

UNIVERSITÄT
LUZERN



9. September 2021

PROF. DR. BERNHARD RÜTSCHÉ

**VERWALTUNGSRICHTERINNEN-
TAGUNG**

**ANSPRUCH AUF EIN
(VORGÄNGIGES)
VERWALTUNGSVERFAHREN**

ST. GALLEN

9./10. SEPTEMBER 2021

ÜBERSICHT

1. Fragestellungen
2. Klare Fälle
3. Grenzfälle (I-III)
4. Anspruch auf
Verwaltungsverfahren (I-IV)
5. Anspruch auf vorgängiges
Verwaltungsverfahren (I-II)
6. Ergebnis

FRAGESTELLUNGEN

1. Anspruch auf ein Verwaltungsverfahren

Wann haben Privatpersonen Anspruch darauf, dass die Behörde über ihr Handeln in einem Verwaltungsverfahren entscheidet?

- **Art. 29 Abs. 2 BV:** Wann haben Privatpersonen in Bezug auf Verwaltungshandeln Anspruch auf **rechtliches Gehör**?
- **Art. 5, 25 und 25a VwVG:** Wann muss Verwaltungshandeln zum Gegenstand einer **Verfügung** gemacht werden?
- **Art. 29a BV, Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK:** Wann besteht gegenüber Verwaltungshandeln (gerichtlicher) **Rechtsschutz**?

2. Anspruch auf ein vorgängiges Verwaltungsverfahren

Wann haben Privatpersonen Anspruch darauf, dass die Behörde ein Verwaltungsverfahren durchführt, bevor sie tatsächlich handelt?

- **Art. 29 Abs. 2 BV:** Recht auf **vorgängige Anhörung**
- **Art. 29a BV, Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK:** Recht auf **wirksamen Rechtsschutz**

KLARE FÄLLE

Das Verwaltungshandeln bezweckt, **im Gesetz verankerte Rechte oder Pflichten von Privatpersonen im Einzelfall festzulegen.**

→ Rechte und Pflichten von Individuen sowie deren Voraussetzungen sind **spezifisch im Gesetz geregelt** (Konditionalschema).

Typische Beispiele

- Erteilung von Bewilligungen, Konzessionen, Subventionen
- Einbürgerungen
- Auferlegung von öffentlichen Abgaben (Steuern, Kausalabgaben)
- Erlass von Verwaltungsmassnahmen oder Verwaltungssanktionen

GRENZFÄLLE (I)

Das Verwaltungshandeln bezweckt, **öffentliche Interessen zu verwirklichen**, hat aber im Einzelfall zugleich **Nebenwirkungen** auf Privatpersonen.

Typische Beispiele

- **Verwaltungsorganisatorische Anordnungen**

Die **Aufhebung oder Umbenennung einer Poststelle**, die **Verlegung einer Hochschulabteilung** oder die **Aufhebung der Frauenabteilung** einer Strafanstalt sind keine Verfügungen (BGE 109 Ib 253 E. 1b, 143 I 336 E. 4.2).

Personen sind durch die **Aufhebung einer Kehrrichtsammelstelle** in ihren Rechten und Pflichten berührt und haben damit Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz nach Art. 29a BV, wenn die Aufhebung der Sammelstelle die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung zur Ablieferung der Siedlungsabfälle (Art. 31b Abs. 3 USG) erheblich erschwert (BGE 143 I 336 E. 4.4).

- **Allgemeine Verkehrsanordnungen**

Das **Fahr- und Reitverbot** an der Töss ist eine (Allgemein-)Verfügung (BGE 101 Ia 73 E. 3 und 4).

Die **Einrichtung von Tempo-30-Zonen** hat in Bezug auf Autofahrer, welche die betroffene Strasse regelmässig benützen, Verfügungscharakter (BGE 136 II 539 E. 1.1).

GRENZFÄLLE (I)

Typische Beispiele

- **Beaufsichtigung und Betrieb von Infrastrukturen**

Personen, die in der Nähe eines Kernkraftwerks wohnen (in casu innerhalb der Notfallplanungszonen 1 und 2 um das KKW Mühleberg), können gestützt auf Art. 25a VwVG von der Aufsichtsbehörde (ENSI) verlangen, dass diese über die **Durchführung einer Sicherheitsüberprüfung** in Form einer Verfügung entscheidet (BGE 140 II 315 E. 4 und 5).

Die mit den **Flugbewegungen der FA-18- und Tiger-Kampfbjets** einhergehenden Lärm- und Schadstoffimmissionen berühren zumindest die in der Umgebung des Flugplatzes Meiringen ansässigen Bewohner in schutzwürdigen Interessen im Sinne von Art. 25a VwVG (BGer 1C_455/2011, E. 4).

- **Staatliche Informationen**

Die **Kampagne «LOVE LIFE – bereue nichts»** ist ein Realakt (amtliche Warnung und Empfehlung) im Sinne von Art. 25a VwVG, berührt aber Kinder und Jugendliche nicht in ihrem Recht auf besonderes Schutz nach Art. 11 Abs. 1 BV (BGE 144 II 233 E. 8).

Fraglich ist, ob betroffene Fleischproduzenten Anspruch auf ein Verwaltungsverfahren haben, wenn das Amt für Verbraucherschutz und Veterinärwesen die **mangelhafte Qualität von St. Galler Bratwürsten** feststellt und dies der Öffentlichkeit bekannt macht (Schindler/Kneer 2020, Rz. 23).

GRENZFÄLLE (II)

Das Verwaltungshandeln bezweckt, das Verhalten von Privatpersonen zu steuern, kann sich dabei aber nur auf **allgemeine gesetzliche Zuständigkeits- und Aufgabennormen** abstützen.

→ Rechte und Pflichten von Individuen sowie deren Voraussetzungen sind **nicht spezifisch im Gesetz geregelt**.

Typische Beispiele

- **Dienstanweisungen (Dienstbefehle)**

Bewirkt eine **Versetzung**, dass das neue Pflichtenheft einen völlig anderen Inhalt hat und entspricht die neue Funktion weder den Fähigkeiten noch den Erfahrungen des Mitarbeiters, muss ein Verfahren auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung durchgeführt werden (BGE 136 I 232 E. 4.5-4.7).

Eine **Personalbeurteilung** (BVGer A-4699/2015, E. 4), die Pflicht zur **Teilnahme an einem Teamworkshop** (BVGer A-699/2015, E. 5.1.2) sowie die **Zielvereinbarung** mit einem Arbeitnehmer (BVGer A-5189/2019, E. 6.3.2) sind blosser Dienstanweisungen ohne Verfügungscharakter und verlangen kein (nachträgliches) Verwaltungsverfahren.

Mit einer **Mahnung** wird der Arbeitnehmer gerügt und vor einer Sanktion bei weiteren gleichartigen Pflichtverletzungen gewarnt. Ihr fehlt der Verfügungscharakter, während eine **Verwarnung** bzw. ein Verweis eine Disziplinarsanktion darstellt, die in einem Verwaltungsverfahren zu verfügen ist (BVGer A-5189/2019, E. 6.6).

GRENZFÄLLE (II)

Typische Beispiele

- **Schulorganisatorische Anordnungen**

Prüfungsergebnisse, die promotions- oder prädikatsrelevant sind, stellen anfechtbare Verfügungen dar (BGE 128 I 288; 136 I 229).

Die **Streichung von Sportlektionen** ist geeignet, Rechte und Pflichten der beschwerdeführenden Schüler zu berühren (BGer 2C_272/2012, E. 4.4).

Zuweisungen von Schülern in eine Sonderschule (BGE 130 I 352), zu einem Schulhaus in einer anderen als der gewünschten Sprache (BGE 122 I 236) sowie zu einem anderen Schulhaus, wenn dadurch der Schulweg bedeutend verlängert oder sonst wie erschwert wird (BGE 133 I 156; BGer 2P.324/2001, E. 3.4), haben Verfügungscharakter.

- **Vollzugshandlungen**

Ein Journalist wird bei seiner Anreise zum WEF in Davos **von der Polizei angehalten, kontrolliert und an der Weiterfahrt gehindert** sowie zur Rückkehr nach Klosters aufgefordert (BGE 130 I 369, E. 6: Anspruch auf Rechtsschutz gegenüber den Realakten gestützt auf Art. 13 EMRK).

Die **Liefersperre von Elektrizität** gegenüber einem Vermieter wegen Nichtbezahlens von Rechnungen aufseiten der Industriellen Werke Basel muss in Form einer Verfügung ergehen (BGE 137 I 120 E. 5.6).

GRENZFÄLLE (III)

Das Verwaltungshandeln bezweckt, das Vorliegen rechtlicher oder tatsächlicher **Voraussetzungen für eine (spätere) Anordnung von Rechten und Pflichten abzuklären.**

Typische Beispiele

- **Vorverfahren**

Das **Melde- und Widerspruchsverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG** (Befreiung von Sanktion bei Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung) ist ein kartellrechtliches Sonderverfahren, das zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führt. Es soll den Betroffenen vielmehr als Vorverfahren sui generis in Konkretisierung der offen formulierten Gesetzesgrundlage eine Einschätzung der Zulässigkeit der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung erlauben (BGE 135 II 60 E. 2-3.2).

Der im Kanton Basel-Stadt vorgesehene **baurechtliche Vorentscheid** («Der Waldabstandsunterschreitung auf 12.00m bei Haus Nr. 27 kann zugestimmt werden.») ist eine Feststellungsverfügung, die dazu dient, eine Verteuerung oder Verlängerung des Bewilligungsverfahrens zu verhindern sowie Rechtssicherheit und Transparenz sowohl für die Bauwilligen als auch für mögliche Drittbetroffene zu gewährleisten (BGE 135 II 30 E. 1.3.5).

GRENZFÄLLE (III)

Typische Beispiele

- **Vorabklärungen**

Die allgemeine **Aufsichtstätigkeit der FINMA** ist grundsätzlich kein Verwaltungsverfahren (BGer 2C_1097/2014, E. 3.2). Erst wenn die FINMA auf Hinweise eines nicht rechtskonformen Verhaltens eines Finanzinstituts stösst, welche weiter überprüft werden müssen und die, sofern sie sich erhärten sollten, Erlass einer aufsichtsrechtlichen Verfügung erwarten lassen, besteht für die Betroffenen Anspruch auf Durchführung eines Verwaltungsverfahrens (BGer, 2C_352/2016, E. 1.2.3).

Ein **HTA-Bericht des BAG** dient einzig der Beantwortung von wissenschaftlichen Fragestellungen und berührt (noch) keine Rechte und Pflichten Dritter; dessen Ergebnisse bilden eine Entscheidungsgrundlage und damit eine Vorstufe zu einem möglichem späteren Verwaltungsverfahren betreffend Limitation oder Streichung eines Arzneimittels von der Spezialitätenliste (BGE 146 V 38 E. 7).

Verständigungen zwischen Steuerbehörden und Steuerpflichtigen über den steuerrechtlich relevanten Sachverhalt (**Steuerruling**) sind keine Verfügungen, sondern ein Anwendungsfall des allgemeinen Vertrauensschutzes (BVGE 2008/51, E. 2; BGE 141 I 161 E. 3.1).

Privatpersonen haben gestützt auf Art. 13 EMRK einen Anspruch auf Rechtsschutz gegenüber geheimen Massnahmen der **Funk- und Kabelaufklärung des NDB**, da eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass ihre Daten betroffen werden (BGer 1C_377/2019, E. 7-8).

ANSPRUCH AUF VERWALTUNGSVERFAHREN (I)

Zweck des Verwaltungshandelns

Ein Rechtsverhältnis (Rechtsakt) liegt vor, wenn die Behörde mit ihrer Handlung gegenüber einem aussenstehenden Rechtssubjekt **unmittelbar einen Rechtserfolg anstrebt**.

Tatsächliches Handeln (Realakt) liegt vor, wenn die Handlung der Behörde bloss zur Bewirkung eines Taterfolgs bestimmt ist, d.h. **auf unmittelbare Gestaltung der Faktenlage zielt**.

(Tschannen/Zimmerli/Müller, § 28 Rz. 25; BGE 144 II 233 E. 4.1; BVGer A-5189/2019, E. 6.3.2)

→ Kriterium: **Zweck, Handlungsziel, Absicht** der Behörde (teleologische Definition)

Kritik

- **Unvollständigkeit**

Alle Fälle, in denen die Gerichtspraxis allein aufgrund der **Auswirkungen organisatorischer Anordnungen auf Privatpersonen** ein Rechtsverhältnis bejaht, sind nicht erfasst. Die Behörde strebt in diesen Fällen gegenüber aussenstehenden Rechtssubjekten nicht unmittelbar einen Rechtserfolg an, sondern bezweckt die Verwirklichung öffentlicher Interessen.

- **Unklarheit**

Welches sind die **objektiven Kriterien**, nach denen bestimmt werden kann, ob die Behörden unmittelbar einen Rechtserfolg anstrebt? (Tautologischer Charakter der Definition)

ANSPRUCH AUF VERWALTUNGSVERFAHREN (II)

Justiziabilität von Verwaltungshandeln

Rechtsverhältnisse zeichnen sich dadurch aus, «dass Rechte oder Pflichten von Einzelpersonen vom Verfassungs-, Gesetz- oder Verordnungsgeber **hinreichend präzise umschrieben** werden, sodass diese von einer Verwaltungsbehörde im Einzelfall konkretisiert und einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können.» (Wiederkehr/Egli 2021, S. 14)

→ Kriterium: **Bestimmtheit (Justiziabilität)** der gesetzlichen Grundlage (formale Definition)

Kritik

- **Unvollständigkeit**

Alle Fälle, in denen die Gerichtspraxis Rechtsverhältnisse bejaht, die sich nur auf **allgemeine gesetzliche Zuständigkeits- und Aufgabennormen** – und nicht auf spezifische Regelungen individueller Rechten und Pflichten – abstützen, sind nicht erfasst.

- **Rechtsstaatliche Problematik**

Die Verfahrensrechte, namentlich das **rechtliche Gehör** (Art. 29 Abs. 2 BV) und der **gerichtliche Rechtsschutz** (Art. 29a BV), setzen ein Rechtsverhältnis voraus. Die Verfahrensrechte würden entsprechend nicht greifen, wenn eine Behörde ohne hinreichende gesetzliche Grundlage in Grundrechte oder andere schützenswerte Rechtspositionen von Einzelnen eingreift!

ANSPRUCH AUF VERWALTUNGSVERFAHREN (III)

Auswirkungen von Verwaltungshandeln

Rechtsverhältnisse werden durch behördliche Anordnungen (= Willenserklärungen) begründet, die sich **auf schutzwürdige Interessen von Individuen auswirken** – unabhängig davon, ob diese Auswirkungen von der Behörde angestrebt werden (Handlungsziel) oder nur eine in Kauf genommene Nebenfolge darstellen. (Kiener/Rütsche/Kuhn 2021, Rz. 359 f.)

→ Kriterium: nicht Zweck/Handlungsziel/Absicht oder Justiziabilität, sondern **Auswirkungen auf schutzwürdige Interessen** (konsequenzialistische Definition)

Schutzwürdige Interessen

Allgemein: Interessen, die wegen ihres Gewichts von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt sind

- von **Verfassung** (namentlich Grundrechte) und **Gesetzen** geschützte Interessen
- Interessen, die aufgrund **richterlicher Wertentscheidungen** im Kontext der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt werden, wie z.B.

Gefahrenfreier und unbeschwerlicher Weg zur Grundschule: Konkretisierung von Art. 19 BV

Schutz vor Gefahren der Kernenergie: Konkretisierung von Vorsorgeprinzip (Art. 4 KEG) und Art. 10 BV

Nähe zu Kehrrichtsammelstelle: Konkretisierung der Abfallentsorgungspflicht nach Art. 31b Abs. 3 USG

Ungehinderte Benützung von Stassen für die regelmässige Durchfahrt

ANSPRUCH AUF VERWALTUNGSVERFAHREN (III)

Begründung

- **Praxiskonformität**

Gerichtspraxis wird vollständig abgebildet, insbesondere auch jene Fälle, in denen organisatorische Anordnungen aufgrund ihrer **(von der Behörde nicht angestrebten) Nebenwirkungen** auf Privatpersonen Rechtsverhältnisse begründen.

- **Rechtsstaatliche Gründe**

Die Geltung der Verfahrensrechte muss sich an den Auswirkungen behördlichen Handelns auf die Interessen von Einzelnen und damit an deren **Betroffenheit** orientieren – nicht am Handlungsziel der Behörde oder der Justiziabilität der Rechtsgrundlage.

Eingrenzung

- Rechtsverhältnisse, die in einem Verwaltungsverfahren begründet und verfügt werden, dürfen nicht weiter gefasst sein als die Rechtsschutzvoraussetzungen, d.h. die **Beschwerdelegitimation**. Ansonsten resultieren Verfügungen ohne Rechtsschutz.

→ **Besondere Betroffenheit** in schutzwürdigen Interessen (keine Popularverfügungen)

→ Bei Vorabklärungen: **schutzwürdiges Feststellungsinteresse**, d.h. konkrete Gefahr nicht wieder gutzumachender Nachteile (Art. 25 VwVG)

ANSPRUCH AUF VERWALTUNGSVERFAHREN (IV)

Zwischenergebnis

Prämissen

- Im öffentlichen Recht werden die **Verfahrensrechte**, namentlich das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und der gerichtliche Rechtsschutz gegenüber Verwaltungshandeln (Art. 29a BV), in **Verwaltungsverfahren** verwirklicht (vorbehalten bleiben Vertragsverhältnisse und entsprechende Klageverfahren).
- Die Geltung der Verfahrensrechte setzt ein **Rechtsverhältnis** voraus.
- Rechtsverhältnisse werden durch behördliche Anordnungen (= Willenserklärungen) begründet, die **Individuen in schutzwürdigen Interessen besonders berühren**.

Schlussfolgerung

Aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29a BV hat jede Person, die durch das Verwaltungshandeln einer Behörde in schutzwürdigen Interessen besonders berührt ist, einen **Anspruch auf Durchführung eines Verwaltungsverfahrens**.

ANSPRUCH AUF VORGÄNGIGES VERWALTUNGSVERFAHREN (I)

Verwirklichung Verfahrensrechte

Anspruch auf vorgängiges
Verwaltungsverfahren:

- Recht auf **vorgängige Anhörung** (Art. 29 Abs. 2 BV)
- Recht auf **wirksamen Rechtsschutz** (Art. 29a BV) wird vereitelt, wenn Verwaltungshandeln bereits irreversible tatsächliche Folgen nach sich bezogen hat. Behörde muss daher ein Verwaltungsverfahren durchführen, bevor sie handelt.



Verwirklichung öffentlicher Interessen

Verwaltungsverfahren benötigen **Zeit**.
Gewährung des rechtlichen Gehörs
(Anhörung, Akteneinsicht u.a.) führt dazu,
dass die Parteien vorgängig über das
Verwaltungshandeln **informiert** sind.

Vorgängiges Verwaltungsverfahren kann
öffentliche Interessen vereiteln, namentlich:

- in Situationen der **Dringlichkeit**
(z.B. Gefahrenabwehr)
- bei **Geheimhaltungsinteressen**
(z.B. polizeiliche Überwachungen)

→ **Ausnahme vom Anspruch auf vorgängiges Verwaltungsverfahren**,
wenn dadurch die Verwirklichung öffentlicher Interessen vereitelt würde,
namentlich in Situationen der Dringlichkeit und bei Vorliegen öffentlicher
Geheimhaltungsinteressen

ANSPRUCH AUF VORGÄNGIGES VERWALTUNGSVERFAHREN (II)

Alternativen (mildere Mittel)

- Die Einschränkung des aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 29a BV folgenden Anspruchs auf vorgängiges Verwaltungsverfahren muss **verhältnismässig** sein.
- Als mildere Mittel zur Wahrung öffentlicher Interessen kommen vorgängige Verwaltungsverfahren mit geeigneten **Beschleunigungs- und Geheimhaltungsmassnahmen** in Frage, wie namentlich:
 - Anordnung vorsorglicher oder superprovisorischer Massnahmen
 - Verzicht auf vorgängige Anhörung bei Gefahr in Verzug (Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG)
 - Entzug der aufschiebenden Wirkung
 - Verweigerung der Akteneinsicht (Art. 27 Abs. 1 VwVG)

ERGEBNIS

Anspruch

- Aufgrund von **Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29a BV**
- hat jede Person, die durch das Verwaltungshandeln einer Behörde **in schutzwürdigen Interessen besonders berührt** ist,
- einen Anspruch auf Durchführung eines **vorgängigen Verwaltungsverfahrens**.

Ausnahme

- Der Anspruch auf ein vorgängiges Verwaltungsverfahren kann **eingeschränkt** werden,
- wenn durch ein vorgängiges Verwaltungsverfahren auch mit geeigneten **Beschleunigungs- und Geheimhaltungsmassnahmen**
- die **Verwirklichung öffentlicher Interessen vereitelt** würde, namentlich in Situationen der Dringlichkeit und bei Vorliegen öffentlicher Geheimhaltungsinteressen.