

Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel

Entre droit constitutionnel et droit
administratif : questions autour du
droit de l'action publique

Édité par
Michel Hottelier
Maya Hertig Randall
Alexandre Flückiger



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT



Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel

Entre droit constitutionnel et droit
administratif: questions autour du
droit de l'action publique

Édité par
Michel Hottelier
Maya Hertig Randall
Alexandre Flückiger



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2019

Citation suggérée de l'ouvrage : MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER (éds), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8713-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

Avant-propos.....	VII
MURAT JULIAN ALDER Avocat, Député au Grand Conseil de la République et canton de Genève	
Les droits politiques dans la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012	1
FRANÇOIS BELLANGER Professeur à l'Université de Genève, Avocat	
Enjeux et risques du nouveau contenu des plans localisés de quartier (PLQ).....	9
FREDERIC BERNARD Chargé de cours à l'Université de Genève, Avocat	
Du contrôle de l'administration par le juge.....	25
ARUN BOLKENSTEYN Docteur en droit	
Les opinions séparées en droit genevois	35
BENOIT BOVAY Professeur à l'Université de Lausanne, Avocat	
Bien bâtir. Les clauses d'esthétique en droit public des constructions.....	43
CHRISTIAN BOVET Professeur à l'Université de Genève	
L'autorégulation financière à l'épreuve de l'efficacité	53
URSULA CASSANI Professeure à l'Université de Genève	
Bien commun, avantages privés : la corruption d'agents publics suisses.....	61
MICHELLE COTTIER Professeure à l'Université de Genève	
Activité législative en droit civil et droit comparé : vers une approche socio-juridique.....	79
VALERIE DEFAGO GAUDIN Professeure à l'Université de Neuchâtel	
DAVID RENDERS Professeur à l'Université catholique de Louvain, Avocat au Barreau de Bruxelles	
Disputatio en droit comparé ou peut-on siéger en référé et au fond dans une même affaire ?.....	87
ANNE-CHRISTINE FAVRE Professeure à l'Université de Lausanne	
La participation de la population en droit de l'environnement : un droit ?	97
ALEXANDRE FLÜCKIGER Professeur à l'Université de Genève	
Le droit souple intercantonal : quand les conférences intercantionales recommandent, les réglementations s'harmonisent.....	109

AURELIE GAVILLET

Docteure en droit, Titulaire du brevet d'avocat

Le retrait de la « carte d'identification aéroportuaire » par l'Aéroport international de Genève : brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente 127

STEPHANE GRODECKI

Chargé de cours à l'Université de Genève, Premier procureur à Genève

Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public 135

MAYA HERTIG RANDALL

Professeure à l'Université de Genève

Comment déterminer le minimum pour une vie décente ? Inspirations de la jurisprudence allemande 145

MICHEL HOTTELLIER

Professeur à l'Université de Genève

Le recours pour violation des opérations électorales en droit genevois 159

FLORIAN IRMINGER

Ancien membre de l'Assemblée constituante de la République et canton de Genève et président de la Commission de rédaction, Directeur exécutif de Penal Reform International, Londres

De la protection des lanceurs d'alerte à la collaboration avec la délation anonyme 171

JEAN-FRANÇOIS JOYE

Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc

L'urbanisme français et le référendum. Enquête sur un blocage juridico-psychologique 183

REGINA KIENER

Professeure à l'Université de Zurich

DAVID HENSELER

MLaw, Avocat

Anforderungen des Europarats und der OSZE an die Spruchkörperbildung in Gerichten 193

NICOLAS LEVRAT

Professeur à l'Université de Genève

Searching for international administrative law in Cross-border Co-operation 201

PASCAL MAHON

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Le Parlement écossais, la *devolution* et le *Brexit* 207

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

L'Etat en tant que destinataire des droits fondamentaux 221

CYRIL MIZRAHI

Avocat au Barreau de Genève

Introduction au droit de l'égalité des personnes handicapées 229

FRANÇOIS PAYCHERE

Docteur en droit, Président de la Cour des comptes de la République et canton de Genève

Lettre à un jurisconsulte ou quelques propos libres destinés à un ami 243

ETIENNE POLTIER Professeur à l'Université de Lausanne	
L'évolution du droit administratif suisse.....	251
MARIA RODRIGUEZ ELLWANGER Docteure en droit	
La place de la population dans la planification territoriale transfrontalière du bassin de vie franco-valdo-genevois	259
MARCO SASSÒLI Professeur à l'Université de Genève	
L'administration d'un territoire par un groupe armé peut-elle être régie par le droit ?	267
BENJAMIN SCHINDLER Professeur à l'Université de Saint-Gall	
Kontinuität und Wandel im Verwaltungsrecht. Miszelle zum Energierecht der Barockzeit	277
RAINER J. SCHWEIZER Professeur honoraire de l'Université de Saint-Gall	
La genèse de la responsabilité publique en droit constitutionnel de Genève	287
FELIX UHLMANN Professeur à l'Université de Zurich	
EVA SCHEIFELE Assistante à l'Université de Zurich	
Les tribunaux sont-ils des roseaux ? Quelques réflexions sur la relation entre le législateur et les tribunaux dans la procédure administrative	297
FREDERIC VARONE Professeur à l'Université de Genève	
KARIN BYLAND Responsable de projets à la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève	
Evolution du contentieux administratif judiciaire au Tribunal fédéral (1990-2017)	309
NICOLAS WISARD Docteur en droit, Avocat	
La participation en aménagement du territoire après la Convention d'Aarhus. Quelques observations conceptuelles et d'expérience	317
ROBERT ZIMMERMANN Docteur en droit, Conseil	
De la nature administrative de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.....	329
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Professeur à l'Université de Fribourg	
Travaux de construction : le privé ne tient pas le public.....	337
Liste des publications de Thierry Tanquerel	343

Kontinuität und Wandel im Verwaltungsrecht

Miszelle zum Energierecht der Barockzeit

BENJAMIN SCHINDLER*

Professeur à l'Université de Saint-Gall

Einleitung

« *Le droit administratif est continuellement en mouvement.* »¹ Es mag paradox erscheinen, aber im Verwaltungsrecht sind Kontinuität und Wandel symbiotisch aufeinander bezogen. Nur indem das Verwaltungsrecht auf aktuelle gesellschaftliche und ökonomische Probleme antwortet und die Herausforderungen von demographischem und klimatischem Wandel aufgreift, kann es dauerhaft einen relevanten Beitrag zur staatlichen Steuerung und Selbstdisziplinierung leisten. Gleichzeitig führt der rasche Wandel des Rechts in zahlreichen Lebensbereichen des Alltags zu irritierender Unrast und Ängsten.² Auch hierin besteht Kontinuität, denn das Jammern über die « Vielregiererei »³ und die Klagen über das « rast- und ziellose ‹ Gesetzgebern › und Reglementieren »⁴ gehört seit Generationen zum Grundtenor derer, die sich mit Verwaltungsrecht befassen. Ein Rechtsgebiet, das in jüngster Vergangenheit in besonderem Mass von « fahrig wirkende(r) Ad-hoc-Gesetzgebung »⁵ geprägt wird, ist das Energierecht. Grund hierfür sind die immer drängender und offenkundiger werdenden Herausforderungen, die der globale Klimawandel mit sich bringt. Dass das Klima Auswirkungen auf die Gesetzgebung hat, ist allerdings kein Phänomen des 21. Jahrhunderts. MONTESQUIEU (1689-1755) thematisierte diesen Umstand bereits in seinem 1748 in Genf erschienenen « *De l'esprit des Loix* ». ⁶

Der vorliegende Beitrag zu Ehren von Thierry Tanquerel möchte dem Spannungsfeld zwischen Kontinuität und Wandel im Verwaltungsrecht am Beispiel von Klima und Energierecht nachspüren. Dies soll in Anbetracht des beschränkten Seitenumfangs mit einer rechtshistorischen « Sondierbohrung » geschehen, die sich zeitlich auf den Spätbarock (ca. 1700-1770) und örtlich auf die Stadtrepublik Zürich beschränkt.⁷ Die Auseinandersetzung mit

* Dr. phil. nat. RA Tobias Tschumi danke ich herzlich für die kritische Durchsicht und wertvolle Anregungen.

¹ Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2. A., Genève/Zürich/Bâle 2018, S. 10.

² TANQUEREL (Fn. 1), S. VII ; Pierre TSCHANNEN/Ulrich ZIMMERLI/Markus MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. A., Bern 2014, S. 9.

³ Friedrich MURHARD, *Staatsverwaltung*, in Carl von Rotteck/Carl Welcker (Hrsg.), *Staats-Lexikon der Staatswissenschaften*, Bd. 12, Altona 1843, S. 83 ff., 88 f., 98, 104.

⁴ Fritz FLEINER, *Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, S. 763. Mit weiteren Beispielen aus der Verwaltungsrechtsliteratur Franz MERLI, *Die Zukunft der Verwaltung*, Wien 2010, S. 12 ff.

⁵ Kathrin FÖHSE, *Zurück an den Absender*, *Neue Zürcher Zeitung* vom 14. Juni 2017, S. 10.

⁶ ANONYMUS (= Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu), *De l'esprit des Loix*, Tome Premier, Genève 1748, S. 360 ff.

⁷ Dieser Fokus ist der Herkunft des Autors geschuldet sowie der guten Erschliessung der Primärquellen wie auch dem Forschungsstand in der Geschichtswissenschaft.

den Primärquellen des 18. Jahrhunderts verfolgt darüber hinaus die Absicht, ein Fragezeichen hinter die in der Rechtswissenschaft weit verbreitete Erzähltradition zu setzen, wonach das Verwaltungsrecht aus dem « Schmelzofen der [französischen] Revolution hervorging »⁸ und in der Schweiz erst im 19. Jahrhundert Fuss zu fassen vermochte.⁹

I. Energierecht – heute und vor dreihundert Jahren

A. Klima und Mensch

Klima- und Energiepolitik sind heute bestimmt durch die globale Klimaerwärmung, die Folge der weltweiten Industrialisierung und dem hiermit verbundenen massiven Ausstoss von Treibhausgasen ist.¹⁰ Mit einem Bündel gesetzlicher Massnahmen will der Bund daher den Energieverbrauch senken, die Nutzung nachhaltiger Energiequellen fördern und dennoch eine ausreichende und preisgünstige Versorgung der Bevölkerung mit Energie sicherstellen.¹¹ Auch vor dreihundert Jahren stellte das Klima die Behörden vor Herausforderungen, wenn auch mit teilweise umgekehrten Vorzeichen. Im Winter 1708/1709 – dem « Grand hiver » – erstarrte Europa in klirrender Kälte: Die Rhone bei Genf und Teile des Lac Léman waren gefroren, den Bodensee konnte man trockenen (aber kalten) Fusses überqueren – und die Lagune von Venedig verwandelte sich in ein Eisfeld für Schlittschuhläufer. ANTONIO VIVALDI (1678-1741) beschrieb die Szene der Pirouetten drehenden und stürzenden Eisläufer in einem Sonett und vertonte sie im letzten Satz seines Konzertzklus « Le Quattro Stagioni ». Der « Grand hiver » war zwar ein klimatisches Extremereignis, doch fügte er sich ein in die « Kleine Eiszeit », die zwischen dem 15. und 19. Jahrhundert zu einer weltweiten Abkühlung des Klimas führte.¹² Folge davon waren Missernten, Hungersnöte, aber auch eine Verknappung von Holz, der damals zentralen Energieressource zur Wärmeherzeugung.

B. Klima und Recht

In Anbetracht dieser Herausforderungen ergriffen die Behörden unterschiedliche Massnahmen zur Bekämpfung der Lebensmittel- und Energieknappheit. Die Getreideversorgung der Bevölkerung in Krisenzeiten wurde zur Staatsaufgabe, wovon noch heute die eindrucksvollen Kornhäuser vom Lac Léman (Halles du Molard in Genf, 1690-95) bis zum Bodensee (fürstädtisches Kornhaus in Rorschach, 1745-49) zeugen. Daneben wurde der

⁸ Otto MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Vorwort zur ersten Auflage, Strassburg 1895.

⁹ Vgl. Pierre MOOR, Verwaltungsrecht, in Historisches Lexikon der Schweiz HLS, Bd. 12, Basel 2013, S. 842 f. Stärker bezogen auf die Verwaltungsrechtslehre: Alfred KÖLZ, Von der Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts, in Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, FS Dietrich Schindler, Basel/Frankfurt a.M. 1989, S. 597 ff.; Markus MÜLLER, Verwaltungsrecht: Eigenheit und Herkunft, Bern 2006, S. 29 ff.

¹⁰ Wolfgang BEHRINGER, Kulturgeschichte des Klimas: Von der Eiszeit bis zur globalen Erwärmung, 5. A., München 2016, S. 243 ff. Für einen Überblick zum Stand der Klimawissenschaft vgl. IPCC, Klimaänderung 2014: Synthesebericht, Beitrag der Arbeitsgruppen I, II und III zum Fünften Sachstandsbericht des Zwischenstaatlichen Ausschusses für Klimaänderungen (IPCC), Genf, Schweiz (abrufbar unter <www.ipcc.ch>).

¹¹ Vgl. Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative « Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative) » vom 4. September 2013, BBl 2013 7561, 7593 ff.

¹² Vgl. BEHRINGER (Fn. 10), S. 119 ff.

Lebensmittelmarkt stärker reguliert¹³ und die Produktion ertragreicher Nahrungsmittel (Kartoffeln) gefördert.¹⁴ Vor allem aber wurde die Holzproduktion und der Holzhandel in Form sog. « Mandate » (*mandatum*, lat. für Auftrag, Befehl, Weisung) zum Gegenstand obrigkeitlicher Anordnungen. Das 1717 vom Zürcher Rat erlassene « Mandat, betreffend die Versorg- und Beschirmung der Holz- und Waldungen »¹⁵ brachte bereits im Titel zum Ausdruck, dass einerseits die Versorgung mit Brenn- und Bauholz sichergestellt, gleichzeitig aber auch der Wald als natürliche Ressource geschützt werden sollte. Das Mandat glied dabei von Aufbau wie Inhalt in überraschender Weise dem heute geltenden Bundesgesetz über den Wald.¹⁶ In einem Ingress wurden die Motive des Rats erläutert (Zweckartikel in Art. 1 WaG). Daran schloss sich eine Ermahnung an, den Wald im Interesse « unserer Nachkommen » sparsam zu nutzen (Nachhaltigkeit in Art. 20 Abs. 1 WaG), ein Rodungsverbot mit der Möglichkeit von Ausnahmegewilligungen (Art. 5 WaG), eine Ermunterung zur Wiederaufforstung (Art. 23 WaG) und zum Schluss Anordnungen an die Vollzugsbehörden und Strafandrohungen für den Fall der Widerhandlung (Art. 42 ff. WaG). 1736 sah sich der Zürcher Rat veranlasst, zusätzlich den Holzhandel zu regulieren (« solchen schädlichen Eigennutz, Vor- und Aufkauf zu steuern ») um hierdurch die Versorgung der Bevölkerung mit erschwinglichem Brennholz sicherzustellen.¹⁷ Neben einem Verbot der Hortung und Spekulation wurden eine Kontrahierungspflicht für Holzhändler eingeführt, verbindliche Holzpreise festgelegt und Qualitäts- und Masskontrollen angeordnet. Es sind letztlich ähnliche Instrumente, die der Gesetzgeber heute einsetzt, um die Grundversorgung der gebundenen Endverbraucher mit elektrischem Strom sicherzustellen.¹⁸

Neben der nachhaltigen Nutzung des Waldes und der Holzmarktregulierung bemühte sich der Rat schliesslich darum, alternative Energiequellen zu eruieren und zu fördern. Wind- und Wasserkraft wurden zwar schon im 18. Jahrhundert als Energiequellen genutzt, doch konnte man mit ihrer Hilfe nur mechanische, nicht aber thermische Energie erzeugen. So richtete sich der Fokus der Wissenschaft – in Zürich vertreten durch den Stadtarzt und Naturforscher JOHANN JACOB SCHEUCHZER (1672-1733) – auf die Nutzung der damals noch reich vorhandenen Torfvorkommen.¹⁹ Torf verfügt in getrocknetem Zustand über einen höheren Heizwert als Holz, birgt aber wegen der stärkeren Verrussung der Kamine und dem längeren Nachglühen der Kohle zusätzliche Gefahren. Der Zürcher Rat liess durch eine Kommission Torfvorkommen ausfindig machen und förderte mit mehreren Mandaten (1717, 1740, 1746 und 1775) deren Ausbeutung.²⁰ Gleichzeitig sah er sich durch die neuen Gefahren veranlasst, die feuerpolizeilichen Mandate zu verschärfen, führte eine jährliche Pflicht zur Kontrolle und

¹³ So das Mandat wider den Vorkauf von 1740, worin der Zürcher Rat Massnahmen gegen Spekulationen im Lebensmittelmarkt und gegen den Lebensmittelexport ergriff. Abgedruckt in *Sammlung der Bürgerlichen und Policy-Gesetze [sic] und Ordnungen*, Lobl. Stadt und Landschaft Zürich, Zürich 1757-1793, Bd. 3, S. 143 ff. Ähnliche Mandate ergingen 1770, 1771 und 1789. Vgl. Peter GIGER, *Verwaltung und Ernährung : Obrigkeitliche Kontrolle des Zürcher Kornmarktes im 18. Jahrhundert*, in Sebastian Brändli et al. (Hrsg.), *Schweiz im Wandel*, FS Rudolf Braun, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 317 ff. ; Martin KÖRNER, *Kornpolitik*, in HLS Bd. 7, Basel 2008, S. 407 f.

¹⁴ Vgl. Erdapfel (Empfehlung derselben) bey Anlass der damaligen Theuerung, 1771, worin der Zürcher Rat empfiehlt, das Getreide beim Brotbacken mit Kartoffelmehl zu strecken, in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. 4, S. 63 ff. Abgedruckt in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. 3, S. 203 ff.

¹⁵ Abgedruckt in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. 3, S. 203 ff.

¹⁶ Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991, SR 921.0. Zur Entwicklung forstwirtschaftlicher Konzepte seit dem 18. Jahrhundert am Beispiel des Kantons Bern Martin STUBER, *Wälder für Generationen : Konzeptionen der Nachhaltigkeit im Kanton Bern (1750-1880)*, Bern 2008.

¹⁷ Holz-Mandat 1736, in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. 3, S. 213 ff.

¹⁸ Vgl. Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (SR 734.7) mit der Anschlussgarantie (Art. 5), der Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher (Art. 6) sowie Messvorgaben (Art. 17a).

¹⁹ Vgl. Simona BOSCA LEONI, *Die Debatte um den Torfabbau im 18. Jahrhundert*, die Gebrüder Scheuchzer zwischen Johannes von Muralt und Johann I. Bernoulli, in Dies./Martin Stuber (Hrsg.), *Wer das Gras wachsen hört, Wissensgeschichte(n) der pflanzlichen Ressourcen vom Mittelalter bis ins 20. Jahrhundert*, Innsbruck/Wien/Bozen 2017, S. 81 ff.

²⁰ Vgl. Wald-Mandat von 1717 (Fn. 15) ; Durben [=Torf]-Mandate von 1740, 1746 und 1775, in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. 3, S. 221 ff., 225 ff. ; Bd. 4, S. 53 ff.

Reinigung der Kamine ein und verpflichtete die Gemeinden, eine Milizfeuerwehr einzurichten und Feuerspritzen zu beschaffen.²¹ Auch hier zeichnet sich ein Muster ab, das sich in späteren Jahrhunderten wiederholen sollte. Die Förderung alternativer Energien ist heute ein Kernelement von Energiepolitik und Energierecht.²² Zudem hat der Umgang mit neuen Energiequellen und die Beherrschung damit verbundener neuer Gefahren immer wieder zur Einrichtung besonderer Organe und Instrumente der Gefahrenabwehr geführt. So wurde das auf private Initiative gegründete Eidgenössische Starkstrominspektorat 1903 vom Bund damit beauftragt, Kontrolle und Aufsicht über elektrische Anlagen zu übernehmen.²³ Und mit dem Atomgesetz von 1959 schuf der Bund ein Aufsichtsorgan,²⁴ das 2008 ins Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) überführt wurde.²⁵ 2012 erarbeitete schliesslich die Schweizerische Vogelwarte im Auftrag des Bundes eine Konfliktpotenzialkarte, um die möglichen Gefahren geplanter Windkraftanlagen für Vögel aufzuzeigen.

II. Verwaltungsrecht als Recht (fast) aller Lebensbereiche

A. Omnipräsenz des Verwaltungsrechts als Konstante

«[Le droit administratif] est ainsi omniprésent dans la vie quotidienne de la population.»²⁶ Die Regulierungstätigkeit im Barockzeitalter zeigt eindrücklich, dass die rechtliche Durchdringung zahlreicher Lebensbereiche kein neues Phänomen ist. Neben dem Energierecht finden sich im 18. Jahrhundert darüber hinaus alleine für Zürich Mandate und Ordnungen über Abgaben (Gebühren, Steuern, Zölle), Amtsführung (Ausstand, Bekleidung, Spesenmissbrauch), Arbeitsbedingungen in der Protoindustrie, Armutsbekämpfung, Bauwesen, Bettelei, Bürgerrecht, Feiertage, Feuerpolizei, Fischerei, Forstwesen, Gesundheitswesen (Arzneiwesen, Bestattungswesen, Gesundheitsberufe, Hygiene, Seuchenbekämpfung, Spitalwesen, Suizidprävention [!]), Gewicht, Glücksspiel, Handel (Ausfuhr, Einfuhr, Preiskontrolle, Spekulation), Hausieren, Jagd, Kreditvergabe, Landwirtschaft, Lebensmittelsicherheit und -qualität, Marktwesen, Mass und Gewicht, Mieterschutz, Münzwesen, Nachtruhestörung, Schifffahrt, Schulwesen, öffentliche Strassen und Plätze (Beleuchtung, technische Anforderungen, Unterhalt, Reinigung), Vormundschaftswesen, Waffentragen, die Wasserversorgung und -reinhaltung sowie die Witwen- und Waisenfürsorge.²⁷ Einzelne Mandate lassen schon gut die Konturen des bis heute geltenden Verwaltungsrechts erkennen. Dies gilt nicht nur für die bereits erwähnte Waldgesetzgebung, die jährliche Feuerungskontrolle oder die kommunale Feuerwehr. So bestand seit 1727 die Pflicht, eine geplante Baute mittels Baugespann während mindestens 14

²¹ Vgl. Mandat wegen Sorgfalt mit dem Feuer von 1738, in Sammlung (Fn. 13), Bd. 3, S. 229 ff.; Sturm- und Feuerordnung der Stadt Zürich von 1778, in Sammlung (Fn. 13), Bd. 5, S. 171 ff.; Befehl der löbl. Wachtcommission, die Feuerleitern, Hacken und Kübel betreffend von 1782, in Sammlung (Fn. 13), Bd. 6, S. 99 f.

²² Vgl. Art. 24 ff. und 47 ff. Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730.0).

²³ Zu diesem « Public Private Partnership » *avant la lettre* vgl. die Botschaft des Bundesrates über den Erlass eines Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 5. Juni 1899, BBl 1899 III 786, 808 ff.

²⁴ Art. 8 und 37 ff. des Bundesgesetzes über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. Dezember 1959, AS 1960 541.

²⁵ Art. 21 ff. Bundesgesetz über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat vom 22. Juni 2007 (SR 732.2).

²⁶ TANQUEREL (Fn. 1), S. VII.

²⁷ Eine umfassende Übersicht über die Regelungstätigkeit in Zürich von 1417-1798 findet sich bei Claudia SCHOTT-VOLM, Repertorium der Policyordnungen der Frühen Neuzeit, Orte der Schweizer Eidgenossenschaft: Bern und Zürich, Bd. 7.2, Frankfurt a.M. 2006, S. 749 ff.

Tagen auszustecken und ein Bewilligungs- und Einspracheverfahren zu durchlaufen.²⁸ Und Hundehalter mussten ihren Tieren seit 1774 einen Maulkorb verpassen, sie an der Leine führen und « Doggen und ausserordentlich grosse Hunde » durften « nicht anderst als bey Hause behalten » werden.²⁹ Zur Durchsetzung von Haftungsansprüchen wurde 1783 schliesslich die um den Hals zu tragende Hundemarke eingeführt, so dass sich anhand der registrierten Nummer der Hundehalter ermitteln liess. Hierfür wurde ein jährlich nachzuführendes Hunderegister (« Rodel ») geführt, in das auch « Beschreibung, Art und Farbe » der Hunde eingetragen wurden.³⁰

Die in einzelnen Lebensbereichen bis in die Gegenwart reichenden Kontinuitätslinien des Verwaltungsrechts zeigen, dass die nach dem Ende der Helvetik (1803) rechtlich neu verfassten Kantone den Regelungsbestand vor 1798 zu weiten Teilen übernahmen. Begünstigt wurde dieser Rückgriff durch die hohe personelle Kontinuität in staatsleitenden Funktionen. Im Kanton Zürich stammten bis Mitte des 19. Jahrhunderts zahlreiche Regierungsräte aus der Führungsschicht der alten Stadtrepublik.³¹ Die heute weit verbreitete Meinung, der Staat habe sich im frühen 19. Jahrhundert auf die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beschränkt, dürfte eine Spätfolge ideologisch geprägter Wunschvorstellungen des Liberalismus oder des sozialistischen Schreckensszenarios vom « Nachtwächterstaat »³² sein.³³ Historisch belegt ist demgegenüber, dass zahlreiche Kantone im frühen 19. Jahrhundert nicht nur verwaltungsrechtliche Vorschriften des 18. Jahrhunderts übernahmen, sondern darüber hinaus die Leistungs- und Infrastrukturverwaltung ausbauten, indem sie das Postwesen verstaatlichten (seit 1803), Universitäten gründeten (seit 1833), Kantonalbanken ins Leben riefen (seit 1834) und den Strassenbau massiv vorantrieben (Ausbau der Alpenpässe in den 1820er-Jahren, Strassenbauboom in den 1830er- und 1840er-Jahren).³⁴ Auch der Auf- und Ausbau eines professionellen Polizei- oder Landjägerkorps setzt in den meisten Orten der Eidgenossenschaft erst nach 1803 ein.³⁵ Wenn wir in der Gegenwart intuitiv davon ausgehen, das Verwaltungsrecht habe sich erst im 20. Jahrhundert in alle Lebensbereiche ausgedehnt, so dürfte dies auch dem Umstand zuzuschreiben sein, dass die schweizerische Verwaltungsrechtslehre traditionell das Bundesrecht ins Zentrum rückt und an « Föderalismusblindheit » leidet.³⁶ Das starke Anwachsen des Bundesverwaltungsrechts im 20. Jahrhundert ist aber nicht alleine das Ergebnis verstärkter staatlicher Regulierungstätigkeit, sondern auch einer Ausweitung der bundesrechtlichen Kompetenzen geschuldet. So liegt die Forstgesetzgebung seit 1874 bzw. 1897 in der Kompetenz des Bundes, die Nutzung der Wasserkraft und die elektrische Energie seit 1908 bzw. 1975, die Kernenergie seit 1957 und die Förderung erneuerbarer Energien seit 1990. Und die Annahme der « Rothenthurm-Initiative » (1987) verpflichtete den Bund dazu, die noch bestehenden Moore zu inventarisieren. Diese Inventarisierung diente nun aber nicht mehr der Torfgewinnung, sondern dem Moorschutz.

²⁸ Baugespann-Ordnung von 1727, in Sammlung (Fn. 13), Bd. IV, S. 31 ff.

²⁹ Mandat wegen den Hunden von 1774, in Sammlung (Fn. 13), Bd. IV, S. 146 ff.

³⁰ Mandat wegen der Hunde von 1783, in Sammlung (Fn. 13), Bd. VI, S. 178 ff. Vgl. auch Neueste Verordnungen des Sanität-Raths wegen der Hunde von 1792, in Sammlung (Fn. 13), Bd. VI, S. 182 ff.

³¹ Vgl. Stefan G. SCHMID, Die Zürcher Kantonsregierung seit 1803, Diss. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 314 ff.

³² Der Begriff geht auf den deutschen Sozialisten Ferdinand Lassalle (1825-1864) zurück: Johannes REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel 2009, Zürich/St. Gallen 2011, S. 108.

³³ Vgl. Fritz GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 22; REICH (Fn. 32), S. 108 f., 272 f.

³⁴ Vgl. Sebastian BRÄNDLI, Universität, in HLS Bd. 12, Basel 2013, S. 618 ff.; Yves FROIDEVAUX, Kantonalbanken, in HLS Bd. 7, Basel 2008, S. 62 ff.; Hans-Ulrich SCHIEDT, Die Entwicklung der Strasseninfrastruktur in der Schweiz zwischen 1740 und 1910, in Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 2007, Bd. 1, S. 39 ff., 43 f.; Arthur WYSS, Die Post in der Schweiz: Ihre Geschichte durch 2000 Jahre, 2. A. Bern 1988, S. 123 ff.

³⁵ Für Zürich vgl. Meinrad SUTER, Kantonspolizei 1804-2004, Zürich 2004, S. 17 ff.

³⁶ Vgl. Giovanni BIAGGINI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 308 ff.; Benjamin SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR NF 130 (2011) II, S. 331 ff., 381.

B. Staat, Technik, Sitte und Recht im Wandel

Diese Kontinuitätslinien im Verwaltungsrecht sind begleitet von einem steten und raschen Wandel. Im Energierecht führt nicht nur die rasant voranschreitende Klimaerwärmung zu neuen Herausforderungen. Auch das demographische Wachstum, die Industrialisierung, neue technische Möglichkeiten und naturwissenschaftliche Erkenntnisse haben dazu geführt, dass das Recht ständig weiterentwickelt werden muss, wenn es mit den Entwicklungen standhalten will. Der Wandel im Energierecht macht zudem deutlich, dass Gesetzgebung immer auch einer heuristischen Methode von « trial and error » folgt. Torf erwies sich auf lange Sicht nicht als nachhaltige Energiequelle ; dasselbe gilt heute für fossile Brennstoffe und die Kernenergie. Neben solchen äusseren Faktoren ist das Verwaltungsrecht aber auch Änderungen unterworfen, die ihren Ursprung im Wandel von Staatsideen und grundlegenden Rechtsvorstellungen haben. Denn Recht ist immer auch ein Spiegel politischer Ideengeschichte. Offensichtlich wird dies bei den in der Barockzeit zahlreich vorhandenen Mandaten über Luxusgüter, Bekleidungsvorschriften, Vergnügungen wie Tanz, Spiele und Jahrmärkte sowie den sonntäglichen Kirchgang. Diese vor allem in den protestantischen Orten anzutreffenden « Sittenmandate » lösen bei heutigen Betrachtern Unverständnis aus ; wir empfinden sie als unnötig bevormundend. Dieser « Paternalismus » entsprach aber dem Selbstverständnis der damaligen Führungsschicht, die sich mit einem « klugen Hausvater » (*pater patriae*) oder der Rolle des guten Hirten verglich, der mit den öffentlichen Mitteln sparsam umgeht und mit einer Mischung aus vorausschauender Fürsorge und sittlich-moralischer Strenge auf die « Beförderung der gemeinschaftlichen Glückseligkeit » hinwirkt.³⁷ Die Sittenmandate waren nach damaligem Verständnis nicht in erster Linie obrigkeitliches Instrument zur Gängelung der Untertanen, sondern Spiegel einer protestantischen Sozialethik und Ausdruck des republikanischen Staatsverständnisses. Vermutlich waren sie auch von einem breiteren Konsens getragen als wir heute intuitiv annehmen, dienten sie doch auch der Selbstdisziplinierung der politischen Elite und dem sozialen Frieden.³⁸ Die Vertreter der städtischen Führungsschicht hatten ihre Amtsgewalt alleine im Interesse des Gemeinwohls auszuüben und nicht zur persönliche Bereicherung zu missbrauchen. Ihr ökonomisch wie rechtlich privilegierter Status sollte nicht durch prunkhafte Kleidung und Luxus zur Schau gestellt werden. Mit der Verbreitung der Gedanken der Frühaufklärung zu Beginn des 18. Jahrhunderts kamen aber auch bei den städtischen Eliten Zweifel am Sinn solcher Sittenmandate auf.³⁹ Nach dem Zusammenbruch der Alten Eidgenossenschaft und dem Erstarken des Liberalismus wurden die Sittenmandate schliesslich zum verhassten Sinnbild des verknöchert-konservativen « Ancien Régime ».⁴⁰

³⁷ Kleiner politischer Katechismus für die erste Jugend der Schule Zürich. Mit hoher Approbation, Zürich 1787, S. 4, 10. Vgl. Conrad ULRICH, Das Selbstverständnis des zürcherischen Regiments, in Helmuth Holzhey/Simone Zurbuchen (Hrsg.), Alte Löcher – neue Blicke, Zürich im 18. Jahrhundert, Zürich 1997, S. 53 ff., 57 ff.

³⁸ Arman WEIDENMANN, « Von menschlicher und göttlicher Gerechtigkeit », Zürcher Policeymandate im Spiegel zwinglianischer Sozialethik, in Peter Bicklé/Peter Kissling/Heinrich Richard Schmidt (Hrsg.), Gute Policy als Politik im 16. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 2003, S. 552 ff., 477. WEIDENMANN weist darauf hin, dass die Obrigkeit verschiedene « Rückendeckungstaktiken » verfolgte – etwa durch « Volksanfragen » – um auf einen « *consensus communis* » hinzuwirken. Vgl. auch ULRICH (Fn. 37), S. 57 ; Barbara WEINMANN, Eine andere Bürgergesellschaft, Klassischer Republikanismus und Kommunalismus im Kanton Zürich im späten 18. und 19. Jahrhundert, Diss. phil. hist. Berlin 2000, Göttingen 2002, S. 62.

³⁹ Offensichtlichen Unwillen, die Bekleidungsvorschriften und den Kirchengzwang durchzusetzen, bekundete etwa Johann Caspar Escher (1678-1762), von 1717-1723 Zürcher Landvogt in der Grafschaft Kyburg und 1740-1762 Zürcher Bürgermeister. Der weit gereiste und umfassend gebildete Escher hatte 1697 an der Universität Utrecht eine Dissertation zum Naturrecht verfasst und lehnte eine Vermengung von religiösen und weltlichen Geboten aus juristischen wie theologischen Überlegungen ab : Johann Caspar ESCHER, Bemerkungen über die Regierung der Grafschaft Kyburg, abgedruckt in Archiv für schweizerische Geschichte, Bd. 4, Zürich 1846, S. 249 ff., 258 ff.

⁴⁰ Vgl. etwa Johann Caspar BLUNTSCHLI, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, Zweiter Theil, Zürich 1839, S. 4 f. : « Die zweite Hälfte des siebzehnten und das achzehnte Jahrhundert besonders haben ein Gepräge von absolutistischer Spiessbürgerei und Verdumpfung an sich, deren Folgen das neunzehnte

III. Verwaltungsrecht als Mittel staatlicher Steuerung und Selbstdisziplinierung

A. Politische Steuerung mit den Mitteln des Rechts

Verwaltungsrecht ist heute wie vor 300 Jahren ein Mittel des Staates zur Steuerung von Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt. Durch das Energierecht soll eine nachhaltige Nutzung natürlicher Ressourcen, die zuverlässige Energieversorgung der Bevölkerung zu erschwinglichen Preisen und eine sichere Energienutzung sichergestellt werden. Der « Werkzeugkasten » der Steuerungs- oder Lenkungsmittel, die der Staat hierzu verwendet, hat sich im Lauf der Zeit nicht wesentlich verändert: Neben klassischen Verboten (Rodungsverbot) und Geboten (jährliche Kaminkontrollen, Kontrahierungspflichten) traten und treten auch die Marktregulierung (Holz- und Lebensmittelmarkt), die Förderung privater Initiativen über Information, Aufklärung und finanzielle Anreize (Aufforstung, Torfabbau, Kartoffelanbau) sowie der Aufbau von staatlichen Infrastrukturen (Bau von Kornhäusern und Aufbau kommunaler Feuerwehren).

Die seit dem Spätmittelalter einsetzende Steuerung über generell-abstrakt formulierte und schriftlich niedergelegte Rechtsnormen hat ihren Ursprung in der Ausbildung moderner Staatlichkeit. Indem die personal ausgerichteten und sich vielfach überlagernden mittelalterlichen Herrschaftsstrukturen durch eine einheitliche Hoheitsgewalt abgelöst wurden, erhob die Obrigkeit einen immer umfassenderen Steuerungsanspruch auf ihrem Hoheitsgebiet. Eng mit der Ausbildung moderner Territorialstaaten verbunden ist die zunehmende Verwendung schriftlicher Anordnungen zur Ausübung von Herrschaft. Nicht nur die Verwaltung erfolgte nun mehrheitlich vom Schreibtisch (« Bureau ») aus und über eine zunehmend wachsende « Bürokratie ». Auch die generellen Anordnungen erfolgten vermehrt über « Mandate » als schriftlichen Weisungen gegenüber einem unbestimmten Personenkreis. Die zunehmende Regulierungstätigkeit ist somit Ausdruck des gewandelten Steuerungsanspruchs im modernen Flächenstaat. Gleichzeitig ist sie aber auch eine Antwort auf veränderte Erwartungen und Bedürfnisse der Bevölkerung. Hungerkrisen und Energieknappheit konnten nicht mehr alleine der Sündhaftigkeit der Menschen und dem Zorn Gottes zugeschrieben werden. Eine Obrigkeit, die zunehmend umfassende Herrschaft für sich beanspruchte, musste die ihr zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten ausschöpfen, wenn die Not der Bevölkerung es verlangte. Verstärkt wurde der Druck, staatliche Massnahmen zu ergreifen, durch das Aufkommen von Rationalismus und Frühaufklärung. Personen wie SCHEUCHZER zeigten auf, dass Naturkatastrophen (Lawinnenniedergänge, Hangrutsche) und Energieknappheit auch auf menschliches Versagen zurückzuführen waren. Sie legten ausserdem dar, dass sich solche Ereignisse mittels nachhaltiger Forstwirtschaft vermeiden liessen und es alternative Möglichkeiten der Energieversorgung (Torfabbau) gab. Damit wurde eine Regulierungstätigkeit möglich, die wissenschaftsbasiert und planvoll dem Gemeinwohl diente.⁴¹ Im Verlauf des 18. Jahrhunderts verfeinerten insbesondere Frankreich

nun schwer empfindet. Nicht als ob die Aristokratie der Stadt böse oder tyrannisch gewesen wäre. [...] Aber kleinheitel, mark- und saftlos, pedantisch war sie allerdings, und es ist der wahrlich nicht zu beneiden, der ihre Geschichte zu schreiben hat.» Vgl. auch Jakob DUBS, Das Öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Erster Theil, 2. A., Zürich 1878, 79 f. Kritisch zur getriebenen « Brille der liberalen Geschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts » ULRICH (Fn. 37), S. 53.

⁴¹ Vgl. BEHRINGER (Fn. 10), S. 196 ff.; STUBER (Fn. 16), S. 257 f. Vgl. auch die Vorrede, in Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 8: « Sie [die Gesetze] sind weder despotisch noch willkürlich; ein *stat pro ratione voluntas* ist unter einem freyen Volk ein unbekanntes Ding. »

und einzelne deutsche Staaten ihr Bemühen um eine evidenzbasierte Regulierungstätigkeit, was zur Geburtsstunde der modernen Statistik führte.⁴²

B. Selbstdisziplinierung durch Publikation des Rechts

Während das Verwaltungsrecht heute wieder verstärkt als Steuerungsmittel und die Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft verstanden wird,⁴³ begriff die liberal geprägte « klassische » Verwaltungsrechtslehre das Recht vor allem als Instrument zur Disziplinierung und Einschränkung der Staatsgewalt. Die Verwaltung sollte den Individuen « in rechtlich geordneten und gebundenen Beziehungen gegenüber steh[en] »⁴⁴, um so deren Freiheit zu garantieren. Heute dürfte in der Verwaltungsrechtswissenschaft allgemein anerkannt sein, dass das Verwaltungsrecht sowohl eine Steuerungs- als auch eine Begrenzungsfunktion erfüllt.⁴⁵ Diese Begrenzungsfunktion stand im frühen 18. Jahrhundert noch nicht im Vordergrund. Die verwaltungsrechtlichen Anordnungen trugen die Bezeichnung « Mandat » und waren in erster Linie als obrigkeitlicher Befehl gegenüber den Untertanen zu verstehen. Im Lauf des 18. Jahrhunderts wurde aber immer stärker ein Umdenken erkennbar, wonach das Verwaltungsrecht auch die Funktion erfüllen soll, das Handeln des Staats und seiner Entscheidungsträger zu beschränken und zu disziplinieren. So zielten verschiedene Normen in erster Linie auf die Amtsträger und ihr Verhalten: Ausstandspflichten für Amtsträger wurden detailliert umschrieben,⁴⁶ die missbräuchliche Annahme von Geschenken und die ungebührliche Verwendung von Spesen wurden verboten⁴⁷ sowie feste Gebühren für Amtshandlungen festgelegt.⁴⁸

Neben dem Inhalt der Normen war es aber auch die Form der Publikation, die dem Verwaltungsrecht im 18. Jahrhundert eine neue Qualität verlieh. Seit Beginn des 18. Jahrhunderts wurde die Forderung immer lauter, die « Fundamentalsatzungen », aber auch die übrigen Mandate und Ordnungen seien in gedruckter Form zu veröffentlichen. Denn nur wenn die Bevölkerung die Gesetze kenne, würden auch die Magistraten danach handeln und nicht willkürlich ihrer persönlichen Meinung folgen.⁴⁹ Der auch juristisch gebildete Naturforscher SCHEUCHZER wurde 1713 zum Wortführer einer Reformbewegung, konnte sich mit seiner Forderung nach mehr Transparenz aber nicht durchsetzen.⁵⁰ Es sollte bis 1757 dauern, als bei Orell und Comp. (seit 1770 Orell, Gessner, Füssli und Comp.) eine « offiziöse »,

⁴² Eingehend LARS BEHNISCH, *Die Berechnung der Glückseligkeit : Statistik und Politik in Deutschland und Frankreich im späten Ancien Régime*, Ostfildern 2016.

⁴³ Vgl. statt vieler EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. A., Berlin/Heidelberg 2004, S. 19 ff.

⁴⁴ MAYER (Fn. 8), Bd. I, S. 13.

⁴⁵ Vgl. statt vieler TANQUEREL (Fn. 1), S. 8 f.

⁴⁶ Erläuterte Ausstands-Ordnung der Stadt Zürich, wie selbige in Besetzung des Regiments, Geist- und Weltlicher Aemtern, auch bürgerlichen Geschäften beobachtet werden soll, 1729, in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. II, S. 1119 ff.

⁴⁷ Saz- und Ordnungen wie es furohin und beständig bey Verwaltung der Rechten und Gerichts, zu Stadt und Land, zu Verhütung vieler Unordnungen gehalten werden soll, 1716, in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. I, S. 1 ff. (Band nicht durcgehend nummeriert). Diverse Vorschriften, die sich an die Amtsträger richteten, enthielten auch die allgemeinen Sittenmandate.

⁴⁸ Der Land-Schreibern Tax- und Ordnung, erneuert 1710, in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. I, S. 11 ff. (Band nicht durcgehend nummeriert) ; Des Rathschreibers, und seiner Botten Ordnung, erneuert 1710, in *Sammlung* (Fn. 13), Bd. II, S. 183 ff.

⁴⁹ Michael KEMPE/Thomas MAISSEN, *Die Collegia der Insulaner, Vertraulichen und Wohlgesinnten in Zürich 1679-1709 : Die ersten deutschsprachigen Aufklärungsgesellschaften zwischen Naturwissenschaft, Bibelkritik, Geschichte und Politik*, Zürich 2002, 256 ; Ernst SAXER, *Die zürcherische Verfassungsreform vom Jahre 1713 mit besonderer Berücksichtigung ihres ideengeschichtlichen Inhalts*, Diss. phil. hist. Zürich 1938, S. 38, 71, 85 ; Andreas WÜGLER, *Unruhen und Öffentlichkeit : Städtische und ländliche Protestbewegungen im 18. Jahrhundert*, Diss. phil. hist. Bern 1995, Tübingen 1995, S. 78 ff., 116 ff., 319 ff.

⁵⁰ Vgl. KEMPE/MAISSEN (Fn. 49), S. 272 ff. ; SAXER (Fn. 49), S. 71 ; WÜGLER (Fn. 49), S. 81.

d.h. von der Regierung wohlwollend geduldete « Sammlung der Bürgerlichen und Policy-Gesetze und Ordnungen lobl. Stadt und Landschaft Zürich » erschien. Sie umfasste 1757 drei Bände, wurde 1779 um einen vierten und fünften Band ergänzt, 1793 folgte ein sechster. Eine « Vorrede » der Verleger rechtfertigte diese « vollständige Sammlung der bisher, einzeln und zu verschiedenen Zeiten in den Druck ausgegebenen bürgerlichen Gesetze der Reublich Zürich »⁵¹ wie folgt: « Gerechte Gesezgeber machten jederzeit zu einem ihrer freundschaftlichsten Endzwecke, so wol deren deutlichste Verfassung, als durchgängige Bekanntwerdung ; damit keine als nur muthwillige Unwissenheit derselben möglich sey ; damit auch die Einfältigen sie verstehen, und die Uebertreter keine Entschuldigung haben. »⁵² Dem geneigten Leser von 1757 konnte nicht verborgen bleiben, dass die « durchgängige Bekanntwerdung » der Gesetze eine der nicht verwirklichten Forderungen der Reformbewegung von 1713 geblieben war. « Einfältige » und « Übertreter » konnten nicht nur unwissende und ungehorsame Untertanen sein, sondern ebenso pflichtvergessene Vertreter der Obrigkeit. Die Vorrede betonte zudem, die Gesetze dienten auch dazu, « dass unparteyisches Recht gegen alle Angriffe gehandhabt werde », womit an eine zentrale Amtspflicht und die Rechtsgleichheit erinnert wurde. Dass hinter dem Projekt ein dezidiert aufklärerisches Anliegen stand, wird spätestens dort offensichtlich, wo die Vorrede auf den neun Jahre zuvor erschienenen « Esprit des Loix » von MONTESQUIEU Bezug nimmt. MONTESQUIEU wird zwar nicht beim Namen genannt, doch die Ausführungen, wonach « das Klima, die Lebensart, die Landes-Religion, die Sitten und Moral-Charakter, die physische, oeconomische, und politische Beschaffenheit des Staats, nebst eine Menge anderer Umstände und ihrer Vermischung »⁵³ für das positive Recht bestimmend seien, lassen keinen Zweifel daran, wessen Werk den Verlegern als Inspiration diene.⁵⁴

Das Beispiel der Zürcher Gesetzessammlung von 1757 illustriert, dass die Mandate sich im 18. Jahrhundert zunehmend von Befehlen an die Untertanen zu einem Instrument staatlicher Selbstdisziplinierung wandelten. Durch den Druck und die Verbreitung einer konsolidierten Gesetzessammlung wurden die Mandate dem staatlichen Geheimbereich (*arcana imperii*) entrissen und mutierten vom obrigkeitlichen Steuerungsinstrument zusätzlich zum Massstab, an dem staatliches Handeln gemessen und kontrolliert werden konnte. Der nächste Schritt – die Schaffung eines unabhängigen Staatsorgans, dem die Kontrolle am alleinigen Massstab des Rechts übertragen ist (Verwaltungsgerichtsbarkeit) – sollte erst im 19. und 20. Jahrhundert verwirklicht werden. Der notwendige erste Schritt war aber, dass das Recht als Ordnung verstanden wurde, die auch den Staat und seine Verantwortungsträger bindet. In Zürich waren die Voraussetzungen hierfür im 18. Jahrhundert günstig. Auf der einen Seite war die politische Elite von einer zwinglianisch-calvinistischen Verantwortungsethik geprägt und fühlte sich an ihre eigenen Anordnungen gebunden. Gleichzeitig war Zürich gegenüber den Ideen der (Früh-)Aufklärung aufgeschlossen.⁵⁵ Exemplarisch für diese Verbindung steht der 1757 amtierende Bürgermeister JOHANN CASPAR ESCHER (1678-1762). Es entsprach seiner Überzeugung, die Obrigkeit müsse in erster Linie durch Vorbild wirken, nicht durch Zwang.⁵⁶ Während einer ausgedehnten Studienreise und in seiner 1697 an der Universität Utrecht verfassten Dissertation hatte er sich zudem intensiv mit naturrechtlichen Fragen befasst.⁵⁷ Auch der damalige « Seckelmeister » (Finanzminister) und spätere Bürgermeister JOHANN

⁵¹ Vorrede, in Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 3.

⁵² Vorrede, in Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 4.

⁵³ Vorrede, in Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 6.

⁵⁴ Verleger war neben dem namensgebenden Hans Conrad von ORELL[1] (1714-1785) sein Onkel Johann Jakob BODMER (1698-1783), der nachweislich zur Verbreitung von MONTESQUIEUS « De l'esprit des Loix » in Zürich beitrug : Thomas BÜRGER, Aufklärung in Zürich : Die Verlagsbuchhandlung Orell, Gessner, Füssli & Comp. in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, Frankfurt a.M. 1997, S. 21 ; Jesko REILING, Die Genese der idealen Gesellschaft : Studien zum literarischen Werk von Johann Jakob Bodmer (1698-1783), Diss. phil. hist. Bern, Berlin/New York 2010, S. 151 ff.

⁵⁵ Zürich galt unter Zeitgenossen als aufgeklärteste unter den Schweizer Städten : ULRICH (Fn. 37), S. 55.

⁵⁶ KEMPE/MAISSEN (Fn. 49), S. 131.

⁵⁷ KEMPE/MAISSEN (Fn. 49), S. 130. Vgl. auch die Hinweise in Fn. 39

JACOB LEU (1689-1768) war als ehemaliger Schüler SCHEUCHZERS von naturrechtlichem Gedankengut beeinflusst und hatte 1727-1746 mit seinem vierbändigen «Eidgenössischen Stadt- und Landrecht» selber einen Beitrag zur Edition von Rechtsquellen geleistet.⁵⁸ Vermutlich gehörten beide zu den «erlauchten Kennern und Standes-Personen», welche die Verleger der Zürcher Gesetzessammlung zu ihrem Projekt «aufgemuntert» hatten.⁵⁹

Die Gesetzessammlung von 1757 erscheint schliesslich noch aus einem weiteren Grund bemerkenswert «modern». Ziel war eine konsolidierte und sprachlich bereinigte Veröffentlichung der zahlreichen Mandate und Ordnungen, ohne aber den Anspruch einer vereinheitlichenden Gesamtkodifikation zu erheben, wie sie 1794 mit dem Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten verfolgt wurde. Vielmehr sollte «durch eine zusammengedruckte Collection», bzw. einem *Codicem Legum* (Kodex der Gesetze) oder *Promptuarium* (wörtl. Vorratskammer; im übertragenen Sinn Nachschlagewerk)⁶⁰ das Recht in seiner ganzen Vielfalt und Heterogenität eingefangen werden. Die Verleger verhehlten nicht, dass es durchaus Unstimmigkeiten («Inconvenienzen»⁶¹) zwischen den Gesetzen geben könne, was aber nicht zu vermeiden sei. Sie wiesen auch darauf hin, dass es Gesetze gebe, die raschem Wandel unterlägen, «welche man in dieser Betrachtung bewegliche Gesetze nennen kann. Andere hingegen, die der Gesetzgeber für beständige Zeiten verfasst hat [...]».⁶² Bereits die Verleger der ersten Zürcher Gesetzessammlung waren sich also der Spannungslage zwischen Kontinuität und Wandel im Recht bewusst.

Schlussfolgerungen

Der kleine Abstecher ins Energierecht des frühen 18. Jahrhunderts zeigt, dass die Entstehung des Verwaltungsrechts eng verbunden ist mit der Ausbildung moderner Staatlichkeit und dem Anspruch, Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt umfassend zu steuern. Das Verwaltungsrecht als Recht (fast) aller Lebensbereiche ist kein neues Phänomen, sondern spätestens seit der Frühen Neuzeit ein Kontinuum moderner Staatlichkeit. Die zuverlässige und sichere Versorgung der ganzen Bevölkerung mit bezahlbarer und nachhaltig erzeugter Energie war vor dreihundert Jahren eine Herausforderung und ist es noch heute. Auch der «Werkzeugkasten» der Steuerungsmittel, mit denen der Staat diese Ziele zu erreichen versucht, hat sich kaum verändert. Demgegenüber unterliegen die konkreten gesetzlichen Massnahmen einem steten und raschen Wandel, denn Klima, wissenschaftliche Erkenntnis und technische Möglichkeiten stehen nicht still. Die irritierende Unrast des Verwaltungsrechts verunsichert und widerspricht der lieb gewonnenen Idealvorstellung vom Recht als stabilem Ordnungsrahmen. Doch das Verwaltungsrecht ist bekanntlich «nichts für träge Naturen».⁶³ Vielmehr ist die anpassungsfähige Ausrichtung auf die Verwirklichung öffentlicher Interessen und die damit verbundene Dynamik ein zentrales Charakteristikum und eine Stärke des Verwaltungsrechts. «Bewegliche Gesetze» gehörten schon im Barockzeitalter zum Verwaltungsrecht und wir werden auch in Zukunft nicht ohne sie auskommen. Der Blick in die Vergangenheit kann helfen, diesen kontinuierlichen Wandel zu erkennen und ihm mit der nötigen Gelassenheit zu begegnen.

⁵⁸ Vgl. Claudio SOLIVA, Das Eidgenössische Stadt- und Landrecht des Zürcher Bürgermeisters Johann Jakob Leu, Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft in der Schweiz, Wiesbaden 1969, S. 27 ff.

⁵⁹ Vorrede, in: Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 5.

⁶⁰ Vorrede, in: Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 5.

⁶¹ Vorrede, in: Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 8.

⁶² Vorrede, in: Sammlung (Fn. 13), Bd. I, S. 8.

⁶³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), S. 9.