 ff.). Zur Diskussion in Deutschland über die Folgen von Leistungsstörungen bei öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen vgl. *Martin Bullinger*, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Die öffentliche Verwaltung 1977, 812 ff. (mit weiteren Hinweisen).

¹¹⁵ Vgl. zur *clausula rebus sic stantibus* *P. Grätzer*, Die *clausula rebus sic stantibus* beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Zürich 1953; *Imboden* (Anm. 50, S. 103a, 107a f.; *Zwahlen* (Anm. 50),

- Und viertens schliesslich ist die Diskussion über das intertemporale Recht wieder aufzunehmen und die diesbezüglich etwas nachlässige Gesetzgebungspraxis auf die Bedeutung des Übergangsrechts aufmerksam zu machen. Die sich nun anbahnende Gesetzgebungs- oder besser: Rechtsetzungslehre vermag hoffentlich hierfür die erforderliche theoretische Basis zu liefern¹¹⁶.

Ein Zitat aus einem bundesgerichtlichen Entscheid des Jahres 1948¹¹⁷ erscheint mir immer noch beherzigenswert:

«Der Schutz wohlverworbener Rechte ist im schweizerischen Rechtssystem, wo immer das Gesetz nicht ausdrücklich anders normiert, eine Selbstverständlichkeit. Man mag es als einigermaßen störend empfinden, wenn dergestalt auf unbestimmte Zeit hinaus eine überholte Rechtsordnung nachwirkt. Solche Bedenken müssen aber zurücktreten vor der Notwendigkeit, die letzten Endes im Volksbewusstsein verwurzelten Grundkonzeptionen des Rechts zu wahren.»

Fortsetzung von Fussnote 115:

S. 643a ff.; *Grisel* (Anm. 50), S. 226 ff.; *Imboden/Rhinow* (Anm. 4), Nr. 46B. Vb (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung), BGE 103 Ia 37; *Erichsen/Martens* (Anm. 51), S. 227 f.; *Wolfgang Bosse* (Anm. 51), S. 85 f.; *Wilfried Fiedler*, Zum Wirkungsbereich der *clausula rebus sic stantibus* im Verwaltungsrecht, Verwaltungs-Archiv 1976, 125 ff.

¹¹⁶ Vgl. etwa verschiedene Beiträge im Sammelband «Grundfragen der Rechtssetzung», hrsg. von *Kurt Eichenberger*, *Walter Buser*, *Alexander Métraux*, Basel 1978.

¹¹⁷ BGE 74 I 523 f.; vgl. auch BGE 67 I 248.

Abstimmungsrecht

BASEL-STADT

Referendumsrecht. *Die Behörden sind nicht verpflichtet, die Gültigkeit der Unterschriften vor Ablauf der Referendumsfrist zu prüfen.*

Der Grosse Rat beschloss am 30. Juni 1977 die Umgestaltung eines Teils der Laufenstrasse in eine Wohnstrasse. Gegen diesen Beschluss ergriff ein Komitee das Referendum und reichte binnen der Referendumsfrist Unterschriftenbogen mit insgesamt 3257 Unterschriften ein. Die nachträgliche Prüfung ergab, dass 1538 Unterschriften ungültig waren. Der Regierungsrat stellte fest, das Referendum sei nicht zustande gekommen, da die hierfür erforderliche Zahl von 2000 gültigen Unterschriften nicht erreicht worden sei. Der Stimmberechtigte B., der Mitglied des Referendumskomitees war, rekurrierte gegen diesen Beschluss an das Verwaltungsgericht, wobei er namentlich geltend machte, er habe sich rechtzeitig beim Polizeidepartement darum bemüht, die Unterschriften bereits vor Ablauf der Referendumsfrist kontrollieren zu lassen, doch sei seinem Begehren nicht stattgegeben worden. Das Verwaltungsgericht wies den Rekurs ab.

B. führte hiergegen *staatsrechtliche Beschwerde* gemäss Art. 85 lit. a OG (Stimmrechtsbeschwerde). Das *Bundesgericht* hat die Beschwerde *abgewiesen*. Aus den *Erwägungen*: