

Sitzung vom 23. September 2009

**1508. Anfrage (Vollzug kantonalen Gesetze durch die Gemeinden)**

Die Kantonsräte Thomas Vogel, Illnau-Effretikon, und Arnold Suter, Kilchberg, sowie Kantonsrätin Susanne Brunner, Zürich, haben am 6. Juli 2009 folgende Anfrage eingereicht:

Im Nachgang zur Eröffnung des Westrings kam es in der Stadt Zürich zu behördlichen Massnahmen, welche Fragen nach korrekter Auslegung von Gesetz und Verordnung aufwerfen. So wurde aufgrund der Abklassierung von vier Hauptverkehrsstrassen davon ausgegangen, es gäbe in der Stadt Zürich keine Hauptverkehrsstrassen mehr. In der Folge wurden eine Reihe von Tankstellenshops verzeigt, weil sie angeblich zu Unrecht auch an Ruhetagen bis 1.00 Uhr ein Vollsortiment anbieten, soweit dies auf einer beschränkten Fläche von 200m<sup>2</sup> überhaupt möglich ist.

In diesem Zusammenhang ersuchen wir den Regierungsrat um die Beantwortung folgender Fragen:

1. Wie stellt der Regierungsrat sicher, dass kantonale Gesetze, deren Vollzug an die Gemeinden delegiert wurde, im Sinne des Gesetzgebers umgesetzt werden?
2. Welche Anweisungen und Kompetenzen erhalten kantonale Angestellte, wenn sie sich zu einer klärenden Aussprache in strittigen Fällen mit Gemeindevertretern treffen?
3. Teilt der Regierungsrat die Auffassung, dass Ermessensfragen soweit als irgendetwas im Sinne des Gesetzes im konkreten Fall des liberalen Ladenöffnungs- und Ruhetagsgesetzes zu beantworten sind? Falls ja, wie stellt er dies sicher?
4. Wie stellt sich der Regierungsrat zum Investitionsschutz, wenn durch Abklassierung von Hauptverkehrsachsen neue rechtliche Voraussetzungen für den Betrieb von Tankstellen- oder Convienceshops entstehen?

Auf Antrag der Volkswirtschaftsdirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Die Anfrage Thomas Vogel, Illnau-Effretikon, Arnold Suter, Kilchberg, und Susanne Brunner, Zürich, wird wie folgt beantwortet:

Zu Frage 1:

Gemäss Art. 85 der Kantonsverfassung (KV, LS 101) sind die Gemeinden befugt, ihre Angelegenheiten selbstständig zu regeln. Obwohl den Gemeinden damit Autonomie zugestanden wird, sind sie an die Verfassung sowie an das Gesetzes- und Verordnungsrecht von Bund und Kanton gebunden. Dass sich die Gemeinden an diese Schranken halten, wird durch die Aufsicht seitens der übergeordneten Behörden sichergestellt (Tobias Jaag, Die Gemeindeaufsicht im Kanton Zürich, ZBI 94/1993, S. 529 ff.; Tobias Jaag, Kommentar KV, Art. 85 N. 1 ff.). Auf kantonaler Ebene ist die Direktion der Justiz und des Innern für die allgemeine Gemeindeaufsicht zuständig (vgl. §§ 141 ff. GG). Diese erstreckt sich auf den allgemeinen Geschäftsgang der Gemeindebehörden und -verwaltungen, auf die Gemeindeorganisation, auf Wahlen und Abstimmungen sowie auf den Gemeindehaushalt (ZBI 94/1993, S. 547 f.; Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Wädenswil 2000, 3. Aufl., § 148 N. 1 ff.). Die übrigen Direktionen sind zuständige Aufsichtsstellen in ihrem jeweiligen Fachbereich, soweit die Gemeinden als ausführende Organe tätig sind.

Eine weitere Aufsichtsinstanz stellen die Bezirksräte dar. Die Aufsichtskompetenzen der Fachdirektionen gehen denjenigen der Bezirksräte vor. Zur Aufsicht der Bezirksräte gehört jedoch neben ihren besonderen gesetzlichen Aufgaben eine aufsichtsrechtliche Auffangzuständigkeit. Diese verpflichtet sie u. a., die zuständigen Fachaufsichtsstellen auf Fehler und Missstände hinzuweisen, welche die Zuständigkeit der Bezirksräte übersteigen. Ein umfassendes Oberaufsichtsrecht steht dem Regierungsrat als Gesamtbehörde zu (§ 149 GG; vgl. dazu auch Thalmann, a. a. O., Vorbem. §§ 141–150 N. 3; § 141 N. 3.3; § 149 N. 1 ff.; Jaag, Kommentar KV, Art. 94 N. 4 ff.; Jaag, Gemeindeaufsicht, ZBI 94/1993, S. 547 ff.).

Der Umfang der Aufsicht hängt vom Autonomiegrad der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinden ab. Soweit die Gemeinden in der Aufgabenerfüllung aufgrund der ihnen eingeräumten Entscheidungsfreiheit weitgehend autonom sind, beschränkt sich die Aufsicht auf eine blossе Rechtsaufsicht, d. h., die staatliche Aufsicht muss sich damit begnügen, die Aufgabenerfüllung nach Massgabe des staatlichen Rechts zu erzwingen. Sind die Gemeinden hingegen lediglich als örtlich dezen-

tralisierte Verwaltungseinheiten des Kantons tätig, haben sie sich bei der Aufgabenerfüllung nach den Weisungen der zuständigen kantonalen Stellen zu richten und werden von diesen auch in der Handhabung des Ermessens beaufsichtigt (vgl. Thalmann, Vorbem. § 141–150 N. 2.2).

Gegenstand der staatlichen Aufsicht ist die gesamte Tätigkeit der Gemeinden. Erfasst werden auch weitere öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten, die auf Gemeindeebene öffentliche Aufgaben erfüllen. Der Finanzhaushalt bildet dabei einen Schwerpunkt (vgl. Thalmann, Vorbem. §§ 141–150 N. 4).

Zur Ausübung der Aufsicht stattet das Gesetz die Aufsichtsbehörden mit Kompetenzen und Mitteln aus, die entweder in bestimmten Bereichen und für bestimmte Fälle oder ganz allgemein eingesetzt werden dürfen. Wo besondere Anordnungen und Ermächtigungen der Rechtsordnung fehlen, ist den Aufsichtsbehörden deswegen das Eingreifen nicht verwehrt. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass den Aufsichtsbehörden mit der Aufsichtsfunktion alle Mittel zur Verfügung gestellt sind, die zu deren Ausübung geeignet sind (vgl. Thalmann, Vorbem. §§ 141–150 N. 6). Die Aufsichtstätigkeit ist teilweise präventiver, teils repressiver Natur. Präventiv ist sie dann, wenn sie unabhängig von konkreten Ereignissen erfolgt; ihr Ziel ist die allgemeine Verhinderung von Fehlern und Missständen. Präventive Aufsichtstätigkeit erfolgt oft periodisch oder sonstwie in gesetzlich vorbestimmter Weise. Repressive Aufsicht dient dagegen der Behebung und Ahndung eingetretener Fehler und Missstände. Sie wird ausgelöst durch besondere Vorkommnisse (vgl. dazu Jaag, Gemeindeaufsicht, ZBI 94/1993, S. 531).

Ein Mittel der Aufsicht ist die Pflicht der Gemeinden zur allgemeinen, regelmässigen Berichterstattung über bestimmte Bereiche der Aufgabenerfüllung an die Aufsichtsbehörde (vgl. §§ 143 ff. GG). Die allgemeine Pflicht kann durch eine besondere Berichterstattungspflicht in ausserordentlichen Fällen ergänzt werden. Dazu kommen regelmässige Inspektionspflichten, die Mitwirkung der Aufsichtsbehörden bei bestimmten Amtshandlungen und die Anzeige von dritter Seite, insbesondere die Aufsichtsbeschwerde. Weitere Mittel sind die Beratung der Gemeindebehörden und Angestellten durch die Aufsichtsbehörden; sei es beispielsweise durch regelmässige Kurse für Behördenmitglieder und Funktionärinnen und Funktionäre des Rechnungswesens, sei es durch Erteilung von Rechtsauskünften, wie dies durch das Gemeindeamt ausgeführt wird. Dabei ist die Abgrenzung gegenüber der Erteilung von allgemeinen Weisungen in der Form von Kreisschreiben – die ebenfalls ein Mittel der Aufsicht darstellen – nicht immer klar ziehbar. Aufsichtsrechtliche Mittel sind zudem die Zuteilung von Staatsbeiträgen und die Genehmigung bestimmter Akte der Gemeindetätigkeit (zum

Beispiel die Genehmigung der Gemeindeordnungen oder der Zweckverbandsstatuten) durch den Regierungsrat. Bei schwerwiegenden Fehlern sind überdies aufsichtsrechtlich konkrete administrative Weisungen denkbar. Als weitestgehende Massnahme sind Ersatzvornahmen möglich (vgl. Thalman, Vorbem. §§ 141–150 N. 6, § 142 N. 2; Jaag, Kommentar KV; Art. 94 N. 10 ff.; ZBI 94/1993, S. 532 ff.).

Da das Gesetz keinen abschliessenden Katalog von Sanktionen enthält, lässt es den zuständigen Aufsichtsbehörden einen weiten Ermessensspielraum. Sie entscheiden nach pflichtgemäßem Ermessen, ob einzuschreiten sei. Es muss sich dabei um Fehler handeln, die sich entweder dauernd auswirken, einen breiten Personenkreis betreffen oder aus andern Gründen so krass sind, dass sie die Aufsichtsbehörde schlechthin nicht passiv mit ansehen kann (vgl. Thalman, § 142 N. 1). Die Aufsichtsbehörden sind zudem bei der Auswahl der zu treffenden Massnahmen weitgehend frei. Schranken bilden jedoch die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, insbesondere das Willkürverbot, das Rechtsgleichheitsgebot und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Eine weitere Schranke ergibt sich auch daraus, dass die Aufsichtsbehörden nur einschreiten sollen, wenn schwere oder dauerhafte Missstände herrschen, insbesondere bei eindeutigen Verletzungen von klarem Recht. Zu beachten ist auch das Subsidiaritätsprinzip, nach dem die Aufsichtsbehörden nur dann tätig werden sollen, wenn die Gemeindebehörden nicht selbst in der Lage sind, die Missstände zu beheben (ZBI 94/1993, S. 538 mit weiteren Hinweisen). Die Behörden haben zudem nur zu handeln, wenn ihr Eingreifen geeignet ist, den gewünschten Erfolg zu zeitigen (Opportunitätsprinzip; vgl. Thalman, Vorbem. §§ 141–150 N. 7).

Der Anstoss zu aufsichtsrechtlichen Massnahmen kann von einem Mitglied der Aufsichtsbehörde selbst ausgehen; so ist es insbesondere denkbar, dass die Aufsichtsorgane im Rahmen der präventiven Aufsicht auf Missstände stossen, die mit Mitteln der repressiven Aufsicht behoben werden müssen. Andererseits können aufsichtsrechtliche Massnahmen durch eine Anzeige (Aufsichtsbeschwerde) von dritter Seite oder durch ein formelles Rechtsmittelverfahren ausgelöst werden. Da die Aufsichtstätigkeit von Amtes wegen auszuüben ist (Offizialmaxime), hat die Behörde in jedem Fall nach eigenem Ermessen zu handeln (ZBI 94/1993, S. 546; Thalman, § 148 N. 3).

Zu Frage 2:

Die Frage kann nicht allgemein beantwortet werden. Es hängt vom konkreten Fall ab, welche Anweisungen und Kompetenzen kantonale Angestellte erhalten, wenn sie sich in strittigen Fällen zu einer klärenden Aussprache mit Gemeindevertreterinnen und -vertretern treffen.

Die Fälle, wo Angestellte den Kanton in Gesprächen mit Gemeindebehörden vertreten, unterscheiden sich hinsichtlich der Weisungsgebundenheit nicht grundsätzlich von anderen Tätigkeitsbereichen: Hier wie dort wägen die Vorgesetzten insbesondere mit Blick auf die Rechtsgrundlagen (beispielsweise wie dicht das infrage stehende Sachgebiet im Gesetz geregelt ist und wie ausgeprägt das gesetzliche Ermessen ist, das den Vollzugsbehörden im entsprechenden Bereich zukommt) und die politische Bedeutung des Geschäfts ab, welchen Handlungs- und Entscheidungsspielraum den Angestellten eingeräumt werden soll. Die Art der Anweisungen und Kompetenzen hängt im Weiteren von der hierarchischen Stufe ab, auf welcher das Treffen stattfindet.

Zu Frage 3:

Ermessensfragen dürfen ausschliesslich im Sinne des Gesetzes, in welchem das Ermessen enthalten ist, beantwortet werden. Eine Ermessensausübung ausserhalb dieser gesetzlichen Schranken wäre rechtswidrig. Räumt ein Gesetz bei der Anwendung einer Norm einen Ermessensspielraum ein, nennt es sehr oft auch die Kriterien, die dabei zu berücksichtigen sind. Ist das nicht der Fall, sind die allgemeinen Ziele des betreffenden Gesetzes zu beachten. Diese finden sich oft in einer Zweckbestimmung zu Beginn des Erlasses. Zu beachten sind auch die allgemeinen Grundsätze des öffentlichen Rechts.

Die Verwaltung besitzt dort, wo ihr ein Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zusteht, eine relative Entscheidungsfreiheit. Sie hat einen Bereich eigener Wertung, der nicht aus dem geschriebenen Recht abgeleitet werden kann. Das bedeutet aber nicht, dass die Verwaltung in dieser Wertung frei ist. Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht (Art. 5 Abs. 1 Bundesverfassung, BV, SR 101). Die Behörden haben ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Sie sind dabei an das Verbot des Ermessensmissbrauchs und der Ermessensunterschreitung gebunden. Zu beachten sind ferner die allgemeinen Prinzipien, insbesondere das Willkürverbot, das Gebot rechtsgleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und das Verhältnismässigkeitsprinzip. Staatliches Handeln muss sodann im öffentlichen Interesse liegen (Art. 5 Abs. 2 BV, vgl. Abs. 3 und 4, sowie Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV). Im Weiteren sind die allgemeinen Vorgaben der Verfassung wie beispielsweise die verfassungsrechtlichen Grundlagen (Art. 1 ff. KV) oder die Sozialziele (Art. 19 KV) zu beachten. In diesem Sinne teilt der Regierungsrat die Auffassung, dass «Ermessensfragen im Sinne des Gesetzes» zu beantworten sind. Die hier dargestellten Überlegungen gelten selbstverständlich auch bei der Anwendung des Ladenöffnungs- und Ruhetagsgesetzes.

Die Anfrage nimmt Bezug auf Anordnungen der Stadt Zürich bezüglich Tankstellenshops. Die entsprechenden Verfügungen wurden bei den zuständigen Gerichtsinstanzen angefochten. Die sich dabei stellenden Rechtsfragen können nicht Gegenstand der vorliegenden Anfragebeantwortung sein. Es kann daher in allgemeiner Form auf die Fragestellungen eingegangen werden.

Bei der Beurteilung von Tankstellenshops sind Normen des Kantons und des Bundes massgebend. Bezüglich Arbeitsbedingungen und Nacht- bzw. Sonntagsarbeit ist das öffentliche Arbeitsrecht des Bundes (Arbeitsgesetz [ArG, SR 822.11], Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz [ArGV 2, SR 822.112]) zu beachten. In Bezug auf die Öffnungszeiten ist das kantonale Recht massgebend (Ruhetags- und Ladenöffnungsgesetz [RLG, LS 822.4], Verordnung zum Ruhetags- und Ladenöffnungsgesetz [VRLG, LS 822.41]). Im Anwendungsbereich des Arbeitsrechts des Bundes ist der Kanton Zürich bzw. die Volkswirtschaftsdirektion ausführende Behörde; die Aufsicht liegt beim Bund. Im Anwendungsbereich des kantonalen Ruhetags- und Ladenöffnungsrechts ist der Vollzug Sache der Gemeinden (§ 7 Abs. 1 RLG).

Die Volkswirtschaftsdirektion übt die Aufsicht über den Vollzug des Ruhetags- und Ladenöffnungsrechts durch die Gemeinden aus (§ 7 Abs. 1 RLG i. V.m. § 4 VRLG). Sie hat dabei die Autonomie, die den Gemeinden bei der Auslegung und beim Vollzug von RLG und VRLG zusteht, zu beachten (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 189 Abs. 1 lit. b BV). Inhaltlich regeln die kantonalen und die bundesrechtlichen Normen nach dem Gesagten unterschiedliche Bereiche. Beim Vollzug haben die kantonalen und kommunalen Behörden somit sowohl Bundesrecht als auch kantonales Recht zu vollziehen. Die Aufsichtsfunktion der Volkswirtschaftsdirektion beschränkt sich indessen auf den kantonalen Bereich. Dadurch sind die Handlungsspielräume der kantonalen Aufsichtsbehörden stark eingeschränkt. Die Beurteilung im Einzelfall ist sodann abhängig von den konkreten Verhältnissen.

Zu Frage 4:

Für Tankstellenshops an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr, die ein Waren- und Dienstleistungsangebot führen, das überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist, gelten erleichterte Bestimmungen für Nacht- und Sonntagsarbeit (Art. 26 Abs. 2 und 4 ArGV 2). Dabei liegt es im Ermessen der Kantone, diejenigen Strassen zu bestimmen, die dem Begriff «Hauptverkehrswege mit starkem Reiseverkehr» gerecht werden. Grundlage für die Definition der schweizerischen Hauptstrassen bildet die Durchgangsstrassenverordnung des Bundes vom 18. Dezember 1991 (SR 741.272). Der Kanton Zürich hat gestützt darauf im Verkehrsrichtplan die Haupt-

verkehrswege festgelegt. Diese Strassen sind für die Aufnahme einer grossen Verkehrsmenge und für die Sicherstellung des Durchreiseverkehrs ausgelegt. Diese Festlegung gilt nach wie vor (vgl. dazu auch die Beantwortungen der Anfragen KR-Nr. 133/2005 betreffend Arbeitnehmerinnen-/Arbeitnehmerschutz in Tankstellenshops und KR-Nr. 359/2008 betreffend (Sonntags-)Ruhelose Tankstellenshops). Im Zusammenhang mit der Westumfahrung wurde 2009 eine Abklassierung der Achse Herdern-, Bullinger-, Sihlfeld- und der Weststrasse vorgenommen. Die Klassierung der übrigen Hauptverkehrsstrassen auf dem Gebiet der Stadt Zürich blieb unverändert. Die in den Medien verbreitete Meldung, wonach mit der Eröffnung der Westumfahrung Anfang Mai in der Stadt Zürich sämtliche Hauptverkehrsachsen zu Nebenverkehrsachsen abklassiert wurden, ist somit nicht korrekt.

Die Eröffnung einer grösseren neuen Strasse bzw. Umfahrung kann zur Folge haben, dass der Verkehr auf anderen Verkehrswegen zum Teil abnimmt. Deshalb kann es sich aufdrängen, Verkehrswege teilweise neu einzustufen bzw. abzuklassieren. Der Strasseneigentümer muss die Möglichkeit haben, die Klassierung seiner Strassen periodisch zu überprüfen und veränderten Bedürfnissen anzupassen. Gemäss Art. 9 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG, SR 700) sind Richtpläne alle zehn Jahre gesamthaft zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen. Es gibt insofern keinen Anspruch auf unveränderte rechtliche und planerische Grundlagen.

Der Investitionsschutz leitet sich aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben ab. Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Angaben der Behörden auf eine konkrete, die betreffende Person berührende Angelegenheit beziehen, dass die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, hiefür zuständig war, dass die Person die Unrichtigkeit des Bescheids nicht ohne Weiteres hat erkennen können, dass sie im Vertrauen auf die Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat und dass die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung des Tatbestandes noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (BGE 118 Ia 245 E. 4b; 117 Ia 285 E. 2b mit Hinweisen; zuletzt: BGE 130 I 26 E. 8.1 sowie 129 I 161 E. 4.1, je mit weiteren Hinweisen; vgl. betreffend die Ladenöffnungszeiten: Urteil 2P.35/2004 vom 14. Mai 2004, E. 3). Die Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall eine Verletzung des Investitionsschutzes vorliegt, ist somit in

hohem Mass von den konkreten Verhältnissen abhängig, weshalb die Frage vorliegend nur allgemein beantwortet werden kann. Festzuhalten ist, dass die Beeinträchtigung der Tankstellenbetreiberinnen und -betreiber nicht direkt durch eine eingeschränkte oder erschwerte Nutzung der betroffenen Grundstücke, sondern indirekt durch das nachträgliche Entfallen einer Zulässigkeitsvoraussetzung (Hauptverkehrsweg) für eine wirtschaftspolizeiliche Ausnahme erfolgt. Die bestimmungsgemässe Nutzung des Tankstellenshops wird durch eine Abklassierung von Strassen, an denen Shops gelegen sind, nicht grundsätzlich verunmöglich. Der Betrieb der Tankstelle und des Shops wird auch in Zukunft möglich sein. Allenfalls werden die Öffnungszeiten eingeschränkt und das Sortiment begrenzt. Eine faktische Verunmöglichung der Nutzung stellen diese Einschränkungen kaum dar. Im Übrigen ist unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zu bezweifeln, ob die Klassierung einer Strasse als vertrauensbegründende Staatshandlung zu beurteilen ist, die bei einer nachfolgenden «Abklassierung» zu Schadenersatzansprüchen führen würde.

II. Mitteilung an die Mitglieder des Kantonsrates und des Regierungsrates sowie an die Volkswirtschaftsdirektion.

Vor dem Regierungsrat  
Der Staatsschreiber:  
**Husi**