

# Verfügung und verfügungsfreies Staatshandeln

Rechtsschutz am Dreh- und Angelpunkt der Verwaltungsrechtspflege

Lic. iur. Thomas Gander  
Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Luzern

## Inhaltsverzeichnis:

	Einleitung.....	1
1.	Das Scharnier zwischen formellem und materiellem Verwaltungsrecht.....	2
1.1	Der Verfügungsbegriff gemäss Art. 5 VwVG .....	2
1.2	Elemente des Verfügungsbegriffs .....	2
1.3	Verfügungen gleichgestellte behördliche Anordnungen .....	3
1.3.1	Vollstreckungsverfügungen.....	3
1.3.2	Zwischenverfügungen .....	4
1.3.3	Feststellungsverfügungen gemäss Art. 25 VwVG.....	4
2.	Anmerkungen zum Entscheidbegriff gemäss § 4 des luzernischen VRG .....	5
3.	Exkurs: Allgemeinverfügungen und raumwirksame Pläne.....	7
4.	Hinweise auf die Praxis des Bundesgerichts.....	7
5.	Verwaltungshandlungen ohne Verfügungscharakter .....	8
6.	Ohne Verfügung – kein ordentlicher Beschwerdeweg?.....	8
7.	Andere Rechtsschutzmöglichkeiten für Handlungsadressaten? .....	9
8.	Die aktuelle Rechtsschutzdiskussion .....	10
8.1	Eine Ausweitung des Rechtsschutzes im Lichte des Legalitätsbegriffs .....	11
8.2	Die Ausweitung des Rechtsschutzes und das öffentliche Interesse.....	11
8.3	Pragmatismus statt Legalität?.....	12
9.	Rechtsschutzansätze im Lichte der EMRK .....	13
10.	Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK.....	14
11.	Hinweise auf die Justizreform .....	14
	Literaturverzeichnis.....	15/16

## Einleitung

Unser Thema sind die Grundprinzipien des Verwaltungsrechts. Bei der Darstellung von besonderen Schwerpunkten aus der Verwaltungsrechtspflege kommt diesen Grundsätzen je nach dem zu diskutierenden Fragenkomplex unterschiedliches Gewicht zu. Im Folgenden befassen wir uns zunächst mit der Verfügung, dem Dreh- und Angelpunkt des Beschwerdeverfahrens. Weiter wenden wir uns dem Rechtsschutz im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns zu. Unsere Aufmerksamkeit richtet sich also zunächst auf den Begriff der Verfügung, so wie er in der massgeblichen Verfahrensordnung gesetzlich verankert ist. Mithin spielt das Legalitätsprinzip hier die zentrale Rolle. Darüber hinaus werden wir weitere Prinzipien im Auge behalten, so etwa das Prinzip des öffentlichen Interesses und (zumindest ansatzweise) der Grundsatz der Rechtsgleichheit. Der erweiterte Blick mag unser Verständnis für die Rechtsschutzprobleme im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns schärfen. Diesbezüglich ist seit einigen Jahren eine breit geführte Diskussion im Gang, worauf hinzuweisen sein wird. Konkret wird in der Lehre etwa die Frage erörtert, ob es im Bereich des sogenannten „verfügungsfreien Staatshandelns“ Rechtsschutzdefizite gibt und wie diese gegebenenfalls aufgefangen werden können.<sup>1</sup> Die Fragestellung hat vor dem Hintergrund der laufenden Justizreform an Aktualität gewonnen.

<sup>1</sup> Paul Richli, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP/PJA 12/1998, S. 1426

## 1. Das Scharnier zwischen materiellem und formellem Verwaltungsrecht

Wie erwähnt, ist die Verfügung Ausgangspunkt des Beschwerdeverfahrens.<sup>2</sup> Sie bestimmt zugleich den Rahmen und die Begrenzung des Streitgegenstandes.<sup>3</sup> Sie ist gleichsam das Scharnier zwischen materiellem Verwaltungsrecht und dem Verwaltungsverfahrenrecht.<sup>4</sup> Bevor wir uns der Frage nach dem Rechtsschutz von Verfügungsfreiem Staatshandeln zuwenden, ist es sinnvoll, die Elemente des Verfügungsbegriffs darzustellen. Wir beschränken uns dabei auf eine knappe Darstellung der Verfügungselemente, wie sie uns im Bundesrecht<sup>5</sup> begegnen. Sodann soll der in wesentlichen Punkten identische Entscheidungsbegriff gemäss § 4 VRG<sup>6</sup> anhand der Praxis kurz wiedergegeben werden.

### 1.1 Der Verfügungsbegriff gemäss Art. 5 VwVG

Der Rechtsschutz in der Bundesrechtspflege knüpft an die Verfügung an, wie sie in Art. 5 VwVG verankert ist.<sup>7</sup> Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre sind immer wieder bemüht, den Verfügungsbegriff mit all seinen Facetten so differenziert wie möglich darzustellen.<sup>8</sup> Angesichts der Vielfalt der staatlichen Handlungsformen kann dies nur bedingt gelingen.<sup>9</sup> Ausgangspunkt für die Erfassung des Verfügungsbegriffs sind die im Gesetz erwähnten Elemente. Danach ist die Verfügung ein:

- von einem Träger der öffentlichen Verwaltung erlassener,
- hoheitlicher,
- rechtsverbindlicher,
- individueller,
- konkreter und
- das materielle Verwaltungsrecht beschlagender Akt.<sup>10</sup>

Sämtliche Begriffsmerkmale müssen als erfüllt gelten, wenn einer behördlichen Anordnung Verfügungscharakter zuerkannt und ihre Anfechtung ermöglicht werden soll.<sup>11</sup> Diese Umschreibung des Verfügungsbegriffs findet sich immer wieder in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>12</sup>

### 1.2 Elemente des Verfügungsbegriffs

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass gegebenenfalls auch einmal ein Privater einen Hoheitsakt erlassen kann, der Verfügungsqualität aufweist, vorausgesetzt, der Private ist mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet.<sup>13</sup> Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 1 VwVG hinzuweisen. Wie die An-

<sup>2</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in: ZBI 11/1998, S. 507 mit weiteren Hinweisen

<sup>3</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, N 966 S. 186; ferner: Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998, N 3 zu § 38; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 2 zu Art. 49; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 45

<sup>4</sup> Gygi, S. 128

<sup>5</sup> Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.020)

<sup>6</sup> luzernisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (SRL Nr. 40)

<sup>7</sup> statt vieler: Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz. 34 und 215

<sup>8</sup> vgl. zum Ganzen: Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage 1998, insbesondere S. 175 ff.

<sup>9</sup> Tomas Poledna, Verfügung und Verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, in: AJP/PJA 8/98, S. 918

<sup>10</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 976

<sup>11</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog N 8 zu Art. 49

<sup>12</sup> z.B. BGE 121 II 477 Erw. 2a; 121 I 174 Erw. 2a; 122 I 331 Erw. 1a; ferner: Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage 1998, N 686, S. 175

<sup>13</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 977

ordnung tatsächlich bezeichnet wird, ist unmassgeblich. Die Anordnung kann in einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestehen. Selbst das Nichtbehandeln eines Begehrens wird als (negative) Verfügung aufgefasst.<sup>14</sup> Die Anordnung hat ferner individuell-konkret zu sein. Individuell bedeutet, dass sich die Verfügung an einen oder an eine beschränkte Zahl objektiv bestimmbarer Adressaten richtet. Konkret sind der Einzelfall oder die bestimmbare Zahl von Einzelfällen gemeint.<sup>15</sup> Regelt ein Verwaltungsakt konkrete Rechte und Pflichten von Einzelnen, ohne sich an einen individuellen Personenkreis zu richten, spricht man von einer Allgemeinverfügung. Sie hat das Merkmal des generellen Charakters mit den Rechtssätzen gemein, dasjenige der Konkretetheit des Regelungsobjekts mit den Verfügungen. Auch die Allgemeinverfügungen werden den Verfügungen zugerechnet.<sup>16</sup> Weiter ist darauf hinzuweisen, dass mit Verfügungen eine Rechtswirkung erreicht werden soll. Die Anordnung zielt darauf ab, beim Verfügungsadressaten unmittelbar Rechte und Pflichten zu begründen. Diese zeichnen sich durch Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit aus.<sup>17</sup> Mit andern Worten gehören also behördliche Anordnungen ohne individuelle Rechtswirkungen nicht zu den Verfügungen. Dazu gehören beispielsweise das Abfassen von Berichten, Vernehmlassungen und Expertisen oder etwa das Leisten guter Dienste.<sup>18</sup> Auch sogenannte reine „Tathandlungen“ oder „Realakte“ im Rahmen der behördlichen Aufgabenerfüllung stellen keine Verfügungen dar, auch wenn sie einen tatsächlichen Erfolg herbeiführen sollen und dadurch einen gewissen Einfluss auf die individuelle Rechtsstellung haben können.<sup>19</sup> Darauf wird zurückzukommen sein. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass es beim Erlass von Verfügungen um die konkrete Anwendung von Verwaltungsrecht geht.

### 1.3 Verfügungen gleichgestellte behördliche Anordnungen

Gemäss Art. 5 Abs. 2 VwVG sind folgende behördliche Anordnungen der Verfügung gleichgestellt und demnach mit Rechtsmitteln der Bundesrechtspflege prinzipiell anfechtbar:

- Vollstreckungsverfügungen
- Zwischenverfügungen
- Einspracheentscheide
- Beschwerdeentscheide
- Revisionsentscheide
- Erläuterungsentscheide.<sup>20</sup>

Eine einlässliche Darstellung der aufgelisteten Verfügungsarten sprengt den Rahmen dieses Referates. Immerhin sind hinsichtlich der Vollstreckungsverfügungen und den Zwischenentscheiden bedeutensame Hinweise angezeigt.

#### 1.3.1 Vollstreckungsverfügungen

Die Vollstreckungsverfügung bildet das Kernstück der Vollstreckung. Wie der Name sagt, führen Vollstreckungsverfügungen rechtsverbindliche und rechtskräftige Verfügungen aus.<sup>21</sup> Sie legt den vollstreckungsrechtlichen Eingriff in die Rechtsstellung der Pflichtigen im Einzelnen fest. Sie ist unabdingbare Voraussetzung für die Vollstreckung. In der Vollstreckungsverfügung legt die Behörde fest, wann und wie die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird. Inhaltlich werden in den Vollstreckungsverfügungen also noch die Vollstreckungsmodalitäten festgelegt. Im Wesentlichen geht es dabei um die Art und Weise der Vollstreckung, den Zeitpunkt und gegebenenfalls den Ort der Vollstreckung. Gegenstand der Überprüfung von Vollstreckungsverfügungen im Beschwerdeverfahren ist grundsätz-

<sup>14</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 8 zu Art. 49 mit Hinweis auf BGE 117 V 188

<sup>15</sup> Michael Merker, N 12 zu § 38

<sup>16</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, 45 zu Art. 49; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 1227; Jürg Martin, Leitfaden für den Erlass von Verfügungen, Zürich 1996, Ziffer 2.4.6; ferner: Tobias Jaag, Die Allgemeinverfügung im schweizerischen Recht, in: ZBI 1984, S. 433 ff.

<sup>17</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 1225; Michael Merker, N 13 zu § 38

<sup>18</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 28 zu Art. 49 mit Hinweisen auf die Praxis

<sup>19</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 29 zu Art. 49; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 1225 am Schluss; ferner: Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 1995, S. 549

<sup>20</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 1232

<sup>21</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 983

lich nur noch die Rechtmässigkeit der Vollstreckungsmassnahme, nicht mehr dagegen die Rechtmässigkeit der Sachverfügung. Lediglich ausnahmsweise ist die Überprüfung der Sachverfügung im Rahmen der Überprüfung der Vollstreckungsverfügung gleichwohl möglich. Dies ist der Fall, wenn die der Vollstreckungsverfügung zugrunde gelegte Sachverfügung nichtig ist oder wenn es um die Verletzung unverjährbarer und unverzichtbarer verfassungsmässiger Rechte geht.<sup>22</sup> Von der Vollstreckungsverfügung abzugrenzen ist die über den blossen Vollzug hinausgehende eigenständige Sachverfügung. Eine solche liegt vor, wenn sie gegenüber der materiellen Anordnung weitergehende, von jener nicht mehr gedeckte Rechte und Pflichten regelt.<sup>23</sup> Vollstreckungsverfügungen sind also grundsätzlich nur soweit anfechtbar, als sie neue Anordnungen treffen, die nicht bereits im Rahmen der rechtskräftigen Verfügung, welche die Grundlage für die Vollstreckung bildet, festgelegt worden sind.<sup>24</sup> Immerhin bleibt anzumerken, dass die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Vollstreckungsverfügungen nicht zulässig ist.<sup>25</sup> Wird aber die Rechtsstellung der Betroffenen im Vollstreckungsstadium neu umschrieben und in diesem Sinne eine neue Sachverfügung erlassen, greift der in Art. 101 lit. c OG verankerte Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht.<sup>26</sup>

### 1.3.2 Zwischenverfügungen

Als Zwischenverfügungen gelten die behördlichen Anordnungen in einem Verfahren, die nicht auf die endgültige materielle Regelung der Streitsache gerichtet sind, sondern nur einen Schritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung darstellen.<sup>27</sup> Aus prozessökonomischen Gründen sind Zwischenverfügungen nur beschränkt anfechtbar, denn es soll vermieden werden, dass das Verfahren durch Rechtsmittel gegen Zwischenverfügungen ungebührlich verlängert oder verschleppt wird. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass ein Rechtsmittel nur gegen einen Endentscheid zulässig ist, nicht aber gegen eine Zwischenverfügung.<sup>28</sup> Verfahrensleitende Verfügungen und andere Zwischenentscheide können aber mit einem gegen den Endentscheid zulässigen Rechtsmittel selbständig angefochten werden, wenn sie einen „nicht wieder gutzumachenden Nachteil“ bewirken.<sup>29</sup> Ein tatsächlicher Nachteil genügt.<sup>30</sup> Es gibt keine einfache, allgemeingültige Umschreibung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Massgebendes hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>31</sup> Die Partei, welche gegen eine Zwischenverfügung opponiert, muss in jedem Fall nachweisen, inwiefern ihr ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Sie hat den von ihr behaupteten nicht wieder gutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen.<sup>32</sup> Liegt kein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor, ist die Zwischenverfügung nur zusammen mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid anfechtbar. In der Regel werden die Kosten für eine Zwischenverfügung mit der Hauptsache verlegt.<sup>33</sup> Typische Zwischenverfügungen sind etwa die Anordnung bzw. formelle Nichtanordnung vorsorglicher Massnahmen, die Verpflichtung zur Entrichtung eines Kostenvorschusses, die selbständige Ablehnung eines Beweisantrages, die Verneinung eines Ausstandsgrundes, die Anordnung oder Verweigerung einer Sistierung.<sup>34</sup>

### 1.3.3 Feststellungsverfügung nach Art. 25 VwVG

Bevor auf Rechtsschutzaspekte im Zusammenhang mit dem verfügungsfreien Staatshandeln näher eingegangen wird, soll an dieser Stelle auch noch auf eine weitere, praktisch bedeutsame besondere Verfügungsart näher eingegangen werden, die Feststellungsverfügung. Im Bundesrecht ist diese Verfügungsart in Art. 25 VwVG wie folgt definiert: „Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten von Am-

<sup>22</sup> Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 47 mit Hinweis auf BGE 118 Ia 209 Erw. 2b

<sup>23</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 10 zu Art. 116

<sup>24</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 984

<sup>25</sup> Art. 101 lit. c OG; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 11 zu Art. 116

<sup>26</sup> BGE 121 IV 347f.; 121 II 448

<sup>27</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 981; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Rz. 226

<sup>28</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 3 zu Art. 61

<sup>29</sup> Art. 45 Abs. 1 VwVG

<sup>30</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 4 zu Art. 61

<sup>31</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 5 zu Art. 61 am Schluss

<sup>32</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 4 zu Art. 61

<sup>33</sup> Michael Merker, N 57 zu § 38

<sup>34</sup> Michael Merker, N 53 zu § 38

tes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Abs. 1). Dem Begehren ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Abs. 2). Keiner Partei dürfen daraus Nachteile erwachsen, dass sie im berechtigten Vertrauen auf eine Feststellungsverfügung gehandelt hat (Abs. 3).“

Sinn und Zweck der Feststellungsverfügung ergeben sich aus Abs. 3 des Art. 25 VwVG. Sie soll interessierten Personen eine rechtliche Grundlage geben, damit diese im Hinblick auf eine unsichere Rechtslage ihre geschäftlichen oder sonstigen Dispositionen treffen können. Dadurch soll die Feststellungsverfügung Rechtssicherheit schaffen.<sup>35</sup> Die Privaten können von der Verwaltungsbehörde nur dann eine verbindliche Feststellungsverfügung über Bestand, Nichtbestand oder Umfang von Rechten und Pflichten verlangen, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung nachzuweisen vermögen. Die Praxis betont sodann stets auch die subsidiäre Natur des Feststellungsanspruchs. Danach sei der Erlass von Feststellungsverfügungen zulässig, wenn ein schutzwürdiges, rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung vorhanden sei, keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen und wenn dieses schutzwürdige Interesse nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden könne.<sup>36</sup> Die Feststellungsverfügung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insoweit subsidiärer Natur, als das schutzwürdige Interesse ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann.<sup>37</sup> Die Subsidiarität darf im Gegensatz zum Feststellungsbegehren im Zivilprozess aber dennoch nicht in einem generellen Sinn verstanden werden. Vielmehr muss eine Feststellungsverfügung angebeht werden können, sofern ein schutzwürdiges Interesse vorliegt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn mit der Feststellungsverfügung gewisse grundlegende Rechtsfragen vorweg gelöst werden können und damit auf die Einleitung eines unter Umständen aufwendigen Verfahrens verzichtet werden kann.<sup>38</sup> Der Gegenstand der Feststellungsverfügung bezieht sich gleich wie die übrigen Verfügungen, auf bestimmte, eindeutige, individuelle und konkrete Pflichten. Nicht feststellungsfähig sind theoretische oder abstrakte Rechtsfragen und blosse Tatsachen.<sup>39</sup> Abgesehen von den erwähnten Besonderheiten handelt es sich bei der Feststellungsverfügung um eine gewöhnliche Verfügung. Das dabei vorauszusetzende schutzwürdige Interesse, welches in Art. 25 Abs. 2 VwVG speziell hervorgehoben wird, ist für die Feststellungsverfügung nicht wesentlich. Es handelt sich dabei um nichts anderes als die Umschreibung des Parteiqualitat im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 6 VwVG. Folgerichtig wird die Parteifahigkeit gemäss Art. 6 VwVG am schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 48 lit. a VwVG gemessen.<sup>40</sup> Das schutzwürdige Interesse ist mit anderen Worten identisch mit der gleichlautenden Formulierung der Beschwerdebefugnis.<sup>41</sup> Diesbezüglich kann auf die Ausführungen im Referat von Gabi von Moos Jenny hingewiesen werden. Die Feststellungsverfügung ist für die Betroffenen eine „Rechtswohltat“. Sie bietet eine Grundlage für Dispositionen und als verfahrensökonomisches Instrument nimmt sie nicht nur die Verwaltung, sondern insbesondere den Rechtsunterworfenen verfahrensrechtliche Lasten und Prozessrisiken ab. Ob die Feststellungsverfügung auch geeignet ist, gegebenenfalls Lücken des Verwaltungsrechtsschutzes zu schliessen, wird noch zu überlegen sein.<sup>42</sup>

## 2. Anmerkungen zum Entscheidbegriff gemäss § 4 des luzernischen VRG

Nach dem VRG sind Entscheide rechtsgestaltende oder feststellende Anordnungen, womit die Behörde die im materiellen Verwaltungsrecht generell und abstrakt geordneten Pflichten, Rechte und Ver-

<sup>35</sup> Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung – eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 229 f.

<sup>36</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 1188 mit Hinweisen auf VPB 1993 Nr. 19 und BGE 122 V 30 Erw. 2b

<sup>37</sup> BGE 114 V 203

<sup>38</sup> Alfred Kölz/Isabelle Häner, Rz. 92

<sup>39</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 1189

<sup>40</sup> Andreas Kley-Struller, S. 243; BGE 120 II 180: Als Partei im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren ist zugelassen, wer in einer beachtenswerten, nahen Beziehung zum Bewilligungsverfahren steht. Blosse Gefahren von einer gewissen Bedeutung und Wahrscheinlichkeit vermögen eine Legitimation zu begründen, nicht jedoch rein theoretische und weit entfernt mögliche, weil sonst eine sinnvolle Abgrenzung zur Populärbeschwerde kaum möglich ist.

<sup>41</sup> Michael Merker, N 27 zu § 38; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 21 zu Art. 49 mit zahlreichen weiteren Hinweisen

<sup>42</sup> Andreas Kley-Struller, S. 246

günstigungen im konkreten Einzelfall mit hoheitlicher Wirkung zur Geltung bringt.<sup>43</sup> Art. 5 VwVG diene der Definition des Entscheids gemäss § 4 VRG als Vorbild. Insofern kann auf die bisherigen Ausführungen zum bundesrechtlichen Verfügungsbegriff verwiesen werden.<sup>44</sup> Auf eine Besonderheit muss indes hingewiesen werden. Diese hängt mit der im VRG gegenüber dem Bundesrecht etwas enger verstandenen Beschwerdebefugnis zusammen. Diese hier dargestellte Besonderheit wird allerdings in ihrer Bedeutung relativiert, denn sie findet lediglich noch bei kantonalen Streitsachen Beachtung. Vorbehalten bleiben ferner die vom Bundesgesetzgeber festgelegten Mindeststandards für den kantonalen Rechtsschutz.<sup>45</sup> Weitergehende Bestimmungen über die Rechtsmittelbefugnis bleiben vorbehalten.<sup>46</sup> Gabi von Moos Jenny und Heinz Bachmann haben darüber berichtet. Diese Konzeption hat namentlich beim Erlass von Feststellungsverfügungen Auswirkungen, zumal diese selbstverständlich ein schutzwürdiges Interesse voraussetzen<sup>47</sup> und dieses – nach Massgabe der luzernischen Rechtspflegeordnung und der darauf gestützten Praxis – wiederum ein „Betroffensein in der Rechtsstellung“ voraussetzt.<sup>48</sup> Mit andern Worten kann eine Partei bei entsprechenden kantonalen (luzernischen) Streitsachen keine Feststellungsverfügung verlangen, falls sie lediglich eine tatsächliche Beeinträchtigung geltend macht und ein direktes Betroffensein in der Rechtsstellung nicht zu erkennen ist.<sup>49</sup> Weitere Hinweise zur kantonalen Rechtslage erübrigen sich in diesem Zusammenhang. Anzumerken bleibt, dass der Rechtsschutz auch in den übrigen Kantonen grundsätzlich wie jener des Bundes am Verfügungsbegriff anknüpft.<sup>50</sup> Nachfolgend soll zur Illustration des luzernischen Entscheidsbegriffs auf die Praxis des Verwaltungsgerichts und des Regierungsrates des Kantons Luzern zu § 4 VRG/LU hingewiesen werden:

- Zur Abgrenzung eines Entscheids gegenüber einer blossen Gebührenrechnung im Bereich der Kanalisationsbeiträge: LGVE 1982 II Nr. 2
- Der Hinweis auf den Inhalt von Verwaltungsweisungen stellt keinen Entscheid dar: LGVE 1982 II Nr. 32
- Entscheide enthalten individuelle und konkrete Anordnungen: LGVE 1984 II Nr. 42
- Voraussetzung für den Erlass eines Entscheids: LGVE 1988 II Nr. 26
- Das Protokoll einer Einspracheverhandlung stellt keinen Entscheid dar: unveröffentlichtes Urteil des Verwaltungsgerichts i.S. H. vom 28.5.1993
- Eine Verfügung, welche eine frühere Verfügung auf Leistung von Zahlungen bestätigt, ist rechtlich als Mahnung zu erachten, gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist: LGVE 1979 II Nr. 2
- Ein „Entscheid“, der einen anderen gleichlautenden rechtskräftigen Entscheid ersetzt, ist nichtig: unveröffentlichtes Urteil des Verwaltungsgerichts i.S. B. vom 18.1.1978
- Zum Begriff der (feststellenden) Verwaltungsverfügung; Abgrenzung zu Verwaltungshandlungen: unveröffentlichtes Urteil des Verwaltungsgerichts i.S. B. vom 14.4.1994
- Die Rüge gemäss § 64 Abs. 2 des luzernischen Personalgesetzes stellt nach der Praxis des Regierungsrates ein Mittel der Personalführung dar. Sie sei keine Disziplinarmassnahme und stelle keinen personalrechtlichen Entscheid dar, der mit Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat angefochten werden könne: LGVE 1995 III Nr. 7<sup>51</sup>
- Die Zuweisung eines Schülers in ein Schulhaus ist eine organisatorische Anordnung innerhalb eines bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses. Diese Anordnung stellt keinen (anfechtbaren) Entscheid dar: LGVE 1997 II Nr. 4

<sup>43</sup> Botschaft des Regierungsrates zum VRG vom 15. März 1971, N 134

<sup>44</sup> vgl. statt vieler: LGVE 1984 II Nr. 42

<sup>45</sup> vgl. Art. 33 Abs. 3 RPG; dazu: BGE 118 Ib 397 Erw. 3c

<sup>46</sup> § 129 Abs. 2 VRG

<sup>47</sup> § 44 Abs. 1 VRG

<sup>48</sup> LGVE 1995 II Nr. 38

<sup>49</sup> 1983 II Nr. 33: Das Verwaltungsgericht hat festgehalten, dass die Rechtsstellung eines Zahnarztes durch die Erteilung einer Bewilligung zur Führung einer Zahnarztpraxis an einen Konkurrenten in der Nachbargemeinde nicht tangiert wird.

<sup>50</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten zur Frage des Rechtsschutzes im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns, erstattet im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, 13. Mai 1995, mit rechtsvergleichendem Anhang, zusammengestellt von lic. iur. Christoph A. Spenlé

<sup>51</sup> vgl. zum Rechtsschutz im Bereich des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses: Mattias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, insbes. S. 325 ff.

### 3. Exkurs: Allgemeinverfügungen und raumwirksame Pläne

An dieser Stelle soll noch auf die spezielle Rechtsform der Allgemeinverfügung hingewiesen werden. Es handelt sich dabei um eine Verwaltungsmassnahme, die zwar nur eine konkrete Situation ordnet, sich aber an einen generellen, nicht individuell bestimmten Personenkreis richtet. Typische Beispiele für Allgemeinverfügungen sind Verkehrsanordnungen und Tarife. Hinsichtlich des generellen Charakters stimmen sie mit den Rechtssätzen überein. In Bezug auf die Konkretetheit des Regelungsobjektes sind sie den Verfügungen gleichzustellen. Rechtlich wird die Allgemeinverfügung regelmässig wie eine gewöhnliche Verfügung behandelt. Dies gilt insbesondere für das Verfahren und den Rechtsschutz.<sup>52</sup> Sie können von den Betroffenen, nicht aber von den bloss virtuell berührten Personen angefochten werden. Virtuell betroffenen Personen muss freilich die Möglichkeit offenstehen, die Allgemeinverfügung im Anwendungsfall vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen.<sup>53</sup>

Ferner sei noch auf raumwirksame Pläne mit Aussenwirkungen hingewiesen, stehen sie doch zwischen Rechtssätzen und Verfügungen.<sup>54</sup> Einerseits enthalten sie konkrete, für die Einzelnen verbindliche Anordnungen. Andererseits richten sie sich an einen unbestimmten Personenkreis und regeln eine Vielzahl von Sachverhalten, haben also generellen Charakter. Pläne sind den Verfügungen gleichgestellt, soweit sie detaillierte Anordnungen enthalten, die inhaltlich Verfügungen darstellen bzw. ordentlicherweise auf dem Verfügungsweg getroffen werden.<sup>55</sup> Anzumerken bleibt, dass Richtpläne zwar ebenfalls raumwirksam sind, indes in der Regel keine Aussenwirkungen entfalten. Sie sind – etwa wie Dienstweisungen – nur behördenverbindlich.<sup>56</sup> Richtpläne stellen demnach keine anfechtbaren Verfügungen dar, es sei denn, sie enthielten ausnahmsweise doch konkrete, für Private verbindliche Anordnungen.<sup>57</sup>

### 4. Hinweise auf die Praxis des Bundesgerichts zum Verfügungsbegriff

Als anfechtbare Verfügungen qualifizierte das Bundesgericht etwa die folgenden Handlungen der Verwaltung:<sup>58</sup>

- Die Androhung der Bankenkommission, im Falle der Nichtbefolgung von erteilten Weisungen riskiere die Gesellschaft den Entzug der Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle.<sup>59</sup>
- Beschluss der SBB, in einem Bahnhof einen Gewerbebetrieb (Bahnhofapotheke) zu schaffen.<sup>60</sup>
- Eine Absichtserklärung des Bundesamtes für Polizeiwesen gegenüber einer Firma über eine künftige Bewilligungspraxis.<sup>61</sup>
- Beanstandungen der Lebensmittelpolizeibehörden mit Bezug auf die Deklaration eines Lebensmittels als „light“ bzw. „kalorienreduziert“ aufgrund des Lebensmittelrechts, weil sich dies bereits als Verbot der künftigen Nennung dieser Eigenschaft auswirkte.<sup>62</sup>

Nicht als anfechtbare Verfügung betrachtete das Bundesgericht demgegenüber:

- Die Umbenennung sowie die Aufhebung einer Poststelle.<sup>63</sup>
- Die Empfehlungen der Schweizerischen Kartellkommission.<sup>64</sup>

<sup>52</sup> Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage 1998, N 739

<sup>53</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 45 zu Art. 49 mit Hinweisen

<sup>54</sup> vgl. dazu BGE 121 II 346

<sup>55</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 46 zu Art. 49 mit Hinweisen

<sup>56</sup> Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 ([RPG]; SR 700)

<sup>57</sup> BGE 121 II 432

<sup>58</sup> vgl. die Übersicht bei Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, in: AJP/PJA 12/1998, S. 1429

<sup>59</sup> BGE 103 Ib 352

<sup>60</sup> BGE 97 I 595

<sup>61</sup> BGE 114 Ib 191 Erw. 1a

<sup>62</sup> BGE 117 Ib 444

<sup>63</sup> BGE 109 Ib 256

<sup>64</sup> BGE 117 Ib 484 Erw. 4, 113 Ib 95 Erw. aa

- Die Stellungnahme des Eidg. Departements des Innern gegenüber einer kantonalen Bewilligungsbehörde mit Bezug auf eine Rodungsbewilligung für die Errichtung eines Wasserkraftwerkes.<sup>65</sup>

## 5. Verwaltungshandlungen ohne Verfügungscharakter

Zu den Verwaltungshandlungen gehören sämtliche Handlungen (Tun, Dulden oder Unterlassen), die ein Träger mit öffentlicher Gewalt bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben vornimmt. Eine Vielzahl dieser Verwaltungshandlungen erzeugen, anders als die Verfügung, keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Immerhin führen sie einen tatsächlichen Erfolg herbei. Die Lehre nennt hier etwa sogenannte „innerdienstliche Anordnungen“. Diese begründen, selbst wenn sie einen konkreten Fall und eine bestimmte Person betreffen, keine unmittelbaren Rechte und Pflichten des Privaten, die gegenüber diesem verbindlich und erzwingbar wären.<sup>66</sup> Weiter werden in diesem Zusammenhang beispielsweise amtliche Berichte und Vernehmlassungen bzw. Stellungnahmen erwähnt. Auch diese begründen keine Rechte und Pflichten von Privaten und stellen demnach keine Verfügungen dar.<sup>67</sup> Ebenso wenig kommen schlichten Auskünften, Rechtsbelehrungen und Ermahnungen Verfügungsqualität zu. Auch Hinweise auf gesetzliche Rechtsfolgen sind keine Verfügungen.<sup>68</sup> Besondere Aufmerksamkeit verdienen die sogenannten Realakte und die Vollzugshandlungen. Bei den Realakten handelt es sich dabei um Verwaltungsmassnahmen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind. Mit andern Worten sind Realakte Handlungen, deren Charakteristikum darin liegt, dass der Wille auf eine Veränderung der Aussenwelt gerichtet ist. Rechtswirkungen sind dabei nicht an eine Willensäusserung geknüpft, sondern, wie erwähnt, an den durch menschliches Handeln herbeigeführten Erfolg.<sup>69</sup> Zu den Tathandlungen oder Realakten zählen etwa die Verkehrsregelung, das Einsammeln von Kehrichtsäcken, die Reparatur des öffentlichen Leitungsnetzes oder einer Strasse, die Entwaffnung einer verwirrten Person oder das Leisten der ersten Hilfe.<sup>70</sup> Derartige Handlungen begründen in der Regel keine Rechte und Pflichten der Privaten, weshalb sie nach dem Gesagten nicht den Verfügungen im Rechtssinne zugeordnet werden können. Der Ausschluss solcher Realakte von der Überprüfung durch Rechtsmittelinstanzen erscheint indes, wie noch darzulegen sein wird, nicht immer sachgerecht, zumal auch tatsächliche Verwaltungshandlungen erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Bürgerinnen und Bürgern zur Folge haben und damit ein Rechtsschutzbedürfnis auslösen können.<sup>71</sup>

## 6. Ohne Verfügung – kein ordentlicher Beschwerdeweg?

Wie bereits einleitend festgehalten, verlangen die streng nach dem Legalitätsprinzip ausgerichteten massgeblichen Verwaltungsverfahrensordnungen für die Öffnung eines ordentlichen Beschwerdeweges das Vorliegen einer Verfügung. Anfechtungsobjekt und damit Einfallstor und Beschränkung des Beschwerdeverfahrens bildet also die Verfügung.<sup>72</sup> Daraus ist zu folgern, dass das sogenannte „verfügungsfreie“ Handeln des Staates diesem ordentlichen Rechtsschutz weitgehend entzogen ist.<sup>73</sup> So hält sich das Bundesgericht in seiner Praxis zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an den Verfügungsbegriff von Art. 5 VwVG und lässt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausserhalb von Verfügungen prinzipiell nicht zu. Doch besteht die Neigung, in gewissen Fällen entweder den Verfügungsbegriff ausdehnend zu interpretieren oder verfügungsfreies Verwaltungshandeln dem Verfügungshandeln gleichzustellen.<sup>74</sup> Darauf wird näher einzugehen sein. Ferner sind in der Literatur Stimmen laut geworden, die diese Rechtsschutzoptik als eher verengt bemängeln.<sup>75</sup> Es wird etwa geltend gemacht, der Private müsse - bei ausreichendem Rechtsschutzbedürfnis - die Möglichkeit haben, staatliches Handeln oder Nichthandeln auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen zu lassen, gleichgültig, welche

<sup>65</sup> BGE 116 Ib 261 Erw. 1

<sup>66</sup> BGE 121 II 473

<sup>67</sup> BGE 116 Ia 260 ff.

<sup>68</sup> VPB 55 [1991] Nr. 18

<sup>69</sup> Roland Plattner-Steinmann, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Diss. Zürich 1990, S. 14

<sup>70</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 29 zu Art. 49 mit weiteren Hinweisen

<sup>71</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in ZBI 11/1998, S. 508/509

<sup>72</sup> vgl. Ziff. 1 hievor.

<sup>73</sup> Michael Merker, N 72 zu § 38

<sup>74</sup> Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, in: AJP 12/98, S. 1428

<sup>75</sup> vgl. Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 12/1995, S. 533 ff.

Handlungsformen sich die öffentliche Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben bediene.<sup>76</sup> Eine schrankenlose Ausweitung des Rechtsschutzes wird aber selbst von den Verfechtern eines Ausbaus des Rechtsschutzes nicht propagiert. Vielmehr bemüht sich die Lehre um griffige Abgrenzungskriterien, auch wenn diese gegenüber der derzeitigen Rechtslage und der Praxis dazu bei einigen Autoren weiter gesteckt sind als bei anderen.<sup>77</sup> Ungeachtet der Diskussion besteht, soweit ersichtlich, wohl weitgehend Einigkeit darüber, dass es Realakte gibt, welche nicht nach einem Rechtsschutz rufen. Zu denken ist an die Vielzahl von Handlungen, welche entweder die Rechtsstellung von Personen nicht in relevanter Weise tangieren oder welche sofort vollzogen werden müssen, so dass kein anfechtbarer Hoheitsakt erlassen werden kann.<sup>78</sup>

## 7. Andere Rechtsschutzmöglichkeiten für Handlungsadressaten?

Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an die verwaltungsgerichtliche Klage. In der öffentlichen Rechtspflege hat sie allerdings nur untergeordnete Bedeutung.<sup>79</sup> Sie ist auf den Rechtsstreit zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten vor einer unabhängigen Instanz zugeschnitten. Sie ist unzulässig, wenn nach der Rechtsordnung eine Verwaltungsbehörde oder ein anderes Gericht zuständig ist, über die Sache zu entscheiden (vgl. § 163 VRG/LU)<sup>80</sup>. Beim Klageverfahren geht denn auch kein staatlicher Hoheitsakt voraus, sondern der Kläger wendet sich direkt an den Richter, wenn er ein staatliches Handeln beanstanden oder Ansprüche gegen den Staat geltend machen will.<sup>81</sup> Es ist also zunächst zu klären, ob eine bestimmte Streitfrage verfügungsweise entschieden werden kann. Erst wenn dies anhand der einschlägigen Normen zu verneinen ist, stellt sich die Frage nach der verwaltungsgerichtlichen Klage. So kann beispielsweise der Klageweg nicht beschränkt werden, wenn eine Gebühr mittels Verfügung eingefordert werden kann.<sup>82</sup> Ferner ist zu prüfen, ob die massgebliche Verfahrensordnung die verwaltungsgerichtliche Klage nur für besondere Streitsachen zulässt.<sup>83</sup> So kommen verwaltungsgerichtliche Klagen etwa bei Streitigkeiten zwischen Gemeinwesen und bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen vor. Solange ein öffentlich-rechtlicher Vertrag aber noch nicht abgeschlossen ist, können Streitigkeiten aus dem zu regelnden Sachbereich nicht mit verwaltungsgerichtlicher Klage geltend gemacht werden.<sup>84</sup> Die Ausführungen zeigen, dass die verwal-

<sup>76</sup> Michael Merker, N 73 zu § 38 mit Hinweis auf Paul Richli, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, in: AJP1992, S. 197 ff.

<sup>77</sup> Bernhard Weber, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus der Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBJV 1998 S. 182 f.; ferner die Entgegnung dazu von Christina Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: ZBJV 1998, S. 291/292

<sup>78</sup> Paul Richli [zit. Rechtsgutachten 1995] erwähnt etwa das Erledigen von Büroarbeiten in der Verwaltung, die verwaltungsinterne Kontrolle von Arbeitsabläufen, die Unterhaltsarbeiten an Strassen öffentlicher Gemeinwesen, das Erteilen von Unterricht an Schulen, Kontrollgänge und Kontrollfahrten der Polizei, die Organisation von Ausstellungen in Museen, Aufführungen in städtischen Theatern, Anweisungen der Verkehrspolizei, der Feuer- oder Ölwehreinsatz und das Abschleppen eines vorschriftswidrig parkierten PWs (zitiertes Gutachten, S. 19/20). Weitere Beispiele, die keine Verfügungsqualität haben: Der Beschluss über die Aufnahme von Projektierungsarbeiten [BGE 113 Ia 232]. Stellungnahmen von Personalvorsorgeeinrichtungen [BGE 115 V 224; ebenso: LGVE 1990 II Nr. 32 Erw. 2a]. Rechnungen [PVG 1984, S. 183]. Die SBB müssen für Änderungen der Betriebsweise eine Ermächtigung beim EVED einholen. Diese stellt keine Verfügung dar [VPB 1996, Heft 60, Nr. 20, S. 147 ff.]. Die bloße Mitteilung einer Rechtsauffassung durch die eidgenössische Steuerverwaltung ist keine Verfügung [BGE 121 II 473 ff.]. Das Festlegen einer Lektion vor Beginn eines Semesters oder eines Schuljahres stellt jedenfalls dann keine Verfügung dar, wenn sie innerhalb der rechtskräftig festgelegten Bandbreite erfolgt [BVR 1986 S. 170 ff.]. Die kurzfristige Isolation zu Schutzzwecken stellt keine Verfügung dar. Wird die Isolation aber so lange aufrechterhalten, dass sie haftähnliche Züge aufweist, erhält die Anordnung Verfügungscharakter [Merkli/Aeschlimann/Herzog, zit. VRG-Kommentar, N 27 zu Art. 49 mit Hinweis]. Das Abfassen von Berichten, Vernehmlassungen und Expertisen stellt keine Verfügung dar [BGE 116 Ib 260 ff.], ebensowenig das Leisten guter Dienste [BGE 112 Ib 145 ff.].

<sup>79</sup> vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, N 1 zu Art. 87

<sup>80</sup> zur Subsidiarität der verwaltungsgerichtlichen Klage: LGVE 1992 II Nr. 8 Erw. 1b

<sup>81</sup> Rhinow/Koller/Kiss, N 591

<sup>82</sup> LGVE 1988 II Nr. 31

<sup>83</sup> vgl. Die Aufzählung in § 162 lit. a - e VRG/LU

<sup>84</sup> LGVE 1977 II Nr. 49

tungsgerichtliche Klage Rechtsschutzdefizite im Bereich des Verfügungsfreien Staatshandelns nicht aufzufangen vermag.

Anzumerken bleibt, dass auch die Aufsichtsbeschwerde Rechtsschutzdefizite nicht beseitigt, zumal es sich nicht um ein ordentliches Rechtsmittel handelt, sondern bloss um einen ausserordentlichen Rechtsbehelf. Immerhin ist festzuhalten, dass sich mittels einer aufsichtsrechtlichen Anzeige jegliches Handeln und Unterlassen von Behörden beanstanden lässt, so etwa die allgemeine Amtsführung, Informations-, Empfehlungs- oder Berichtstätigkeit und sonstige Realakte<sup>85</sup>. Entscheide über Aufsichtsanzeigen oder Aufsichtsbeschwerden regeln aber kein Verhältnis zwischen Privaten und Gemeinwesen. Deshalb kommt den Entscheiden über Aufsichtsbeschwerden keine Verfügungsqualität zu.<sup>86</sup> Gegen einen Entscheid der Aufsichtsbehörde, einer Anzeige keine Folge zu geben, kann daher kein ordentliches Rechtsmittel ergriffen werden.<sup>87</sup>

## 8. Die aktuelle Rechtsschutzdiskussion

Wie bereits erörtert, ist der Rechtsschutz im Verwaltungsrecht – spezialgesetzliche Ausnahmen vorbehalten – untrennbar mit dem Verfügungsbegriff verbunden. Der Verfügungsbegriff hat sich in der Praxis indes häufig als zu eng oder im konkreten Fall wenig zweckmässig erwiesen. Auch das verfüpfungsfreie Verwaltungshandeln kann ernstzunehmende Rechtsschutzbedürfnisse wecken. Zur Lösung des Problems bieten sich vier Möglichkeiten an: Als erstes sei die Erweiterung des Verfügungsbegriffs durch Auslegung erwähnt. Damit lässt sich dem Rechtsschutzinteresse Privater Rechnung tragen. Eine andere Variante ist die spezialgesetzliche Erweiterung des Verfügungsbegriffs. Dabei löst der Gesetzgeber das Rechtsschutzproblem dadurch, dass er bestimmten Verwaltungshandlungen im Gesetz ausdrücklich Verfügungsqualität beimisst. Beispiel: Art. 29 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (SR 172.021). Nach dieser Bestimmung gelten als „Verfügungen“: der Zuschlag oder der Abbruch des Vergabeverfahrens (Art. 29 lit.a), die Ausschreibung des Auftrags (lit. b), der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren (lit. c), der Ausschluss nach Art. 11 (lit. d) sowie der Entscheid über die Aufnahme des Anbieters oder der Anbieterin in das Verzeichnis nach Art. 10. Mit diesem gesetzgeberischen „Trick“ wird erreicht, dass diesbezüglich nicht mehr die Gerichte zu entscheiden haben, ob eine (im Gesetz erwähnte bestimmte) Handlung als Verfügung zu qualifizieren ist oder nicht. Als dritte Möglichkeit bietet sich die Schaffung neuer Anfechtungsobjekte in einem Spezialerlass an. Beispiel: Art. 60 und 62 des Radio- und Fernsehgesetzes vom 21. Juni 1991 ([RTVG]; SR 784.40). Nach diesen Bestimmungen können gegen Fernseh- oder Radiobeiträge Beschwerden erhoben werden. Die (heikle) Frage nach der verfahrensrechtlichen Qualität von Sendungen braucht bei dieser klaren Rechtslage nicht mehr erörtert zu werden. Schliesslich wird als vierte Möglichkeit immer wieder die Frage aufgeworfen, ob auf das Erfordernis eines bestimmten Anfechtungsgegenstandes nicht gänzlich verzichtet werden sollte.<sup>88</sup>

In der Lehre werden, soweit ersichtlich, heute im Wesentlichen zwei Ansätze für eine Ausweitung des Rechtsschutzes diskutiert. Eine Gruppe spricht sich für die Ausdehnung des Verfügungsbegriffs aus.<sup>89</sup> Die zweite Gruppe propagiert eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auf verfüpfungsfreies Staatshandeln.<sup>90</sup> Prof. Richli erwähnt in seinem bereits mehrfach zitierten Rechtsgutachten (1995) noch den dritten Ansatz, nämlich die bereichsspezifische Regelung in den einschlägigen Gesetzen.<sup>91</sup> In seinem

<sup>85</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, N 7 zu Art. 101 mit zahlreichen Hinweisen

<sup>86</sup> BGE 121 I 90

<sup>87</sup> vgl. § 151 Abs. 1 lit. i VRG/LU; Merkli/Aeschlimann/Herzog, N 13 zu Art. 101

<sup>88</sup> Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, S. 51

<sup>89</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten, S. 23 mit Hinweisen u.a. auf Alfred Kölz, Kommentar zum VRG des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 140; Roland Plattner-Steinmann, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Zürich 1990, S. 184 ff. insbes. S. 204 f.; Rainer J. Schweizer, Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, in: ZSR 1993 II S. 719; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, Bern 1991, S. 141 ff. und 372 ff.

<sup>90</sup> Paul Richli, zit. Rechtsgutachten 1995, S. 23 mit Verweisen auf Paul Richli, Regelungsdefizit, S. 200 f.; Ders., Votum am Schweizerischen Juristentag 1993, ZSR 1993 II S. 828; Sergio Giacomini, Vom „Jagd machen auf Verfügungen“, in: ZBI 1993, S. 237 ff., insbes. S. 248; Stephan Herren, Faktische Beeinträchtigungen der politischen Grundrechte, Chur/Zürich 1991, S. 184 ff.; vgl. ferner Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, S. 57 ff.

<sup>91</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten, S. 23

neuesten Aufsatz zur Thematik (1998) gelangt Prof. Richli zur Überzeugung, dass die im Zusammenhang mit verfügungsfreiem Verwaltungshandeln identifizierten Rechtsschutzbedürfnisse nicht durch eine Ausweitung des Verfügungsbegriffs, sondern eher durch eine Erweiterung der Anfechtungsobjekte befriedigt werden sollten. Eine enumerative Aufzählung von Typen von Anfechtungsobjekten erscheint Prof. Richli indes wenig sinnvoll und zum vornherein mit dem Risiko der Lückenhaftigkeit behaftet. Als methodisch überlegen erachtet er die Anknüpfung an die Verletzung von Rechten. Im Vordergrund steht bei ihm das Rechtsschutzbedürfnis angesichts einer geltend gemachten Verletzung von Grundrechten.<sup>92</sup> Ferner hat sich etwa Prof. Jaag in seinem Festvortrag „Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel“ anlässlich der Jubiläumsfeier „25 Jahre Verwaltungsgericht Luzern“ vom 27. Mai 1998 u.a. ebenfalls zu den erwähnten aktuellen Problemen und Entwicklungstendenzen geäußert und festgehalten, dass der Ausschluss von Realakten von der Überprüfung durch Rechtsmittelinstanzen „nicht immer sachgerecht“ sei, zumal tatsächliches Verwaltungshandeln erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Bürgerinnen und Bürgern zur Folge haben könne.<sup>93</sup> Es kann hier nicht darum gehen, die einzelnen Standpunkte der aktuellen Rechtsschutzdiskussion umfassend zur Darstellung zu bringen. Immerhin soll die da und dort geforderte Erweiterung des Rechtsschutzes - entsprechend unserer Seminarthematik - zumindest vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips sowie (wenigstens ansatzweise) unter Berücksichtigung des Grundsatzes des öffentlichen Interesses kurz diskutiert werden. Alsdann konfrontieren wir die Anknüpfung des Rechtsschutzes an den Verfügungsbegriff mit Rechtsschutzanforderungen der EMRK. Zum Schluss blicken wir auf die laufende Justizreform und hier insbesondere auf die im Verfassungsentwurf verankerte sogenannte „Rechtsweggarantie“.

### 8.1 Eine Ausweitung des Rechtsschutzes im Lichte des Legalitätsprinzips

Falls der Rechtsschutz zu verfügungsfreiem Handeln ausgedehnt werden soll, müssen sich Verwaltung und Gerichte auf eine möglichst klare gesetzliche Grundlage stützen können. Es reicht m.E. in dieser fundamentalen Frage der Rechtspflege nicht aus, den Ball den rechtsanwendenden Behörden zuzuspielen und ihnen lediglich den vagen Auftrag zu geben, den Bedarf an Rechtsschutz in einem konkreten Fall zu gewichten und gegebenenfalls mit einer „ausdehnenden Interpretation“ des Verfügungsbegriffs den Rechtsweg sozusagen „fallspezifisch“ zu ebnen. Dieser Ansatz vermittelt den Eindruck des Zufälligen und vermag dem im Prozessrecht hochzuhaltenden Anspruch auf Rechtssicherheit nicht in hinreichendem Masse zu genügen. Eine Modifizierung bzw. Ausweitung des Verfügungsbegriffs führt zu einer Vermischung von Anfechtungsobjekt und Beschwerdelegitimation und lässt sich als unerwünschte Einführung der zivilrechtlichen Sachlegitimation in das öffentliche Prozessrecht deuten.<sup>94</sup>

### 8.2 Die Ausweitung des Rechtsschutzes und das öffentliche Interesse

Zweck der Verwaltungsrechtspflege ist einmal der individuelle Rechtsschutz. Ferner gilt es aber auch, das im Gesetz zum Ausdruck gebrachte öffentliche Interesse zu verwirklichen. Verwaltungsrechtspflege ist Teil der institutionellen Verwaltungskontrolle und dient so der Verwirklichung des objektiven Rechts. Den Interessen der Gesetzesadressaten und den gesetzlich festgelegten öffentlichen Interessen kommt prinzipiell die gleich grosse Bedeutung zu. Demzufolge muss das Prozessrecht diese beiden Interessensphären – im Sinne der prozessualen Waffengleichheit – auch gleich wirksam zur Geltung bringen.<sup>95</sup> Es wurde bereits mehrfach erwähnt, dass das Anfechtungsstreitverfahren mit dem Vorhandensein einer Verfügung steht und fällt. Demzufolge muss es auch darum gehen, diesem wohl bedeutendsten Kernbereich des gesamten Verfahrens möglichst klare, griffige Konturen zu geben, um damit insbesondere dem öffentlichen Interesse an einer auf Rechtssicherheit<sup>96</sup> bauenden Rechtspflege zu dienen. Falls der Rechtsschutz zum verfügungsfreien Staatshandeln hin ausgeweitet werden soll, muss dem Rechtssicherheitsgebot also besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Analoges kann im Übrigen hinsichtlich des Grundsatzes der Gleichbehandlung angemerkt werden. Die wieder-

<sup>92</sup> Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, in: AJP/PJA 12/1998, S. 1437

<sup>93</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, überarbeitete Fassung des Festvortrages anlässlich der Jubiläumsfeier „25 Jahre Verwaltungsgericht Luzern“ vom 27. Mai 1998, in: ZBI 11/1998, insbesondere S. 508/509 mit Hinweisen

<sup>94</sup> Sergio Giacomini, S. 246 ff.

<sup>95</sup> Alfred Kölz/Isabelle Häner, Rz. 6

<sup>96</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 30 der Einleitungen

gegebenen Überlegungen lassen erkennen, dass eine Ausdehnung des Rechtsschutzes - wenn überhaupt - m.E. prinzipiell auf dem Wege einer möglichst „griffigen“ Gesetzgebung vorangetrieben werden müsste. Eine ausdehnende Interpretation des Verfügungsbegriffs sozusagen „von Fall zu Fall“ widerspricht insbesondere dem Prinzip der Rechtssicherheit und schwächt den Gleichbehandlungsansatz. Andererseits lässt sich kaum ernsthaft bestreiten, dass es Ergebnisse nach einem Realakt gibt, die aus der Sicht von Betroffenen verständlicherweise nach einem Rechtsschutz rufen, obwohl keine Verfügung im Rechtssinne vorausgegangen ist. Prof. Richli nennt in diesem Zusammenhang vorab Realakte, welche zu einer faktischen Beschränkung einer Grundrechtsposition führen oder zumindest die in einem einfachen Gesetz geschützte Rechtsposition beeinträchtigen. Im konkreten Fall ist es mitunter allerdings heikel, entsprechende „rechtsschutzbedürftige“ Konstellationen auszumachen, gehen doch die Auffassungen über die Grenzen des Rechtsschutzes - je nach Sichtweise - nicht selten auseinander. Auf die rechtspolitische Diskussion dazu wird noch hinzuweisen sein. An dieser Stelle bleibt anzumerken, dass sich die Praxis ab und zu pragmatischen Notlösungen bedient, um einem erkannten Rechtsschutzanspruch genügen zu können. Es ist aufgezeigt worden, dass dieser Ansatz auf Dauer wohl nicht die Lösung sein kann. Gefordert ist der Gesetzgeber. Darauf wird zurückzukommen sein.

### 8.3 Pragmatismus statt Legalität?

In dem bereits zitierten Gutachten zum Rechtsschutz im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns verweist Prof. Richli auf den berühmt gewordenen „Kruzifix-Entscheid“ des Bundesgerichts.<sup>97</sup> Die Vorgeschichte jener Auseinandersetzung zeigt, dass die Streitfrage, ob das Aufhängen eines Kruzifixes in einer Schulstube gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit und gegen das Gebot der religiösen Neutralität der Schule verstösst, lediglich dank einer grösszügigen Annahme eines anfechtbaren Hoheitsaktes rechtlich ausgetragen werden konnte.<sup>98</sup> So qualifiziert das Bundesgericht - aus pragmatischen Gründen - zeitweilig einen „schwer einzuordnenden Verwaltungsakt“ als Verfügung, wenn, wie im erwähnten Beispiel, ein besonders intensives Rechtsschutzinteresse besteht.<sup>99</sup> In solchen Fällen geht das Bundesgericht von einer „Fiktion“ der Verfügung aus<sup>100</sup>. In der Praxis wird der Betroffene bei Realakten, die er einer Überprüfung zuführen will, nicht selten zunächst versuchen, eine beschwerdefähige Verfügung zu erreichen;<sup>101</sup> die Weigerung ficht er gegebenenfalls mittels einer Rechtsverweigerungsbeschwerde an. Über die Chancen ist damit allerdings noch nichts ausgesagt.<sup>102</sup> Gegebenenfalls versucht ein Betroffener eine Feststellungsverfügung zu verlangen.<sup>103</sup> In einer Streit-sache, welche vom Bundesrecht beherrscht wird, hat der Betroffene zumindest ein tatsächlich geschütztes Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung darzutun.<sup>104</sup> In einem Verfahren, welches vom kantonalen Recht beherrscht wird, ist eine unmittelbare Beeinträchtigung „in der Rechtsstellung“ vorausgesetzt.<sup>105</sup> Jedenfalls entspricht dies der luzernischen Verfahrensordnung.

<sup>97</sup> ZBI 1991, S. 70 ff.

<sup>98</sup> 1984 kam der Gemeinderat von Cadro überein, dass in jedem Schulzimmer des neuen Primarschulhauses ein Kruzifix aufgehängt werden sollte. Dieser Beschluss wurde umgesetzt. Ein Lehrer setzte sich dagegen zur Wehr und entfernte das Kruzifix aus seinem Schulzimmer. Daraufhin bestätigte der Gemeinderat seinen Beschluss am 30. September 1984. Dagegen führten der Lehrer und weitere Personen zunächst beim Staatsrat des Kantons Tessin Beschwerde. Dieser trat darauf ein, was nicht selbstverständlich ist. Prof. Richli stellt das Vorliegen einer Verfügung hier mit guten Gründen in Frage.

<sup>99</sup> Hanspeter Pfenninger, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Diss. Freiburg 1996, S. 157 mit Hinweisen auf Lehre und Praxis

<sup>100</sup> Hanspeter Pfenninger, a.a.O., mit Hinweisen auf Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 130 sowie Kölz/Häner, S. 63

<sup>101</sup> vgl. dazu: Sergio Giacomini, Vom Jagdmachen auf Verfügungen, in: ZBI 94/1993, S. 237 - 250

<sup>102</sup> Michael Merker, N 80 zu § 38

<sup>103</sup> zur aktuellen Bundesgerichtspraxis: BGE 121 I 87 ff.; vgl. ferner zur Feststellungsverfügung als „konstruktive Alternative“: Hanspeter Pfenninger, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Diss. Freiburg 1996, insbes. S. 175 - 179

<sup>104</sup> Ziff. 1.3.3. hievior

<sup>105</sup> Ziff. 2 hievior

## 9. Rechtsschutzansätze im Lichte der EMRK<sup>106</sup>

Die EMRK enthält neben der Sicherung elementarer Menschenrechte und Gewährleistungen zum Schutze der Privatsphäre und des menschlichen Zusammenlebens auch gewisse Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien. Sie sind direkt anwendbare Normen und bilden einen wichtigen Teil des Justizverfassungsrechts des Bundes.<sup>107</sup> Folglich richtet sich auch die Frage nach dem Rechtsschutz nicht ausschliesslich nach Massgabe der kantonalen oder der bundesrechtlichen Verwaltungsrechtspflegeordnungen. Vielmehr sind auch die EMRK und die sich darauf stützende Praxis der Strassburger Organe jeweils mit zu berücksichtigen.<sup>108</sup> Es ist zu beachten, dass die in der EMRK verankerten Rechtsschutzgarantien nicht umfassend auf die gesamte Rechtspflege angewendet werden können. Der Anwendungsbereich ist auf die Streitsachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 EMRK (Rechte beim Freiheitsentzug) sowie die in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Rechtsweggarantie („zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen“) beschränkt.<sup>109</sup> Die EMRK bestimmt im Übrigen die Zulässigkeitsvoraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit EMRK-Organen sich mit einer Beschwerde überhaupt erst befassen können. Von besonderer Bedeutung ist in unserem Zusammenhang zunächst der Hinweis darauf, dass der innerstaatliche Rechtsweg bei der Einlegung einer Beschwerde vor den Konventionsorganen erschöpft sein muss.<sup>110</sup> Das Erfordernis der vorherigen Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe konkretisiert ein im Völkerrecht anerkanntes Prinzip und findet sich auch in anderen internationalen Texten zum Schutze der Menschenrechte.<sup>111</sup> In diesem Sinne kann gesagt werden, dass die Konvention die Einhaltung der Konventionsrechte primär den Staaten anvertraut; die Verfahren vor den Konventionsorganen haben „subsidiären Charakter“. <sup>112</sup> Konkret bedeutet dies, dass der Beschwerdeführer den innerstaatlichen Rechtsweg von der ersten bis zur letzten massgeblichen Instanz auszuschöpfen hat. Er hat jene Rechtsmittel zu ergreifen, welche effektiv geeignet sind, die behauptete Konventionsverletzung zu beseitigen. Ein mögliches „Rechtsschutzdilemma“ mag sich nun dort zeigen, wo eine Konventionsverletzung behauptet wird, indes kein direkt anfechtbarer Hoheitsakt vorliegt.<sup>113</sup> Ob beispielsweise eine Meinungsverschiedenheit über einen informalen Staatsakt etwa eine „Rechtsstreitigkeit im Sinne der EMRK“ ist, lässt sich anhand der Rechtspraxis der EMRK-Organen nicht mit letzter Klarheit beantworten. Immerhin sei an dieser Stelle erwähnt, dass das Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gemäss Konventionspraxis immer dann zu verneinen ist, wenn in einem Bereich die gerichtliche Durchsetzung ausgeschlossen ist.<sup>114</sup> Andererseits ist festzuhalten, dass das EMRK-Rechtsschutzsystem nicht auf die Verfügung als die massgebliche staatliche Handlungsform hin konzipiert ist. Prof. Richli hält in seinem bereits mehrfach zitierten Rechtsgutachten dafür, dass demnach selbst verfügungsfreies Staatshandeln gegebenenfalls anfechtbar sein müsse. Kann auf nationaler Ebene keine Beschwerde geführt werden, so entfällt das Gebot der Ausschöpfung der mitgliedstaatlichen Rechtsmittel gemäss Art. 26 EMRK. Damit solle der

<sup>106</sup> Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)

<sup>107</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 69

<sup>108</sup> Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, N 9 ff. zu Art. 1; Kölz/Häner, N 20 - 22; BGE 119 Ia 98; vgl. ferner LGVE 1993 II Nr. 43 und LGVE 1993 III Nr. 24

<sup>109</sup> Frohwein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Auflage 1996; Arthur Häfliger, Die EMRK und die Schweiz, Bern 1993; Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995; Andreas Kley-Struller, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993; Ders., Der Anspruch auf richterliche Beurteilung „zivilrechtlicher“ Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts, in: AJP 1/94, S. 23 ff.; Mark E. Villiger, Handbuch der EMRK, Zürich 1993; Ders., Probleme der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren, in: AJP 2/95, S. 163 ff.; Heiner Wohlfahrt, Anforderungen der Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 98a OG an die kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze, in: AJP 11/1995, S. 1421 ff.; Martin Philipp Wyss, Die EMRK auf dem Weg zu einer europäischen Grundrechtsverfassung, in: AJP 3/1995, S. 285 ff.

<sup>110</sup> Art. 26 EMRK: „Die Kommission kann sich mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtszuges in Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts und innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach dem Ergehen der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung befassen.“

<sup>111</sup> Frohwein/Peukert, Kommentar zur EMRK, 2. Aufl. 1996, N 1 zu Art. 26 mit Verweisen; Mark E. Villiger, Handbuch der EMRK, Zürich 1993, N 76 zu § 5, S. 55; ferner: Yvo Hangartner, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, in: AJP 1/94 S. 3

<sup>112</sup> Andreas Kley-Struller, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1996, N 6 zu § 24, S. 349

<sup>113</sup> dazu: Mark E. Villiger, Handbuch der EMRK, N 110

<sup>114</sup> Mark E. Villiger, 377 zu § 21; Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 87f.

Rechtsschutz geöffnet werden, wenn die behauptete Verletzung von EMRK-Rechten die unmittelbare Folge der Gesetzgebung oder von administrativem Handeln ist.<sup>115</sup>

### 10. Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK<sup>116</sup>

Art. 13 EMRK ist laut vielfach geäusselter Ansicht eine der unklarsten Bestimmungen der Konvention.<sup>117</sup> Sie wirft komplexe Auslegungsfragen auf.<sup>118</sup> Die Bestimmung garantiert allen Rechtssubjekten eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz zur Durchsetzung der Rechte der EMRK. Die Bestimmung ist in Bezug auf die anderen Konventionsrechte subsidiär.<sup>119</sup> Art. 13 EMRK enthält keine Rechtsweggarantie im Sinne der Gewährleistung des Zugangs zu einem Richter. Hier genügt eine verwaltungsinterne Beschwerdemöglichkeit. Immerhin müssen die Mitglieder der überprüfenden Instanz nach der neueren Praxis unparteiisch und weisungsgebunden sein.<sup>120</sup> Die Beschwerde ist wirksam, wenn die Beschwerdeinstanz im Falle einer Konventionsverletzung insbesondere einen Hoheitsakt aufheben kann.<sup>121</sup> Nach der Praxis der Konventionsorgane fallen grundsätzlich sämtliche Akte von Regierung, Verwaltung und Justiz in den Geltungsbereich von Art. 13 EMRK.<sup>122</sup> Umstritten ist, ob eine Beschwerdemöglichkeit auch gegen Erlasse bestehen muss. Die Strassburger Organe haben dies bisher verneint.<sup>123</sup> Im Rahmen unserer Untersuchung ist die Feststellung bedeutsam, dass gegebenenfalls insbesondere gegen sogenanntes verfügungsfreies Staatshandeln gestützt auf Art. 13 EMRK eine wirksame Beschwerde zur Verfügung stehen muss. Im Lichte dieser Überlegung erscheint das schweizerische Rechtsschutzsystem in den Bereichen, in denen keine förmlichen Verfügungen ergehen, als mangelhaft.<sup>124</sup>

### 11. Hinweise auf die Justizreform

Die Bundesrechtspflege befindet sich in Revision. In diesem Zusammenhang sei auch auf Art. 30 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung hingewiesen. Danach hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Welche Streitsachen allerdings vor einem Gericht ausgetragen werden können, lässt sich der neuen Bundesverfassung nicht direkt entnehmen. Art. 25a des Verfassungsentwurfs postulierte noch, dass jede Person bei „Rechtsstreitigkeiten“ Anspruch auf die Beurteilung durch eine richterliche Behörde habe. In der Folge wurde nach Grenzen dieser „Rechtsweggarantie“ gefragt.<sup>125</sup> In einem Entwurf für ein Bundesgerichtsgesetz wird dazu in Art. 78 Abs. 2 (etwas ausführlicher) festgehalten, dass die Kantone als letzte kantonale Instanzen richterliche Behörden einzusetzen haben, welche den streitigen Sachverhalt frei zu prüfen und das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben. Der Anspruch auf eine richterliche Beurteilung besteht aber nicht generell und absolut, sondern bezieht sich, wie erwähnt, auf „Rechtsstreitigkeiten“. Dieser Begriff soll auf die Rechtsordnung hinweisen, welche im Allgemeinen festlegt, wann eine Streitigkeit rechtlich ausgetragen werden kann und wann nicht. Die Beratungen zur neuen Bundesverfassung haben immerhin etwas mehr Klarheit darüber geschaffen, was die Eidgenössischen Räte unter dem Begriff der

<sup>115</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten, S. 17 mit Hinweisen

<sup>116</sup> Art 13 EMRK: „Sind die in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten verletzt worden, so hat der Verletzte das Recht, eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz einzulegen, selbst wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.“

<sup>117</sup> Yvo Hangartner, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, in: AJP 1/94, S. 3 mit Hinweisen; Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informellen Staatshandelns, in: ZBI 12/1995, S. 542

<sup>118</sup> vgl. Mark E. Villiger, N 623

<sup>119</sup> Yvo Hangartner, AJP 1/94, S. 4

<sup>120</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 216; BGE 121 I 90, 118 Ib 283 ff. Erw. 5

<sup>121</sup> Frowein/Peukert, Kommentar zur EMRK, N 3 zu Art. 13

<sup>122</sup> Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informellen Staatshandelns, in: ZBI 12/1995, S. 543

<sup>123</sup> René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, N 218

<sup>124</sup> Yvo Hangartner, AJP 1/94, S. 6 unten

<sup>125</sup> vgl. Bernhard Weber, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus der Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit – ein Diskussionsbeitrag, in: ZBJV 134/1998, S. 177 ff. und Christina Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege – eine Entgegnung zum Diskussionsbeitrag von Bernhard Weber, in: ZBJV 134/1998, S. 288

„Rechtsstreitigkeit“ verstehen. Mit Blick auf die Materialien ist darauf hinzuweisen, dass diese nicht den gerichtlichen Rechtsschutz gegen jegliches faktisches Verwaltungshandeln postulieren wollten.<sup>126</sup> Selbst Art. 25a des Verfassungsentwurfs rief nicht nach einer Ausweitung der Anfechtungsobjekte. Der Berichterstatter der vorberatenden Kommission im Ständerat erklärte, es bleibe namentlich zulässig, als Anfechtungsobjekt eine Entscheidung der Behörde vorzusetzen.<sup>127</sup> In der Beratung zum Verfassungsentwurf wurde weiter deutlich, dass Realakte, die nicht gesetzliche Rechte und Pflichten betreffen, nicht anfechtbar sein müssen. Jedoch kann, wie die vorstehenden Hinweise gezeigt haben, im konkreten Fall dennoch ein berechtigtes Bedürfnis nach gerichtlichem Rechtsschutz im Zusammenhang mit Realakten bestehen.<sup>128</sup> In jedem Fall ist Rechtsschutz gegen Feststellungsverfügungen zu gewähren, welche die Verwaltung nach der Praxis des Bundesgerichts erlassen müssen, falls verfügungsfreies Staatshandeln in schützenswerte Rechtspositionen eingreift.<sup>129</sup> Abschliessend muss festgehalten werden, dass der je länger desto häufigere Griff zu informalem Staatshandeln nicht zu einer Aufweichung des Rechtsschutzes führen darf. Der im Zuge von Revitalisierung und „New Public Management“ propagierte „schlankere Staat“ soll nicht zu einem Rechtsschutzverlust für die Bürgerinnen und Bürger führen.<sup>130</sup>

---

## Literatur

- Frohwein Jochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996
- Giacomini Sergio, Vom „Jagdmachen auf Verfügungen“, in: ZBI 6 / 1993, S. 237 ff.
- Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983
- Häfelin Ulrich/Müller Georg, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage Zürich 1998
- Häflicher Arthur, Die EMRK und die Schweiz, Bern 1993
- Herzog Ruth, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995
- Jaag Tobias, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in: ZBI 11/1998 S. 497 ff.
- Jaag Tobias, Die Allgemeinverfügung im schweizerischen Recht, in: ZBI 1984, S. 433 ff.
- Kälin Walter, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, in: ZBI 1/1999, S. 49 ff.
- Kiss Christina, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: ZBJV 1998 S. 291/292
- Kley-Struller Andreas, Die Feststellungsverfügung – eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, in: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 229 f.
- Kley-Struller Andreas, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung „zivilrechtlicher“ Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts, in: AJP 1/94, S. 23 ff.
- Kley-Struller Andreas, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993
- Kölz Alfred, Kommentar zum VRG des Kantons Zürich, Zürich 1978
- Kölz Alfred/Häner Isabelle, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 1. Aufl., Zürich 1993
- Martin Jürg, Leitfaden für den Erlass von Verfügungen, Zürich 1996
- Merker Michael, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998
- Merkli Thomas/Aeschlimann Arthur/Herzog Ruth, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997
- Michel Matthias, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998
- Müller Markus, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 12/1995, S. 533 ff.
- Pfenninger Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Diss. Freiburg 1996
- Plattner-Steinmann Roland, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Zürich 1990

---

<sup>126</sup> Christina Kiss, S. 292

<sup>127</sup> Ständerat Wicki, in: Amtl. Bull. SR 1998, S. 257

<sup>128</sup> Kiss, S. 292

<sup>129</sup> Walter Kälin, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, Überarbeitete Fassung eines am 10. September 1998 vor der Schweizerischen Verwaltungsrichtertagung in Bern gehaltenes Referates, in: ZBI 1/1999, S. 49 ff., insbesondere S. 57 mit Hinweis auf BGE 121 I 87ff.

<sup>130</sup> Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, in: AJP/PJA 12/98, S. 1437

- Poledna Thomas, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht, in: AJP 8/98, S. 917 ff.
- Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996
- Richli Paul, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP 12/98, S. 1426 ff.
- Richli Paul, Rechtsgutachten zur Frage des Rechtsschutzes im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns, erstattet im Auftrag des Bundesamtes für Justiz am 13. Mai 1995 (mit einem rechtsvergleichenden Anhang)
- Saladin Peter, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979
- Villiger Mark E., Handbuch der EMRK, Zürich 1993
- Villiger Mark E., Probleme der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren, in: AJP 2/95, S. 163 ff.
- Weber Bernhard, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus der Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBJV 1998, S. 182 f.
- Wohlfahrt Heiner, Anforderungen der Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 98a OG an die kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze, in: AJP 11/1995, S. 1421
- Wyss Martin Philipp, Die EMRK auf dem Weg zu einer europäischen Grundrechtsverfassung, in: AJP 3/95, S. 285 ff.
- Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997