

# Handlungsformen der Behörden

(Rechtsschutzaspekte)<sup>1</sup>

Thomas Gander<sup>2</sup>

Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Luzern

## Inhaltsverzeichnis:

|      |  |    |
|------|--|----|
| 1.   | Vorbemerkungen .....   | 2  |
| 2.   | Formen des Verwaltungshandelns.....                                    | 2  |
| 2.1  | Verfügungswaises Verwaltungshandeln.....                               | 2  |
| 2.2  | Vertragliches Handeln.....   | 3  |
| 2.3  | Planen.....  | 3  |
| 2.4  | Verfügungsfreies Verwaltungshandeln.....                               | 3  |
| 3.   | Der Eingang zum Anfechtungsstreitverfahren .....                       | 4  |
| 4.   | Verfügung und Rechtsschutzinteresse.....                               | 4  |
| 5.   | Zur Struktur der Verfügung .....                                       | 5  |
| 6.   | Elemente des Verfügungsbegriffs.....                                   | 5  |
| 6.1  | Individuel-konkrete Anordnung.....                                     | 6  |
| 6.2  | Anordnung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis.....            | 6  |
| 6.3  | Das Erzeugen von Rechtswirkungen .....                                 | 6  |
| 6.4  | Organisatorische Anordnungen .....                                     | 7  |
| 7.   | Besondere Arten von Verfügungen.....                                   | 7  |
| 7.1  | Die Vollstreckungsverfügung.....                                       | 7  |
| 7.2  | Die Zwischenverfügung.....   | 8  |
| 7.3  | Die Feststellungsverfügung.....  | 9  |
| 8.   | Hinweise auf die Praxis zum luzernischen Entscheidbegriff.....         | 10 |
| 9.   | Hinweise auf die Praxis des Bundesgerichts zum Verfügungsbegriff ..... | 11 |
| 10.  | Ohne Verfügung - kein ordentlicher Beschwerdeweg? .....                | 12 |
| 11.  | Alternativen zur Anfechtung? .....                                     | 13 |
| 12.  | Lösungsansätze .....   | 14 |
| 12.1 | Das Legalitätsprinzip als Schranke.....                                | 15 |
| 12.2 | Öffentliches Interesse und Rechtssicherheit als Wegweiser .....        | 15 |
| 12.3 | Im Spannungsfeld des Gleichbehandlungsanspruchs.....                   | 16 |
| 12.4 | Pragmatismus statt Legalität? .....                                    | 16 |
| 13.1 | Rechtsschutzbedarf und EMRK.....                                       | 17 |
| 13.2 | Ein Zugang zur Beschwerde im Lichte von Art. 13 EMRK.....              | 18 |
| 14.  | Justizreform .....   | 18 |
|      | Literaturverzeichnis .....   | 21 |

<sup>1</sup> Der Aufsatz vermittelt einen Überblick über Fragen des Rechtsschutzes, die um Anfechtungsobjekte kreisen. Damit wird ein verfahrensrechtlicher Aspekt berührt, der immer wieder heikle Fragen aufwirft. Die Hinweise dienen als Grundlage für die Durchdringung von exemplarischen Problemstellungen, die im Rahmen einer Veranstaltung der Zentralschweizer Stiftung für Rechtsausbildung im Februar 2001 in Luzern zur Diskussion standen.

<sup>2</sup> Der Aufsatz gibt u.a. persönliche Auffassungen des Verfassers wieder.

## 1. Vorbemerkungen

Die Veranstaltung befasst sich mit Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungsrechts. Auch bei der Darstellung von Aspekten der Verwaltungsrechtspflege nimmt deren Gehalt in vielschichtiger Weise - mal konkreter, mal abstrakter - Gestalt an. Die konkrete Bedeutung erhalten die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit, von Treu und Glauben und der Rechtsgleichheit indes immer erst im Zusammenhang mit den besonderen Eigenschaften des Rechts- und Sachgebietes, in welchen sie zur Geltung gebracht werden sollen.<sup>3</sup>

Die folgende Darstellung vermittelt einen knappen Überblick über verschiedene Handlungsformen der Verwaltung. In der Folge wenden wir uns einlässlicher der „Verfügung“ im Rechtssinne zu, ist sie doch der zentrale Dreh- und Angelpunkt des Beschwerdeverfahrens. Eine Darstellung der Verfügung gewinnt alsdann mit der Diskussion über das facettenreiche „verfügungsfreie Staatshandeln“ Konturen. Schwerpunkt der Auslegeordnung bleibt die Rechtsfigur der „Verfügung“, so wie sie in der Verfahrensordnung gesetzlich verankert ist. Damit scheint das Legalitätsprinzip auf. Darüber hinaus gilt es weitere Prinzipien im Auge zu behalten, so das öffentliche Interesse und (zumindest ansatzweise) der Grundsatz der Rechtsgleichheit. Nicht zuletzt soll der kurze Überblick dazu dienen, die Grenzen des Rechtsschutzes in Bezug auf das verfügungsfreie Staatshandeln zu erkennen. Endlich ist auf eine nicht abgeschlossene Diskussion in der Lehre hinzuweisen, die sich mit Rechtsschutzdefiziten im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns befasst und danach fragt, wie diese gegebenenfalls aufgefangen werden können.<sup>4</sup> Abschliessend werfen wir einen Blick auf die Justizreform und stellen die Frage, ob in Bezug auf den Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln neue Akzente gesetzt werden.

## 2. Formen des Verwaltungshandeln

Die Verwaltung erfüllt vielfältigste Aufgaben. Beispielsweise erteilt sie Bewilligungen, erarbeitet Pläne, gibt Auskünfte und Zusicherungen, setzt Gebote und Verbote durch oder gibt Stellungnahmen und Empfehlungen ab. Die vielfältigen Verwaltungshandlungen werden verschiedenen Handlungsformen zugeordnet. Sie dienen der Lenkung und Leitung der Verwaltungstätigkeiten, indem sie deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen einheitlich regeln und generelle Strukturen dazu sichtbar machen.<sup>5</sup> Die Lehre unterscheidet im Wesentlichen die folgenden vier wichtigsten Handlungsformen:

1. die Verfügung;
2. der verwaltungsrechtliche Vertrag;
3. der Plan;
4. der Realakt.

### 2.1 Verfügungsweises Verwaltungshandeln

Die Verfügung ist dogmatisch am gründlichsten durchgebildet. Ihr kommt im Verfahrensrecht die herausragende Rolle zu. Wir werden diesem zentralen Handlungsinstrument besondere Beachtung schenken. So werden wir zu untersuchen haben, was unter der Verfügung im Rechtssinne zu verstehen ist. Ferner interessieren uns besondere Arten von Verfügungen. Unter dem Gesichtswinkel des Rechtsschutzes verdient die „Feststellungsverfügung“ besondere Beachtung, denn sie ist, wie darzulegen sein wird, mitunter der entscheidende „Strohalm“ für ein Anfechtungsverfahren gegen staatliches Handeln. Mit Blick auf die Eingangs erwähnten Verfassungsprinzipien mag vorab zunächst der generelle Hinweis genügen, dass die Verfügung nichts weniger als Willkürfreiheit und Rechtsgleichheit sowie ganz allgemein die Legalität des Verwaltungshandelns gewährleistet, denn sie orientiert sich wesensgemäss an einem Normenprogramm. Zudem geht sie von Verwaltungsträgern aus, so

<sup>3</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 87

<sup>4</sup> Paul Richli, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP/PJA 12/1998, S. 1426

<sup>5</sup> Hanspeter Pfenninger, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Diss. Freiburg 1996, S. 6

dass das Legalitätsprinzip mitsamt den darin eingeschlossenen Grundrechtsbindungen zum Tragen kommt.<sup>6</sup>

## 2.2 Vertragliches Handeln

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist eine Vereinbarung, die auf übereinstimmender Willenserklärung von zwei oder mehreren Rechtssubjekten beruht und die Regelung konkreter Verwaltungsrechtsverhältnisse zum Gegenstand hat.<sup>7</sup> Im Gegensatz zur Verfügung zeichnet sich diese Handlungsform durch das Merkmal der „Zweiseitigkeit“ aus. Die Regelung von Rechtsverhältnissen durch verwaltungsrechtlichen Vertrag ist zulässig, sofern sie vom Gesetz nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen ist. Ergibt die Auslegung des Gesetzes, dass die Vertragsform ausgeschlossen ist, fällt diese Handlungsform ausser Betracht. Auch bei zulässigen Motiven muss der Inhalt eines verwaltungsrechtlichen Vertrages in jedem Fall rechtmässig sein und darf nicht gegen Verfassung, Gesetz und Verordnung verstossen. Angesprochen sind in diesem Kontext insbesondere die Prinzipien der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit. Beispielsweise sind im Bereich der Sozialversicherung Vereinbarungen über die Leistungen der Versicherer unzulässig.<sup>8</sup>

## 2.3 Planen

Unter Plan versteht man die zweckgerichtete, auf Steuerung künftigen Handelns angelegte Zusammenfassung zukunftsbezogener Aussagen.<sup>9</sup> Als Rechtsinstitut hat er vor allem im Raumplanungsrecht grosse Bedeutung. Die Rechtsnatur des Planes lässt sich nicht allgemein bestimmen. Raumpläne etwa sind Zwischengebilde zwischen Rechtssatz und Verfügung.<sup>10</sup> Rahmennutzungspläne werden teils als Rechtssätze, teils als Allgemeinverfügungen betrachtet.<sup>11</sup> Die Rechtsnatur eines Planes beurteilt sich nach Massgabe des anwendbaren Spezialgesetzes. Erst wenn dieses keine Antwort bietet, hat man den Plan aufgrund der tradierten Handlungsformen einzureihen.<sup>12</sup>

## 2.4 Verfügungsfreies Verwaltungshandeln

Mit dem Begriff des Realaktes verbindet sich kein bestimmter Typus des Verwaltungshandelns. Dieser umschliesst als Sammelbezeichnung vielmehr eine Vielzahl unterschiedlichster Verwaltungsrichtungen. So ist es nicht möglich, die Funktion des Realaktes in allgemein gültiger Weise zu benennen.<sup>13</sup> Etwas ist den Realakten gemeinsam: Sie erzeugen, so vielgestaltig sie auch sind, anders als die Verfügung, keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Immerhin führen sie einen tatsächlichen Erfolg herbei. 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 an den durch menschliches Handeln herbeigeführten Erfolg.<sup>14</sup> Zu den Realakten zählt zunächst das schlichte (einfache) Verwaltungshandeln. Gemeint ist vorab die formlose vielgestaltige Tätigkeit eines Verwaltungsträgers, wie namentlich das Aktenstudium, die Durchführung von Untersuchungen, das Verfassen von Berichten und Vernehmlassungen, das Abhalten von Besprechungen, das Ausfertigen von Rechnungen, das Austragen der Post, 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>15</sup> Ferner ist an eigentliche Vollstreckungshandlungen zu denken. Dabei handelt es sich um Verwaltungsrichtungen, die der zwangsweisen Durchsetzung vorgängig verfügbarer Rechte und Pflichten dienen. Erwähnenswert ist sodann der unmittelbare Vollzug des Verwaltungsrechts. Es handelt sich dabei um

<sup>6</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 159

<sup>7</sup> Häfelin/Müller, Rz. 843

<sup>8</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 241

<sup>9</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 247

<sup>10</sup> BGE 121 II 346

<sup>11</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 23 zu § 19

<sup>12</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 248

<sup>13</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 260

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

<sup>15</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 29 zu Art. 49 mit weiteren Hinweisen

Realakte, mit denen der Verwaltungsträger ohne vorgängige Sachverfügung interveniert, um eine Konflikt- oder Gefahrensituation unverzüglich zu bereinigen.<sup>16</sup>

Ein weiterer Typus von Realakten, die hinsichtlich des Rechtsschutzes wiederholt zu Diskussionen Anlass gegeben haben, sind behördlicherseits geäußerte Warnungen und Empfehlungen, mit denen auf das Verhalten der Bevölkerung Einfluss genommen wird.<sup>17</sup> Dabei wird das erwünschte Verhalten insbesondere allein durch die Informationslage herbeigeführt und nicht etwa durch eine Beeinträchtigung der Rechtslage der Adressaten der Warnungen und Empfehlungen. Alle derartigen Handlungen begründen in der Regel keine Rechte und Pflichten der Privaten. Deshalb werden sie nicht den Verfügungen im Rechtssinne zugeordnet.<sup>18</sup> Es lässt sich aber nicht bestreiten, dass Realakte häufig erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Betroffenen haben, weshalb sich in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis stellt.<sup>19</sup> Darauf wird näher einzugehen sein.

### 3. Der Eingang zum Anfechtungsstreitverfahren

Die Verfügung ist Ausgangspunkt des Beschwerdeverfahrens.<sup>20</sup> Sie bildet den eigentlichen Angelpunkt zwischen dem nichtstreitigen und dem streitigen Verwaltungsverfahren.<sup>21</sup> Sie ist das Anfechtungsobjekt und damit eine zentrale Sachurteilsvoraussetzung. Fehlt die Verfügung, bedeutet dies gleichzeitig den Ausschluss der in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen gewährleisteten Beteiligungsrechte.<sup>22</sup> Die Verfügung bestimmt zugleich den Rahmen und die Begrenzung des Streitgegenstandes.<sup>23</sup> Sie ist gleichsam das „Scharnier“ zwischen materiellem Verwaltungsrecht und dem Verwaltungsverfahrensrecht.<sup>24</sup> Im Folgenden sind die Elemente des Verfügungsbegriffs darzustellen. Wir beschränken uns dabei zunächst auf Art. 5 VwVG.<sup>25</sup> Alsdann wird zur Illustration die Praxis zum - im Gehalt identischen - „Entscheid“ nach dem luzernischen § 4 VRG<sup>26</sup> wiedergegeben.

### 4. Verfügung und Rechtsschutzinteresse

Ein Teil der Lehre erachtet es in Zweifelsfällen als sachgerecht, das Bejahen oder Verneinen des Verfügungscharakters einer Verwaltungshandlung von den Rechtsschutzinteressen der betroffenen Personen abhängig zu machen.<sup>27</sup> Ein Teil der Lehre lehnt diesen Standpunkt ab. Nach dieser Auffassung ist es nicht zulässig, beim Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses ohne Weiteres auf das Vorliegen einer Verfügung zu schliessen.<sup>28</sup> Der Begriff der Verfügung weist nun zweifellos Berührungspunkte zum Erfordernis der Beschwerdebefugnis auf. Die geltende Rechtslage (im Bund wie auch etwa im Kanton Luzern), welche die Verfügung als Sachurteilsvoraussetzung für ein Anfechtungsstreitverfahren voraussetzt, verbietet jedoch eine „Gleichsetzung“ von Rechtsschutzinteressen und Anfechtungsobjekt. So sind, was hervorzuheben ist, beide Eintretensvoraussetzungen - trotz gewisser

<sup>16</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 261 mit Hinweisen auf folgende Beispiele: Abschleppen eines falsch parkierten Autos, Einziehen von gesundheitsgefährdenden Gegenständen, Ergreifen von Sicherungsvorkehrungen nach einem Ölunfall.

<sup>17</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in ZBI 99 [1998], S. 508, mit Hinweis auf Patrick Nützi, Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information, Diss. Bern 1995, S. 50 ff., 204 ff.

<sup>18</sup> Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 96 [1995], S. 533 ff.

<sup>19</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in ZBI 99 [1998], S. 508/509

<sup>20</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in: ZBI 99 [1998], S. 507 mit weiteren Hinweisen

<sup>21</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 8 zu §§ 4 - 31

<sup>22</sup> Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürcher Habil., Zürich 2000, Rz. 181, S. 105

<sup>23</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 966, S. 186; ferner: Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998, Rz. 3 zu § 38; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 2 zu Art. 49; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 45

<sup>24</sup> Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 128

<sup>25</sup> Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.020)

<sup>26</sup> Luzerner Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (SRL Nr. 40)

<sup>27</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 2 zu Art. 49; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 136

<sup>28</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 167

Parallelen - grundsätzlich auseinander zu halten.<sup>29</sup> Wenn die Voraussetzungen zur Rechtsmittellegitimation erfüllt sind, indes kein genügendes Anfechtungsobjekt vorliegt, bleibt der Rechtsschutz also prinzipiell versagt.<sup>30</sup> Diesem „Dilemma“ werden wir besondere Aufmerksamkeit zu widmen haben. Zuvor gilt unser Interesse der Struktur der Verfügung im Einzelnen.

## 5. Zur Struktur der Verfügung

Der Rechtsschutz in der Bundesrechtspflege knüpft, wie erwähnt, an die Verfügung an, wie sie in Art. 5 VwVG verankert ist.<sup>31</sup> Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre sind bemüht, den Verfügungsbegriff mit all seinen Facetten so differenziert wie möglich darzustellen.<sup>32</sup> Es ist allerdings vor auszuschicken, dass es eine „richtige“ und „endgültige“ Definition der Verfügung wohl nicht gibt, zumal diese Wandlungen im Rechtsschutzverständnis unterworfen ist.<sup>33</sup> Angesichts der Vielfalt der staatlichen Handlungsformen kann eine Definition ohnehin nur bedingt gelingen.<sup>34</sup> Ausgangspunkt für die Erfassung des Verfügungsbegriffs sind immerhin 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>35</sup>

Sämtliche Begriffsmerkmale müssen als erfüllt gelten, wenn einer behördlichen Anordnung Verfügungscharakter zuerkannt und ihre Anfechtung ermöglicht werden soll.<sup>36</sup> Diese Umschreibung des Verfügungsbegriffs findet sich wiederholt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>37</sup>

## 6. Elemente des Verfügungsbegriffs

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass gegebenenfalls auch ein Privater einen Hoheitsakt erlassen kann, der Verfügungsqualität aufweist, vorausgesetzt, der Private ist mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet.<sup>38</sup> Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 1 VwVG hinzuweisen. Wie die Anordnung 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>39</sup>

### 6.1 Individuell-konkrete Anordnung

Die Anordnung hat individuell-konkret zu sein. Individuell bedeutet, dass sich die Verfügung an einen oder an eine beschränkte Zahl objektiv bestimmbarer Adressaten richtet. Mit konkret sind der Einzel-

<sup>29</sup> illustrativ: BVR 2000, S. 529 ff.

<sup>30</sup> Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürcher Habil., Zürich 2000, Rz. 183, S. 106

<sup>31</sup> statt vieler: Kölz/Häner, Rz. 482 ff. und 892

<sup>32</sup> vgl. zum Ganzen: Häfelin/Müller, insbes. S. 175 ff.

<sup>33</sup> Michael Merker, Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht, in: Helbling/Poledna, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 470

<sup>34</sup> Tomas Poledna, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, in: AJP 8/1998, S. 918

<sup>35</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 976

<sup>36</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog Rz. 8 zu Art. 49

<sup>37</sup> z.B. BGE 121 II 477 Erw. 2a; 121 I 174 Erw. 2a; 122 I 331 Erw. 1a; ferner: Häfelin/Müller, Rz. 686, S. 175; Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 12 zu §§ 4 - 31; Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürcher Habil., Zürich 2000, Rz. 182, S. 105

<sup>38</sup> Rhinow/Koller/Kiss, N 977

<sup>39</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 8 zu Art. 49 mit Hinweis auf BGE 117 V 188

fall oder die bestimmbare Zahl von Einzelfällen gemeint.<sup>40</sup> Die Verfügung erfasst somit ein einmaliges, auf einen ganz bestimmten Sachverhalt bezogenes Rechtsverhältnis. Als konkret erweist sich eine Anordnung, die dermassen spezifiziert und typisiert ist, dass sie sich unmittelbar vollziehen lässt. Die unmittelbare Vollziehbarkeit ist damit das entscheidende Kriterium dafür, ob ein individueller Akt genügend konkret ist, um als Verfügung zu gelten.<sup>41</sup>

## 6.2 Anordnung gegenüber einem unbestimmten Adressatenkreis

Regelt ein Verwaltungsakt konkret 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 Konkretheit des Regelungsobjekts mit den Verfügungen. Typische Beispiele für Allgemeinverfügungen sind Verkehrsanordnungen und Tarife. Hinsichtlich des generellen Charakters stimmen sie mit den Rechtssätzen überein. In Bezug auf die Konkretheit 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>42</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>43</sup>

## 6.3 Das Erzeugen von Rechtswirkungen

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>44</sup> Mit andern Worten gehören also behördliche Anordnungen ohne individuelle Rechtswirkungen nicht zu den Verfügungen. Dazu zählen, wie bereits erwähnt, das Abfassen von Berichten, Vernehmlassungen und Expertisen oder das Leisten guter Dienste.<sup>45</sup> Ferner gehören die reinen Tathandlungen nicht zu den Verfügungen, selbst wenn sie Einfluss auf die Rechtsstellung von Betroffenen haben können.<sup>46</sup> Realakte der Verwaltung wie Auskünfte, Empfehlungen, Ankündigungen, Vollzugshandlungen sind nicht auf einen Rechtserfolg ausgerichtet, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg. Daran ändert nichts, dass Realakte unter Umständen Rechtsfolgen zeitigen können.

Hingegen kann etwa ein Verweis, eine Verwarnung oder eine Androhung von Massnahmen eine Verfügung sein, wenn sie die Vorstufe zu einer möglichen schärferen Massnahme bildet und dadurch die aktuelle Rechtsstellung des Privaten bereits verschlechtert.<sup>47</sup> Die teils subtile Rechtsprechung zur Frage der Anfechtbarkeit von derartigen behördlichen Äusserungen illustriert das Strukturelement der Rechtswirkung trefflich. So ist die Anfechtbarkeit derartiger Äusserungen zu bejahen, wenn es sich bei einer Ermahnung oder Verwarnung um eine eigentliche Disziplinar-massnahme handelt.<sup>48</sup> In einem Fall hat das Bundesgericht erwogen, massgebend sei, ob der Ermahnung (bzw. dem Verweis oder der Belehrung) ein Sanktionscharakter zukomme. Dies trifft zu, wenn sie den Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens in sich schliesst, der betroffenen Person nahelegt, dieses in Zukunft zu unterlassen und objektiv eine Massregelung darstellt. Von Bedeutung ist ferner, inwiefern sich die früher verhängte Massnahme bei der Beurteilung in einem allfällig später eingeleiteten Disziplinarverfahren auswirken kann. Gestützt auf diese Kriterien hat das Bundesgericht erwogen, die Ermahnung stelle dann keine Verfügung dar, wenn sie ohne förmliches Disziplinarverfahren und ohne Androhung einer Suspendie-

<sup>40</sup> Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998, Rz. 12 zu § 38

<sup>41</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 16 zu §§ 4 - 31

<sup>42</sup> Häfelin/Müller, Rz. 739

<sup>43</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 45 zu Art. 49 mit Hinweisen

<sup>44</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 1225; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998, Rz. 13 zu § 38

<sup>45</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 28 zu Art. 49 mit Hinweisen auf die Praxis

<sup>46</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 29 zu Art. 49; Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 1225 am Schluss; ferner: Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 96 [1995], S. 549

<sup>47</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 163 mit Verweisen auf BGE 103 Ib 350 und 114 Ib 190

<sup>48</sup> BGE 125 121 Erw. 2a

rung im Wiederholungsfall ausgesprochen werde. Schliesslich ist bei der rechtlichen Qualifikation einer Ermahnung oder Verwarnung wesentlich, ob die Berechtigung der behördlichen Äusserung später noch überprüft werden kann.<sup>49</sup> Schliesslich ist an dieser Stelle auch auf die luzernische Rechtsprechung hinzuweisen: Nach der Rechtsprechung des Luzerner Regierungsrates soll die „Rüge“ gemäss § 64 Abs. 2 des luzernischen Personalgesetzes keine Disziplinar massnahme und daher unanfechtbar sein.<sup>50</sup>

#### 6.4 Organisatorische Anordnungen

Auch organisatorische Anordnungen oder Dienstanweisungen sind wie Verfügungen einseitig verbindlich, regeln einen Einzelfall und mögen sich auf öffentliches Recht stützen. Der Unterschied zur Verfügung liegt in der Qualität der bewirkten Rechtsbindungen. Organisatorische Anordnungen, die nur im innerbetrieblichen Verhältnis zu beachten sind, haben keine Verfügungsqualität.<sup>51</sup> Auch Verwaltungsverordnungen (generelle Dienstanweisungen) sind keine Verfügungen.<sup>52</sup>

### 7. Besondere Arten von Verfügungen

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>53</sup>

Eine einlässliche Darstellung der aufgelisteten Verfügungsarten sprengt den Rahmen dieser kurzen Auslegeordnung. Immerhin sind hinsichtlich der Vollstreckungsverfügungen und den Zwischenentscheiden bedeutsame Hinweise angezeigt.

#### 7.1 Die Vollstreckungsverfügung

Die Vollstreckungsverfügung bildet das Kernstück der Vollstreckung. Wie der Name sagt, führen Vollstreckungsverfügungen rechtsverbindliche und rechtskräftige Verfügungen aus.<sup>54</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 grundsätzlich nur noch die Rechtmässigkeit der Vollstreckungsmassnahme, nicht mehr dagegen die Rechtmässigkeit der Sachverfügung.<sup>55</sup> 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>56</sup>

<sup>49</sup> illustrativ: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30.5.2000, in: BVR 2000 S. 529 ff.

<sup>50</sup> LGVE 1995 III Nr. 7

<sup>51</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 268; vgl. dazu ferner: Peter Hänni, Rechtsschutz gegen kantonale Entscheide, in: Helbling/Poledna, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 564 mit Hinweisen; Michael Merker: Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht, in: Helbling/Poledna, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 471

<sup>52</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 16 zu §§ 4 - 31

<sup>53</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 1232

<sup>54</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 983

<sup>55</sup> statt vieler: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern i.S. B. vom 24.2.1999

<sup>56</sup> Zimmerli/Kälin/Kiener, S. 47 mit Hinweis auf BGE 118 Ia 209 Erw. 2b

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>57</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>58</sup> Immerhin bleibt anzumerken, dass die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Vollstreckungsverfügungen nicht zulässig ist.<sup>59</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>60</sup>

## 7.2 Die Zwischenverfügung

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>61</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>62</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>63</sup> Ein tatsächlicher Nachteil genügt.<sup>64</sup> Es gibt keine einfache, allgemeingültige Umschreibung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Massgebendes hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>65</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>66</sup> Liegt kein nicht wieder gutzumachender Nachteil vor, ist die Zwischenverfügung nur zusammen mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid anfechtbar.

Die selbständige Weiterziehbarkeit einer Zwischenverfügung begründet indes in der Regel keine prozessuale Obliegenheit des Betroffenen, zur Vermeidung einer Verwirklichungsfolge von dem Rechtsmittel Gebrauch zu machen. Zwischenentscheide erwachsen nicht in materielle Rechtskraft und können grundsätzlich noch zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden.<sup>67</sup> Anders verhält es sich, wenn der Betroffene nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet war, die ihm zustehenden Rügen in einem möglichst frühen Stadium des Verfahrens geltend zu machen, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden, wie insbesondere bei Rügen betreffend die gehörige Zusammensetzung der Behörde oder die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Behörde.<sup>68</sup> Generell ist an dieser Stelle anzumerken, dass es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zulässig ist, formelle Rügen, welche in einem frühen Stadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang noch später vorzubringen.<sup>69</sup>

In der Regel werden die Kosten für eine Zwischenverfügung mit der Hauptsache verlegt.<sup>70</sup> Typische Zwischenverfügungen sind etwa die Anordnung bzw. formelle Nichtanordnung vorsorglicher Massnahmen, die Verpflichtung zur Entrichtung eines Kostenvorschusses, die selbständige Ablehnung

<sup>57</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 10 zu Art. 116

<sup>58</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 984

<sup>59</sup> Art. 101 lit. c OG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 11 zu Art. 116

<sup>60</sup> BGE 121 IV 347 f.; BGE 121 II 448

<sup>61</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 981; Kölz/Häner, Rz. 511

<sup>62</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz 3 zu Art. 61

<sup>63</sup> Art. 45 Abs. 1 VwVG

<sup>64</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 4 zu Art. 61

<sup>65</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 5 zu Art. 61 am Schluss

<sup>66</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 4 zu Art. 61

<sup>67</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 47 zu § 19

<sup>68</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 47 zu § 19 mit Hinweis auf: BGE 119 Ia 228, 116 Ia 389, 105 Ia 313

<sup>69</sup> statt vieler: BGE 121 I 38; Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 390

<sup>70</sup> Michael Merker, Rz. 57 zu § 38

eines Beweisantrages, die Verneinung eines Ausstandsgrundes, die Anordnung oder Verweigerung einer Sistierung.<sup>71</sup>

### 7.3 Die Feststellungsverfügung

Bevor auf Lücken im Rechtsschutzsystem näher eingegangen wird, soll an dieser Stelle auch noch auf eine weitere bedeutsame Verfügungsart hingewiesen werden: die Feststellungsverfügung. Im Bundesrecht wird 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 Amtes 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>72</sup> So gesehen bietet die Feststellungsverfügung für die Betroffenen eine „Rechtswohltat“. Sie liefert eine Grundlage für Dispositionen und als verfahrensökonomisches Instrument nimmt sie nicht nur der Verwaltung, sondern insbesondere den Rechtsunterworfenen verfahrensrechtliche Lasten und Prozessrisiken ab. Die förmlich getroffene Feststellung wird nach Eintritt der formellen Rechtskraft gegenüber den Behörden und gegenüber Dritten, die am Verfahren beteiligt worden sind, verbindlich.<sup>73</sup> Die Feststellungsverfügung ändert indes nichts an der bestehenden Rechtslage.<sup>74</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. Nach der Praxis des Bundesgerichts kann insbesondere ohne Weiteres eine Feststellungsverfügung verlangt werden, wenn gleichzeitig eine Grundrechtsbetroffenheit in Frage steht.<sup>75</sup> Die Praxis betont sodann stets auch die subsidiäre Natur des Feststellungsanspruchs. Danach ist der Erlass von Feststellungsverfügungen zulässig, wenn ein schutzwürdiges, rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung vorhanden ist, keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen und wenn dieses schutzwürdige Interesse nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann.<sup>76</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>77</sup> Die Subsidiarität darf im Gegensatz zum Feststellungsbegehren im Zivilprozess aber dennoch nicht in einem generellen Sinn verstanden werden. Vielmehr muss eine Feststellungsverfügung angebeehrt 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>78</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 blosser Tatsachen.<sup>79</sup> Insbesondere darf

<sup>71</sup> Michael Merker, Rz. 53 zu § 38

<sup>72</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>73</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 58 zu § 19

<sup>74</sup> Häfelin/Müller, Rz. 714

<sup>75</sup> Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürcher Habil, Zürich 2000, Rz. 195 mit Hinweis auf BGE 121 I 91

<sup>76</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 1188 mit Hinweisen auf VPB 1993 Nr. 19 und BGE 122 V 30 Erw. 2b; illustrativ: Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission vom 7.5.1997, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.45: = [www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/62/62.45.html](http://www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/62/62.45.html)

<sup>77</sup> BGE 114 V 203

<sup>78</sup> Kölz/Häner, Rz. 208

<sup>79</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 1189; Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 171

das Institut der Feststellungsverfügung nicht dazu verwendet werden, auf indirektem Weg die abstrakte Normenkontrolle herbeizuführen.<sup>80</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 der Parteiqualität im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 6 VwVG. Folgerichtig wird die Parteifähigkeit gemäss Art. 6 VwVG am schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 48 lit. a VwVG gemessen.<sup>81</sup> Das schutzwürdige Interesse ist mit anderen Worten identisch mit der gleichlautenden Formulierung der Beschwerdebefugnis.<sup>82</sup> Andererseits darf nicht überall dann und dort eine anfechtbare Verfügung (auch nicht eine Feststellungsverfügung) angenommen werden, wo ein Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung einer Verwaltungshandlung oder -Verwaltungsäusserung anerkannt werden könnte, denn die Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG kann letztlich immer nur eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG sein.<sup>83</sup> Ob die Feststellungsverfügung geeignet ist, gegebenenfalls Lücken des Verwaltungsrechtsschutzes zu schliessen, wird noch zu überlegen sein.<sup>84</sup>

### 8. Hinweise auf die Praxis zum luzernischen Entscheidbegriff

Nach dem VRG sind Entscheide rechtsgestaltende oder feststellende Anordnungen, womit die Behörde die im materiellen Verwaltungsrecht generell und abstrakt geordneten Pflichten, Rechte und Vergünstigungen im konkreten Einzelfall mit hoheitlicher Wirkung zur Geltung bringt.<sup>85</sup> Art. 5 VwVG diene der Definition des Entscheids gemäss § 4 VRG als Vorbild.<sup>86</sup> Insofern kann auf die Ausführungen zum bundesrechtlichen Verfügungsbegriff verwiesen werden.<sup>87</sup> Auf eine Besonderheit muss indes hingewiesen werden. Diese hängt mit der im VRG gegenüber dem noch geltenden 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>88</sup> Weitergehende Bestimmungen über die Rechtsmittelbefugnis bleiben vorbehalten.<sup>89</sup> Diese Konzeption hat namentlich beim Erlass von Feststellungsverfügungen Auswirkungen, zumal diese selbstverständlich ein schutzwürdiges Interesse voraussetzen<sup>90</sup> und dieses – nach Massgabe der luzernischen Rechtspflegeordnung und der darauf gestützten Praxis – wiederum ein „Betroffensein in der Rechtsstellung“ voraussetzt.<sup>91</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>92</sup> Weitere Hinweise zur kantonalen Rechtslage erübrigen sich in diesem Zusammenhang. Anzumerken bleibt, dass der Rechtsschutz auch in den übrigen Kantonen

<sup>80</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 61 zu § 19

<sup>81</sup> Andreas Kley-Struller, Die Feststellungsverfügung, a.a.O., S. 243; BGE 120 II 180: Als Partei im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren ist zugelassen, wer in einer beachtenswerten, nahen Beziehung zum Bewilligungsverfahren steht. Blosser 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 Popularbeschwerde kaum möglich ist.

<sup>82</sup> Michael Merker, Rz. 27 zu § 38; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 21 zu Art. 49 mit zahlreichen weiteren Hinweisen

<sup>83</sup> so: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 62.45: [www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/62/62.45.html](http://www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/62/62.45.html)

<sup>84</sup> Andreas Kley-Struller, Die Feststellungsverfügung, a.a.O., S. 246

<sup>85</sup> Botschaft des Regierungsrates zum VRG vom 15. März 1971, N 134

<sup>86</sup> LGVE 1994 II Nr. 20 Erw. 3b/aa, ferner: LGVE 1982 II Nr. 32 Erw. 2a

<sup>87</sup> vgl. statt vieler: LGVE 1984 II Nr. 42

<sup>88</sup> vgl. Art. 33 Abs. 3 RPG; dazu: BGE 118 Ib 397 Erw. 3c

<sup>89</sup> § 129 Abs. 2 VRG

<sup>90</sup> § 44 Abs. 1 VRG

<sup>91</sup> LGVE 1995 II Nr. 38

<sup>92</sup> LGVE 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.

grundsätzlich wie jener des Bundes am Verfügungsbegriff anknüpft.<sup>93</sup> Nachfolgend soll zur Illustration des luzernischen Entscheidungsbegriffs 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
- Zur richterlichen Überprüfung einer Feststellungsverfügung der SUVA: LGVE 1977 II Nr. 37
- Schutzwürdiges Feststellungsinteresse einer Stiftung in Bezug auf die Frage der Steuerbefreiung: LGVE 1981 II Nr. 5
- Zum Begriff der (feststellenden) Verwaltungsverfügung. Abgrenzung der Feststellungsverfügung zu andern Verwaltungshandlungen: LGVE 1994 II Nr. 20
- 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>94</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
- Die Wochenstundentafel, die u.a. die Anzahl der Lektionen im Fach Turnen und Sport enthält, kann als Allgemeinverfügung - gleich wie eine Verfügung - insoweit angefochten werden, als glaubhaft dargetan wird, dass ein gesetzlich eingeräumtes Recht beeinträchtigt wird: LGVE 1998 II Nr. 55
- Der Entscheid einer Korporationsgemeinde über ein Gesuch um Zuteilung von Pachtland stellt eine anfechtbare Verfügung dar: LGVE 1998 III Nr. 11
- Eine Beanstandung einer Lebensmittelprobe, welche keine Massnahmen zur Folge hat, stellt keine anfechtbare Verfügung dar: LGVE 1999 II Nr. 49
- Formelle und materielle Anforderungen, die ein personalrechtlicher Entscheid über eine Auflösung eines öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnisses zu genügen hat: LGVE 1999 II Nr. 3
- Im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens ist der Zuschlag durch eine anfechtbare Verfügung den betroffenen Anbietern zu eröffnen: LGVE 1999 II Nr. 16
- Bei der Vergabe von Werbeflächen auf VBL-Bussen handelt die Stadt Luzern nicht verfügungsweise: Urteil des Verwaltungsgerichts i.S. P. vom 14.8.2000

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

Als anfechtbare Verfügungen qualifizierte das Bundesgericht etwa die folgenden Handlungen der Verwaltung:<sup>95</sup>

- Die Androhung der Bankenkommission, im Falle der Nichtbefolgung von erteilten Weisungen riskiere die Gesellschaft den Entzug der Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle.<sup>96</sup>
- Beschluss der SBB, in einem Bahnhof einen Gewerbebetrieb (Bahnhofapotheke) zu schaffen.<sup>97</sup>

<sup>93</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 [nachfolgend zit.: Rechtsgutachten]

<sup>94</sup> zum Rechtsschutz im Bereich des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses: Mattias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, insbes. S. 325 ff.; vgl. ferner das illustrative Urteil des Berner Verwaltungsgerichts vom 30.5.2000, in: BVR 2000, S. 529 ff.

<sup>95</sup> vgl. die Übersicht bei Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, in: AJP/ 12/1998, S. 1429

<sup>96</sup> BGE 103 Ib 352

- Eine Absichtserklärung des Bundesamtes für Polizeiwesen gegenüber einer Firma über eine künftige Bewilligungspraxis.<sup>98</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>99</sup>

Nicht als anfechtbare Verfügung betrachtete das Bundesgericht demgegenüber:

- Die Umbenennung sowie die Aufhebung einer Poststelle.<sup>100</sup>
- Die Empfehlungen der Schweizerischen Kartellkommission.<sup>101</sup>
- Die Stellungnahme des Eidg. Departements des Innern gegenüber einer kantonalen Bewilligungsbehörde mit Bezug auf eine Rodungsbewilligung für die Errichtung eines Wasserkraftwerkes.<sup>102</sup>

### 10. Ohne Verfügung – kein ordentlicher Beschwerdeweg?

Wie bereits festgehalten, verlangen die streng nach dem Legalitätsprinzip ausgerichteten massgeblichen Verwaltungsverfahrensdordnungen für die Öffnung eines ordentlichen Beschwerdeweges das Vorliegen einer Verfügung. Anfechtungsobjekt und damit Einfallstor und Beschränkung des Beschwerdeverfahrens bildet also die Verfügung.<sup>103</sup> Daraus ist zu folgern, dass das sogenannte „verfügungsfreie“ Handeln des Staates diesem ordentlichen Rechtsschutz weitgehend entzogen ist.<sup>104</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 - da und dort nicht unbestritten gebliebene - Neigung, in gewissen Fällen entweder den Verfügungsbegriff ausdehnend zu interpretieren oder verfügungsfreies Verwaltungshandeln dem Verfügungshandeln gleichzustellen.<sup>105</sup> Ein Teil der Lehre steht dieser Entwicklung eher ablehnend gegenüber. Ihres Erachtens diene der Verwaltungsrechtsschutz vorab der verbindlichen Entscheidung über Rechte und Pflichten im Einzelfall und solle nicht zu einem Instrument der „popularen Verwaltungskontrolle“ verkommen.<sup>106</sup> Auf der andern Seite sind in der Literatur Stimmen laut geworden, die sich gegen eine - nach ihrem Dafürhalten - verengte Rechtsschutzoptik stellen.<sup>107</sup> In dieser Hinsicht 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 Handlungsformen sich die öffentliche Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben bediene.<sup>108</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>109</sup> Ungeachtet der Diskussion besteht, soweit ersichtlich, weitgehend Einigkeit darüber, dass es Realakte gibt, welche zweifelsfrei 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>110</sup>

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

<sup>98</sup> BGE 114 Ib 191 Erw. 1a

<sup>99</sup> BGE 117 Ib 444

<sup>100</sup> BGE 109 Ib 256

<sup>101</sup> BGE 117 Ib 484 Erw. 4, 113 Ib 95 Erw. aa

<sup>102</sup> BGE 116 Ib 261 Erw. 1

<sup>103</sup> vgl. Ziff. 1 hievov.

<sup>104</sup> Michael Merker, Rz. 72 zu § 38

<sup>105</sup> Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, in: AJP 12/1998, S. 1428

<sup>106</sup> Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 167

<sup>107</sup> vgl. Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 96 [1995], S. 533 ff.

<sup>108</sup> Michael Merker, Rz. 73 zu § 38 mit Hinweis auf Paul Richli, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, in: AJP 1992, S. 197 ff.

<sup>109</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>110</sup> Paul Richli [zit. Rechtsgutachten 1995] erwähnt 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,

## 11. Alternativen zur Anfechtung?

Vorderhand sind in Bezug auf das Anfechtungsstreitverfahren nach dem Gesagten - wie immer man auch dazu stehen mag - gewisse Rechtsschutzdefizite zu diagnostizieren. Es fragt sich, ob es neben dem Beschwerdeverfahren andere Rechtsschutzmöglichkeiten gibt, die hier Abhilfe schaffen könnten. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an die verwaltungsgerichtliche Klage. In der öffentlichen Rechtspflege hat die Klage allerdings nur untergeordnete Bedeutung.<sup>111</sup> Sie ist auf den Rechtsstreit zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten vor einer unabhängigen Instanz zugeschnitten. Ferner ist sie unzulässig, wenn nach der Rechtsordnung eine Verwaltungsbehörde oder ein anderes Gericht zuständig ist, über die Sache zu entscheiden (vgl. § 163 VRG/LU).<sup>112</sup> Die verwaltungsgerichtliche Klage ist nur vorgesehen für Fälle, in welchen ein Entscheid durch Verfügung aus sachlichen Gründen nicht in Frage kommt, wie etwa bei Vertragsverhältnissen.<sup>113</sup> Dies ist generell dann der Fall, wenn sich etwa ein Gemeinwesen und ein Individuum - der Sache bzw. der betreffenden Regelung nach - als gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüberstehen. Dasselbe gilt für Streitigkeiten zwischen gleichgeordneten Subjekten des öffentlichen Rechts, z.B. Gemeinden.<sup>114</sup>

Beim Klageverfahren geht 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>115</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 gesehen schliessen sich Beschwerde- und Klageverfahren gegenseitig aus.<sup>116</sup> Beispielsweise kann der Klageweg nicht beschritten werden, wenn eine Gebühr mittels Verfügung eingefordert werden kann.<sup>117</sup> Ferner ist zu prüfen, ob die massgebliche Verfahrensordnung die verwaltungsgerichtliche Klage nur für besondere Streitsachen zulässt.<sup>118</sup> Wie bereits erwähnt, kommen verwaltungsgerichtliche Klagen 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>119</sup> Die Ausführungen zeigen, dass die verwaltungsgerichtliche 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>120</sup> Entscheide über Aufsichtsanzeigen oder Aufsichtsbeschwerden regeln aber kein Verhältnis zwischen Privaten und Gemeinwesen. Deshalb kommt den Entscheiden über Aufsichtsbeschwerden keine Verfügungsqualität

---

Anweisungen der Verkehrspolizei, der Feuer- oder Ölwehreinsatz und das Abschleppen eines vorschriftswidrig parkierten PWs (S. 19/20). Weitere Beispiele ohne Verfügungsqualität: 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 blosser 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, Rz. 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>111</sup> vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 1 zu Art. 87

<sup>112</sup> zur Subsidiarität der verwaltungsgerichtlichen Klage: LGVE 1992 II Nr. 8 Erw. 1b

<sup>113</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in: ZBI 99 [1998], S. 503

<sup>114</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 81 - 86, Rz. 3

<sup>115</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 591

<sup>116</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 81 - 86, Rz. 3

<sup>117</sup> LGVE 1988 II Nr. 31

<sup>118</sup> vgl. die Aufzählung in § 162 lit. a - e des Luzerner VRG

<sup>119</sup> LGVE 1977 II Nr. 49

<sup>120</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 7 zu Art. 101 mit zahlreichen Hinweisen

zu.<sup>121</sup> Gegen einen Entscheid der Aufsichtsbehörde, einer Anzeige keine Folge zu geben, kann daher kein ordentliches Rechtsmittel ergriffen werden.<sup>122</sup>

## 12. Lösungsansätze

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 gegebenenfalls als zu wenig zweckmässig erwiesen. Es lässt sich nicht bestreiten, dass insbesondere auch verfügungsfreies Verwaltungshandeln gegebenenfalls Betroffene empfindlich treffen kann, was unter Umständen ernst zu nehmende Rechtsschutzbedürfnisse wecken kann.

Zur Bewältigung des Problems bieten sich vier Lösungsansätze an:

1. Als erstes sei die Erweiterung des Verfügungsbegriffs durch Auslegung erwähnt. Damit lässt sich dem Rechtsschutzinteresse Privater eher Rechnung tragen.
2. 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.<sup>123</sup>
3. Als dritte Möglichkeit wird die Schaffung neuer Anfechtungsobjekte in einem Spezialerlass vorgeschlagen.<sup>124</sup>
4. Schliesslich wird als vierte Möglichkeit die Frage aufgeworfen, ob auf das Erfordernis eines bestimmten Anfechtungsgegenstandes nicht gänzlich verzichtet werden sollte.<sup>125</sup>

In der Lehre werden verschiedene Lösungsansätze diskutiert. Eine umfassende Darlegung der verschiedenen Standpunkte würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Immerhin soll hier einige Stimmen aus der Lehre wiedergegeben werden. Es scheint, dass im Wesentlichen zwei Ansätze für eine Ausweitung des Rechtsschutzes diskutiert werden: Eine Gruppe spricht sich für die Ausdehnung des Verfügungsbegriffs aus.<sup>126</sup> Die zweite Gruppe propagiert (jedenfalls teilweise) eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auf verfügungsfreies Staatshandeln.<sup>127</sup> Paul Richli erwähnt in seinem bereits zitierten Gutachten die bereichsspezifische Regelung in den einschlägigen Gesetzen.<sup>128</sup> In einem neueren Aufsatz zur Thematik (1998) vertritt er den Standpunkt, 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 ihm wenig sinnvoll. Zudem wohnt dieser Methode das Risiko der Lückenhaftigkeit inne. 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>129</sup>

Tobias Jaag äusserte sich in seinem Festvortrag „Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel“ anlässlich der Jubiläumsfeier „25 Jahre Verwaltungsgericht Luzern“ vom 27. Mai 1998 u.a. ebenfalls

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

<sup>122</sup> vgl. § 151 Abs. 1 lit. i des Luzerner VRG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 13 zu Art. 101

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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.

zum Ganzen: Zimmerli/Kälin/Kiener, S. 51

<sup>125</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten, S. 23 mit Hinweisen

<sup>126</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten, S. 23 mit Hinweisen u.a. auf Paul Richli, Regelungsdefizit, S. 200 f.; Ders., Votum am Schweizerischen Juristentag 1993, ZSR 1993 II S. 828; Sergio Giacomini, Vom „Jagdmachen auf Verfügungen“, in: ZBl 94 [1993], S. 237 ff., insbes. S. 248; vgl. ferner: Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, S. 57 ff.

<sup>127</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten, S. 23

<sup>128</sup> Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, in: AJP 12/1998, S. 1437

zu den erwähnten aktuellen Problemen und Entwicklungstendenzen und hielt dazu fest, 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>130</sup>

Auch Isabelle Häner diagnostiziert, dass die Fokussierung des Verfahrensrechts auf den eng verstandenen Verfügungsbegriff bei genauerem Hinsehen für die Beteiligungsrechte „befremdliche Konsequenzen habe. So führe etwa der eng umschriebene Verfügungsbegriff dazu, dass die verfahrensrechtliche Anerkennung der Multipolarität des Verwaltungshandelns ausgeschlossen werde. Letztlich sei es Sache des Gesetzgebers, welcher der Verwaltung auch für Fälle ausserhalb der herkömmlichen Verfügung eine allgemeine Pflicht zum Erlass anfechtbarer Entscheidungen aufzuerlegen habe, wenn ein genügendes Rechtsschutzinteresse der betroffenen Person vorliege.“<sup>131</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“.

### 12.1 Das Legalitätsprinzip als Schranke

Falls der Rechtsschutz zu verfügbarem 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>132</sup>

### 12.2 Öffentliches Interesse und Rechtssicherheit als Wegweiser

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>133</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>134</sup> bauenden Rechtspflege zu dienen. Falls der Rechtsschutz zum verfügbarem Staatshandeln hin ausgeweitet werden soll, muss dem Rechtssicherheitsgebot also besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

<sup>130</sup> Tobias Jaag, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, überarbeitete Fassung des Festvortrages anlässlich der Jubiläumsfeier „25 Jahre Verwaltungsgericht Luzern“ vom 27. Mai 1998, in: ZBI 99 [1998], insbesondere S. 508/509 mit Hinweisen

<sup>131</sup> Isabelle Häner, die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürcher Habil, Zürich 2000, Rz. 183, S. 106 sowie die Thesen, S. 499 ff., insbes. Ziffern 17 f., S. 503/504

<sup>132</sup> Sergio Giacomini, S. 246 ff.

<sup>133</sup> Kölz/Häner, Rz. 10

<sup>134</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 30 der Einleitungen

Analoges kann im Übrigen hinsichtlich des Grundsatzes der Gleichbehandlung angemerkt werden. Die wiedergegebenen Überlegungen lassen erkennen, dass eine Ausdehnung des Rechtsschutzes - wenn überhaupt - prinzipiell auf dem Wege einer möglichst „griffigen“ Gesetzgebung vorangetrieben werden müsste.<sup>135</sup>

### 12.3 Im Spannungsfeld des Gleichbehandlungsanspruchs

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. Paul 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 heikel, rechtsschutzbedürftige“ Konstellationen auszumachen, gehen doch die Auffassungen über die Grenzen des Rechtsschutzes - je nach Sichtweise - nicht selten auseinander. Es bleibt anzumerken, dass sich die Praxis ab und zu pragmatischen Notlösungen bedient, um einem erkannten Rechtsschutzanspruch im konkreten Fall genügen zu können. Es ist aufgezeigt worden, dass dieser Ansatz auf Dauer nicht die Lösung für das Rechtsschutzdilemma sein kann, denn er strapaziert den im Verfahrensrecht hochzuhaltenden Gleichbehandlungsanspruch über Gebühr. Gefordert ist, wie bereits mehrfach erwähnt, der Gesetzgeber.

### 12.4 Pragmatismus statt Legalität?

In dem bereits zitierten Gutachten zum Rechtsschutz im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns verweist Paul Richli auf den berühmt gewordenen „Kruzifix-Entscheid“ des Bundesgerichts.<sup>136</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>137</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>138</sup> In solchen Fällen geht das Bundesgericht sozusagen von einer „Fiktion“ der Verfügung aus.<sup>139</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>140</sup> Die Weigerung ficht er gegebenenfalls mittels einer Rechtsverweigerungsbeschwerde an. Über die Chancen ist damit allerdings noch nichts ausgesagt.<sup>141</sup>

Gegebenenfalls versucht ein Betroffener eine Feststellungsverfügung zu verlangen.<sup>142</sup> In einer Streit-sache, welche vom Bundesrecht beherrscht wird, hat der Betroffene zumindest ein tatsächlich ge-

<sup>135</sup> so Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürcher Habil, Zürich 2000, These Ziffer 18, S. 504

<sup>136</sup> ZBI 92 [1991], S. 70 ff.

<sup>137</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>138</sup> Hanspeter Pfenninger, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Diss. Freiburg 1996, S. 157 mit Hinweisen auf Lehre und Praxis

<sup>139</sup> Hanspeter Pfenninger, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Diss. Freiburg 1996, S. 157 mit Hinweisen auf Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 130 und Kölz/Häner, S. 63

<sup>140</sup> vgl. dazu: Sergio Giacomini, Vom Jagdmachen auf Verfügungen, in: ZBI 94 [1993], S. 237 - 250

<sup>141</sup> Michael Merker, Rz. 80 zu § 38

<sup>142</sup> vgl. zur neueren 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

geschütztes Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung darzutun.<sup>143</sup> In einem Verfahren, welches vom kantonalen Recht beherrscht wird, ist eine unmittelbare Beeinträchtigung „in der Rechtsstellung“ vorausgesetzt.<sup>144</sup> Jedenfalls entspricht dies nach wie vor der luzernischen Verfahrensordnung.

### 13.1 Rechtsschutzbedarf und EMRK<sup>145</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>146</sup> Folglich richtet sich auch die Frage nach dem Rechtsschutz nicht ausschliesslich nach Massgabe der kantonalen oder der bundesrechtlichen Verwaltungspflegeordnungen. Vielmehr sind auch die EMRK und die sich darauf stützende Praxis der Strassburger Organe jeweils mit zu berücksichtigen.<sup>147</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>148</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>149</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>150</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>151</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>152</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 gericht-

<sup>143</sup> Ziff. 7 hievov

<sup>144</sup> Ziff. 8 hievov

<sup>145</sup> Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)

<sup>146</sup> Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 69

<sup>147</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Rz. 9 ff. zu Art. 1; Kölz/Häner, Rz. 20 - 22; Kölz/Bosshart/Röhl, Rz. 22 zu § 4; vgl. ferner LGVE 1993 II Nr. 43 und LGVE 1993 III Nr. 24

<sup>148</sup> vgl. aus der umfangreichen Spezialliteratur: 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 1/1994, 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 2/1995, 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>149</sup> Art. 35 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>150</sup> Frohwein/Peukert, Kommentar zur EMRK, 2. Aufl. 1996, Rz. 1 zu Art. 26 mit Verweisen; Mark E. Villiger, Handbuch der EMRK, 2. Aufl. Zürich 1999, Rz. 111 f. zu § 7; ferner: Yvo Hangartner, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, in: AJP 1/1994 S. 3

<sup>151</sup> Andreas Kley-Struller, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1996, Rz. 6 zu § 24, S. 349

<sup>152</sup> vgl. Mark E. Villiger, Handbuch der EMRK, Rz. 119 zu § 7

liche Durchsetzung ausgeschlossen ist.<sup>153</sup> Andererseits ist festzuhalten, dass das Rechtsschutzsystem der Konvention nicht auf die Verfügung als die massgebliche staatliche Handlungsform hin konzipiert ist.

Paul Richli hält in seinem bereits mehrfach zitierten Gutachten 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. 35 (früher: Art. 26 alt EMRK). Damit solle der Rechtsschutz geöffnet werden, wenn die behauptete Verletzung von EMRK-Rechten die unmittelbare Folge der Gesetzgebung oder von administrativem Handeln ist.<sup>154</sup>

### 13.2 Ein Zugang zur Beschwerde im Lichte von Art. 13 EMRK<sup>155</sup>

Art. 13 EMRK ist laut vielfach geäussert Ansicht eine der unklarsten Bestimmungen der Konvention.<sup>156</sup> Sie wirft komplexe Auslegungsfragen auf.<sup>157</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>158</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 weisungsungebunden sein.<sup>159</sup> Die Beschwerde ist wirksam, wenn die Beschwerdeinstanz im Falle einer Konventionsverletzung insbesondere einen Hoheitsakt aufheben kann.<sup>160</sup> Nach der Praxis der Konventionsorgane fallen grundsätzlich sämtliche Akte von Regierung, Verwaltung und Justiz in den Geltungsbereich von Art. 13 EMRK.<sup>161</sup> Umstritten ist, ob eine Beschwerdemöglichkeit auch gegen Erlasse bestehen muss. Die Strassburger Organe haben dies bisher verneint.<sup>162</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. Greift Art. 13 EMRK, müssen die Behörden gegebenenfalls also von einer erweiterten Auslegung des Verfügungsbegriffs ausgehen. Mithin sind diesfalls gegenüber den Betroffenen sämtliche prozessualen Rechte für ein Anfechtungsstreitverfahren zu gewährleisten.<sup>163</sup> Im Lichte dieser Überlegung erscheint das schweizerische Rechtsschutzsystem in den Bereichen, in denen keine förmlichen Verfügungen ergehen, diesbezüglich als mangelhaft.<sup>164</sup>

## 14. Justizreform

In den letzten Jahren ist der Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung vorangekommen. Es kann in diesem Zusammenhang insbesondere an die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) hingewiesen werden, mit welcher der Bundesgesetzgeber über Art. 98a OG bekanntlich einen markanten Einfluss auf die Ausweitung der Zuständigkeit der kantonalen Ver-

<sup>153</sup> Mark E. Villiger, Handbuch der EMRK, Rz. 379 zu § 18; Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 87f.

<sup>154</sup> Paul Richli, Rechtsgutachten, S. 17 mit Hinweisen

<sup>155</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>156</sup> Yvo Hangartner, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, in: AJP 1/1994, S. 3 ff. mit Hinweisen; Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 96 [1995], S. 542

<sup>157</sup> vgl. Mark E. Villiger, Rz. 647

<sup>158</sup> Yvo Hangartner, AJP 1/1994, S. 4

<sup>159</sup> Rhinow/Koller/Kiss, N 216; BGE 121 I 90, BGE 118 Ib 283 ff. Erw. 5

<sup>160</sup> Frowein/Peukert, N 3 zu Art. 13

<sup>161</sup> Markus Müller, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 96 [1995], S. 543

<sup>162</sup> Rhinow/Koller/Kiss, N 218

<sup>163</sup> Isabelle Häner, die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürcher Habil, Zürich 2000, Rz 199, S. 115 mit Hinweisen

<sup>164</sup> Yvo Hangartner, AJP 1/1994, S. 6 unten

waltungsgerichte ausgeübt hat.<sup>165</sup> Ferner hat in letzter Zeit etwa die Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK in vielfältiger Weise die Ausweitung des gerichtlichen Rechtsschutzes befördert.<sup>166</sup>

Weitere Schritte folgen. Die Stimmberechtigten haben am 12. März 2000 in der eidgenössischen Abstimmung der Justizreform zugestimmt. Damit wird in Art. 29a BV die Rechtsweggarantie eingeführt. Mit Rechtsschutzgarantie wird der Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz durch staatliche Instanzen bezeichnet, unter Rechtsweggarantie ist der Anspruch auf Zugang zu einem unabhängigen Gericht zu verstehen.<sup>167</sup> Die neuen Verfassungsbestimmungen der Justizreform stehen zur Zeit<sup>168</sup> noch nicht in Kraft. Dennoch muss an dieser Stelle darauf kurz eingegangen werden.

Art. 29a BV räumt jeder Person das Recht ein, Rechtsstreitigkeiten durch eine gerichtliche Behörde beurteilen zu lassen. Damit verbessert sich der Rechtsschutz des Individuums insofern, als bei „Rechtsstreitigkeiten“ generell ein gerichtlicher Rechtsschutz, d.h. ein von der Verwaltung unabhängiger Rechtsschutz, zur Verfügung stehen soll.<sup>169</sup> Weiter bestimmt Art. 191b BV, dass die Kantone richterliche Behörden für die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten zu bestellen haben. Damit wird die Pflicht zur Einrichtung einer richterlichen Vorinstanz auch für Bereiche statuiert, in denen die Anwendung von kantonalem Recht zur Diskussion steht. Für die Kantone zeitigt dies Folgen. Sie haben damit eine grundsätzlich flächendeckende Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Verfügung zu stellen. An dieser Stelle bleibt anzumerken, dass sich der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Streitsachen nicht mehr halten lassen wird, in denen es um Sachgebiete mit grossem Ermessensspielraum der Verwaltung geht. Nimmt man in Bezug auf die Rechtsweggarantie die Tragweite von Art. 6 EMRK zum Vorbild, muss m.E. weiter darauf hingewiesen werden, dass dem Gericht alsdann wohl auch die Befugnis zukommt, in der Sache selbst bindend zu entscheiden. Dem Erfordernis des „bindenden“ Entscheides dürften ausser reformatorischen Entscheiden gegebenenfalls auch Rückweisungen an die Vorinstanz zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen des Gerichts genügen. Massgebend ist die Wirksamkeit der Beschwerde.<sup>170</sup>

Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit dürften sich lediglich noch auf wenige Ausnahmen konzentrieren.<sup>171</sup> So kommt der Ausschluss der richterlichen Beurteilung nur in Frage, wenn spezifische Gründe dafür vorliegen. Als Stichwort mag die sogenannte „mangelnde Justiziabilität“ erwähnt werden. Was damit gemeint ist, bedarf der Klärung. Damit sind laut Botschaft des Bundesrates zur Reform der Bundesverfassung vom 20. November 1996<sup>172</sup> Regierungsakte gemeint, bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen, die einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sind. Wohl dürften nicht viele Handlungen übrig bleiben, welche der Gerichtsbarkeit entzogen werden können.<sup>173</sup>

Selbstverständlich darf der kantonale Gesetzgeber keine Ausnahme von der Rechtsweggarantie vorsehen, in Streitigkeiten, für welche Artikel 6 Ziffer 1 EMRK einen Gerichtszugang verlangt, da sonst das Bundesgericht die in Art. 6 Ziffer 1 EMRK gewährleistete Garantie einer gerichtlichen Überprüfung bei voller Rechts- und Sachverhaltskontrolle erfüllen müsste. Dies kann nicht angehen, denn die Kantone haben selbst das konventionskonforme Gericht zur Verfügung zu stellen.

Weiter gilt es, die „Rechtsweggarantie“ auf ihren Inhalt hin zu beleuchten.<sup>174</sup> In einem ersten Entwurf für ein Bundesgerichtsgesetz (E-BBG) wird dazu in Art. 78 Abs. 2 festgehalten, dass die Kantone als

<sup>165</sup> Art. 98a OG. Seit 15.2.1997 ist selbst in Kantonen ohne entsprechende Regelungen das Verwaltungsgericht verpflichtet, Verfügungen zu überprüfen, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und nicht in einem der Negativkataloge gemäss Art. 99-101 OG aufgeführt sind. BGE 123 II 231 ff.; ferner LGVE 1999 II Nr. 7 Erw. 1a/bb am Schluss

<sup>166</sup> Kölz/Häner, Rz. 42 ff.

<sup>167</sup> Kölz/Häner, Rz. 122 ff.

<sup>168</sup> [Die Rechtslage konnte bis 1.2.2001 beachtet werden; bis zu diesem Zeitpunkt lag die Botschaft zum Gesetzesentwurf für ein neues Bundesgerichtsgesetz nicht vor.]

<sup>169</sup> René Rhinow, Die Bundesverfassung, Eine Einführung, Basel 2000, S. 192 ff.

<sup>170</sup> vgl. Kölz/Häner, Rz. 123

<sup>171</sup> Isabelle Häner, Rechtsschutz der Verwaltung, in Materialien zur Zürcher Verfassungsreform, Grundrechte und Rechtsschutz, Zürich 2000, S. 28

<sup>172</sup> BBl 1997 I S. 524

<sup>173</sup> Isabelle Häner, Rechtsschutz der Verwaltung, in Materialien zur Zürcher Verfassungsreform, Grundrechte und Rechtsschutz, Zürich 2000, S. 22

<sup>174</sup> vgl. dazu: 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. sowie Christina Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege – eine Entgegnung zum Diskussionsbeitrag von Bernhard Weber, in: ZBJV 134/1998, S. 288

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 weist auf die Rechtsordnung hin, welche festlegt, unter welchen Voraussetzungen eine Streitigkeit rechtlich ausgetragen werden kann und wann nicht. Die Beratungen zur neuen Bundesverfassung haben Klarheit darüber geschaffen, was die Eidgenössischen Räte unter dem Begriff der „Rechtsstreitigkeit“ verstehen. So ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Rechtsweggarantie nie die Absicht bestand, den gerichtlichen Rechtsschutz gegen jegliches faktisches Verwaltungshandeln zu postulieren.<sup>175</sup> Der Berichtersteller der vorberatenden Kommission im Ständerat erklärte, es bleibe namentlich zulässig, als Anfechtungsobjekt einen Entscheid der Behörde vorzusetzen.<sup>176</sup> In der Beratung zum Verfassungsentwurf wurde weiter deutlich, dass Realakte, die nicht gesetzliche Rechte und Pflichten betreffen, nicht anfechtbar sein sollen. Es ist (im Sinne einer vorläufigen Bestandesaufnahme) mithin davon auszugehen, dass die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV nach dem Willen des Verfassungsgebers (aber auch der Lehre) das Verfahren - soweit ersichtlich - nicht auf tatsächliches Verwaltungshandeln ausweitet.<sup>177</sup> Wer Abweichendes postuliert, übergeht die Materialien und überdehnt wohl Wesen und Dynamik, welche in der Rechtsweggarantie stecken.

Jedoch kann, wie die vorstehenden Hinweise gezeigt haben, im konkreten Fall dennoch ein berechtigtes Bedürfnis nach gerichtlichem Rechtsschutz im Zusammenhang mit Realakten bestehen.<sup>178</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>179</sup> Abschliessend ist festzuhalten, 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>180</sup> Gefordert ist nach wie vor in erster Linie der Gesetzgeber, der in Bezug auf die zu regelnden Materien die Fundamente für einen hinreichenden Rechtsschutz und die formellen Rahmenbedingungen hiezu legen muss. Eine derartige Vorgehensweise schafft zudem die gebotene Rechtssicherheit in Bezug auf den Rechtsschutz, dem hohe Bedeutung beigemessen wird. Denn es soll voraussehbar sein, welche Behörde über welche Zuständigkeiten verfügt, für welche Aufgaben sie verantwortlich sind und wie die Entscheidungsprozesse, Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren ablaufen. Solches muss auf Gesetzesstufe hinreichend detailliert geregelt werden.<sup>181</sup>

---

<sup>175</sup> Christina Kiss, S. 292

<sup>176</sup> Ständerat Wicki, in: amtl. Bull. SR 1998, S. 257

<sup>177</sup> Isabelle Häner, Rechtsschutz der Verwaltung, in: Materialien zur Zürcher Verfassungsreform, Grundrechte und Rechtsschutz, Zürich 2000, S. 29; Walter Kälin, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, in: ZBI 100 [1999], S. 57

<sup>178</sup> Christina Kiss, in: ZBJV 1998, S. 292

<sup>179</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 100 [1999], S. 49 ff., insbesondere S. 57 mit Hinweis auf BGE 121 I 87ff.

<sup>180</sup> Paul Richli, Rechtsschutz gegen verfügsfreies Staatshandeln, in: AJP/PJA 12/98, S. 1437

<sup>181</sup> vgl. Patrick Maier, New Public Management in der Justiz, Bern 1999, S. 50

**Literatur**

- Frohwein Jochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996 [zit.: Frowein/Peukert]
- Giacomini Sergio, Vom „Jagdmachen auf Verfügungen“, in: ZBI 94 [1993], S. 237 ff.
- Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983
- Häfelin Ulrich/Müller Georg, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998
- Häfliger Arthur, Die EMRK und die Schweiz, Bern 1993
- Häner Isabelle, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Habil. Zürich 2000
- Häner Isabelle, Rechtsschutz der Verwaltung, in Materialien zur Zürcher Verfassungsreform, Grundrechte und Rechtsschutz, Zürich 2000
- Herzog Ruth, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995
- Jaag Tobias, Kantonale Verwaltungsrechtspflege im Wandel, in: ZBI 99 [1998] S. 497 ff.
- Jaag Tobias, Die Allgemeinverfügung im schweizerischen Recht, in: ZBI 85 [1984], S. 433 ff.
- Kälin Walter, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, in: ZBI 100 [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. [zit.: Die Feststellungsverfügung]
- Kley-Struller Andreas, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung „zivilrechtlicher“ Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts, in: AJP 1/1994, S. 23 ff.
- Kley-Struller Andreas, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993
- Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999 [zit.: Kölz/Bosshart/Röhl]
- Kölz Alfred/Häner Isabelle, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998 [zit.: Kölz/Häner]
- 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 [zit.: Merkli/Aeschlimann/Herzog]
- Michel Matthias, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998
- Müller Markus, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, in: ZBI 96 [1995], S. 533 ff.
- Müller Patrick, New Public Management in der Justiz, Bern 1999
- Pfenninger Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Diss. Freiburg 1996
- Plattner-Steinmann Roland, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Zürich 1990
- Poledna Thomas, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht, in: AJP 8/1998, S. 917 ff.
- Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996 [zit.: Rhinow/Koller/Kiss]
- Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel 2000
- 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) [zit.: Richli, Rechtsgutachten]
- Saladin Peter, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979
- Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000 [zit.: Tschannen/Zimmerli/Kiener]
- Villiger Mark E., Handbuch der EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999
- Villiger Mark E., Probleme der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren, in: AJP 2/1995, 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 3/1995, S. 285 ff.
- Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997 [zit.: Zimmerli/Kälin/Kiener]