



Kellerhals
Carrard

Der Zugang zum Verfahren im Verwaltungsrecht

Von Verfügungen, Realakten, dem Rechtsverweigerungsverbot
und der Rechtsweggarantie

Dr. Gregor Bachmann, Rechtsanwalt

Solothurnischer Juristenverein, 17. Mai 2022

INHALTSVERZEICHNIS

I. Einleitung

II. Gesetzliche Ordnung des VRG

- a. Zugang zum Verwaltungsverfahren
 - Verfahren auf Erlass einer Verfügung
 - Verfahren auf Erlass einer Verfügung über Realakte
- b. Zugang zur Verwaltungsrechtspflege
- c. Durchsetzung

III. Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien

- a. Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsverbot (Art. 29 Abs. 1 BV)
- b. Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)

I EINLEITUNG

- Unter welchen Voraussetzungen besteht Anspruch auf **Durchführung eines Verwaltungsverfahrens**?
 - *Verwaltungsverfahren*: Sämtliche erstinstanzlichen Verfahren vor Verwaltungsbehörden, welche im Erlass einer Verfügung enden
 - z.B. Baubewilligungsverfahren, Altlastensanierung, Disziplinarverfahren
- Unter welchen Voraussetzungen besteht Anspruch auf **Rechtsschutz** gegen behördliche Akte (Verwaltungsrechtspflege)?
 - *Verwaltungsrechtspflege*: Überprüfung von Verfügungen auf Beschwerde hin
 - Im Kanton SO primär durch die Departemente und das Verwaltungsgericht

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

- **Fragestellung**
 - Welche Begehren Privater muss die Behörde in einem förmlichen Verfahren behandeln?
 - In welchen Fällen muss die Behörde ein förmliches Verfahren durchführen und den Betroffenen Parteirechte gewähren?
- **Zwei Arten von Verwaltungsverfahren**
 - Verfahren auf Erlass einer Verfügung (§ 14 ff. VRG)
 - Verfahren auf Erlass einer Verfügung über Realakte (§ 28bis VRG)

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

Relevanz der Thematik

- Können von Lärm und Rauch betroffene Anwohner verlangen, dass betreffend einen ohne Baubewilligung erstellten Holzbackofen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt wird?
- Können lärmbeeinträchtigte Nachbarn des Schützenhauses Matzendorf verlangen, dass Lärmschutzmassnahmen ergriffen werden?
- Kann eine Firma gegen eine Konkurrentin die Durchführung einer kartellrechtlichen Untersuchung verlangen?
- Kann der Apothekerverband gegenüber der Apotheke «Zur Rose» den Erlass eines Verbots zum Versand nicht rezeptpflichtiger Medikamente verlangen?

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

Prüfschema (*BGE 146 V 38*)

Verfügungsgegenstand

- Ist das vom Gesuchsteller beantragte bzw. das von der Verwaltung von Amtes wegen beabsichtigte Verwaltungshandeln auf den *Erlass einer Verfügung gerichtet* und kann es überhaupt *Gegenstand einer Verfügung* sein?

Zuständigkeit

- Ist die Behörde zum Erlass dieser Verfügung zuständig?

Parteistellung

- Kommt dem Gesuchsteller Parteistellung zu?

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

1. Voraussetzung: Verfügungsgegenstand

- Das beantragte oder von Amtes wegen beabsichtigte Verwaltungshandeln muss die Strukturelemente des **materiellen Verfügungsbegriffs** erfüllen (§ 20 VRG)
- Anordnung einer Behörde im Einzelfall, gestützt auf öffentliches Recht, welche zum Gegenstand hat:
 - Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten (*Gestaltungsverfügung*)
 - Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten (*Feststellungsverfügung*)
- **Abgrenzung** von verwaltungsrechtlichen Verträgen, Verwaltungsverordnungen, Plänen oder rechtsetzenden Erlassen

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

1. Voraussetzung: Verfügungsgegenstand (Modalitäten)

- **Bestimmtheit des Gesuchs**
 - Es genügt, wenn das Verwaltungsverfahren im Erlass einer Verfügung endet bzw. enden kann und der Inhalt der Verfügung in den Grundzügen bekannt ist
 - Verwaltungsverfahren dient ja gerade dazu, die rechtlichen und tatsächlichen Umstände abzuklären und gestützt darauf eine Verfügung zu erlassen
- **Tätigwerden von Amtes wegen**
 - Sobald sich der Erlass einer Verfügung abzeichnet, muss ein Verwaltungsverfahren eingeleitet werden
 - Die Betroffenen sind einzubeziehen und es sind ihnen Parteirechte zu gewähren

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

2. Voraussetzung: Zuständigkeit

- **Örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit**
 - Behörde muss zum Erlass einer entsprechenden Anordnung zuständig sein
 - Von Bedeutung ist insbesondere die *sachliche Zuständigkeit*: Es kann kein Verwaltungsverfahren und keine Verfügung verlangt werden, sofern das Gesetz der angerufenen bzw. von Amtes wegen tätig gewordenen Behörde das Handeln in Verfügungsform nicht vorschreibt
- **Weiterleitungspflicht**
 - Unzuständige Behörden sind verpflichtet, das Begehren an die zuständige Stelle weiterzuleiten (§ 6 VRG)

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

3. Voraussetzung: Parteistellung

- **Materielle Verfügungsadressaten**
 - Rechte und Pflichten werden durch die Verfügung direkt geregelt oder festgestellt
 - Parteistellung zu bejahen
 - *Beispiel:* Gesuch um Bewilligungserteilung
- **Dritte**
 - Werden durch die Verfügung nur faktisch berührt
 - Parteistellung dann, wenn durch den Erlass der Verfügung ein besonderer Nachteil gegenüber der Allgemeinheit abgewendet werden kann

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

Können von Lärm und Rauch betroffene Anwohner verlangen, dass betreffend einen ohne Baubewilligung erstellten, gewerblich genutzten Holzbackofen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt wird?

- **Ja**, das Gesuch ist auf einen konkreten Verfügungsgegenstand – die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes – gerichtet und die Gesuchsteller haben infolge der Lärm- und Geruchsimmissionen Parteistellung (VGer SO, VWBES.2018.282, 11.2.2019, E. 3.3 f.)

Können lärmbeeinträchtigte Anwohner des Schützenhauses Matzen-
dorf verlangen, dass Lärmschutzmassnahmen ergriffen werden?

- **Ja**, Parteistellung ergibt sich aus dem «verfahrensrechtlich geschützten Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung, soweit diese dem Betroffenen einen Schutz vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen bietet» (BGer, 1C_165/2009, 3.11.2009)

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

Kann eine Firma gegen eine Konkurrentin die Durchführung einer kartellrechtlichen Untersuchung verlangen?

- **Nein**, da die kartellrechtliche Vorabklärung im öffentlichen Interesse erfolgt und Private folglich keine Parteistellung haben (BGE 130 II 521)

Kann der Apothekerverband gegenüber der Apotheke «Zur Rose» den Erlass eines Verbots zum Versand nicht rezeptpflichtiger Medikamente verlangen?

- **Ja**, Verband legitimiert zum Schutz des Berufsbilds (BGE 142 II 80)

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

Verfügung über Realakte (§ 28bis VRG)

Relevanz der Thematik

- Können Eltern von Primarschülern einen anfechtbaren Entscheid über die Maskentragpflicht ihrer Kinder erwirken?
- Kann der Verein «KlimaSeniorinnen» verlangen, dass der Bund strengere Klimaschutzmassnahmen ergreift?
- Können Private Aufsichtsmassnahmen gegenüber dem KKW Mühleberg verlangen?

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

Verfügung über Realakte (§ 28bis VRG)

§ 28^{bis*} V. Verfügung über Realakte

¹ Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie:

- a) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft;
- b) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt;
- c) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt.

² Die Behörde erlässt eine Verfügung oder einen Entscheid.

(entspricht der Regelung im Bund: Art. 25a VwVG)

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

Prüfschema (Verfügungen über Realakte [§ 28bis VRG])

- **Verfügungsgegenstand**
 - Realakte: Verwaltungshandeln, welches nicht der Verfügung oder dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zugeordnet werden kann
 - Unterlassungs-, Beseitigungs-, Feststellungsanspruch hinsichtlich widerrechtlicher Realakte
- **Zuständigkeit**
 - Behörde, welche den Realakt erlassen hat (bzw. Aufsichtsbehörde)
- **Parteistellung** (siehe zur Rechtsweggarantie [Art. 29a BV])
 - Berührtsein in Rechten und Pflichten
 - Schützenswerte Rechtsposition (> *Schutznorm*)
 - Hinreichend intensives Berührtsein

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

- Können Eltern von Primarschülern einen anfechtbaren Entscheid über die Maskentragpflicht ihrer Kinder erwirken? (VGer SO, VWBES.2021.143, 21.6.2021) > **Ja**
- **Verfügungsgegenstand**
 - Entscheid über Dispensation von der Maskentragpflicht in der Schule stellt eine Anordnung im *besonderen Rechtsverhältnis* (≠ Verfügung) und damit verfahrensrechtlich einen Realakt dar
- **Zuständigkeit**
 - Schulleitung ist zuständig zur Behandlung von Gesuchen um Dispensation von der Maskentragpflicht
- **Parteistellung**
 - Implizit angenommen: Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art. 10 BV) ist durch die Maskentragpflicht berührt

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

- Kann der Verein «KlimaSeniorinnen» verlangen, dass der Bund strengere Klimaschutzmassnahmen ergreift?
(BGE 146 I 145) > **Nein**
- **Verfügungsgegenstand & Zuständigkeit**
 - Keine Verwaltungsrealakte nach Art. 25a VwVG (= § 28bis VRG) und keine Zuständigkeit des UVEK. Es handelt sich um politische Massnahmen, hierfür stehen die *demokratischen Mitwirkungsrechte* (insb. Initiativrecht) zur Verfügung.
- **Parteistellung**
 - Aktuell keine hinreichende *Intensität* des Berührtseins des Rechts auf Leben und intakte Gesundheit (Art. 2 und 8 EMRK), da sich die Gefahren des Klimawandels erst in fernerer Zukunft materialisieren

(Beschwerde beim EGMR hängig)

II ZUGANG ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN

- Können Private Aufsichtsmaßnahmen gegenüber dem KKW Mühleberg verlangen? (BGE 140 II 315) > **Ja**
 - **Verfügungsgegenstand**
 - Über Art. 25a VwVG kann auch die **Vornahme von Realakten** verlangt werden (Rüge der widerrechtlichen Unterlassung von Realakten)
 - **Zuständigkeit**
 - Zuständig für Aufsichtsmaßnahmen ist das ENSI
 - **Parteistellung**
 - Kernenergiegesetzgebung vermittelt **Schutz gegen die Risiken der Kernenergie** (> Schutznorm)
 - Unterlassung der Aufsichtsmaßnahmen berührt Schutzbereich

II ZUGANG ZUR VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

– **Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege**

- Grundsätzlich nur Verfügungen («*Ohne Verfügung kein Rechtsschutz*»)
- **Ausnahmen:**
 - Klageverfahren (§ 60 ff. VRG)
 - z.T. direkte Anfechtung von Realakten in den Kantonen (Graubünden/Freiburg/Wallis, Klageverfahren im Aargau)

– **Erledigungsanspruch**

- Nur bei **Rechtsmitteln**, nicht bei Rechtsbehelfen
- Kein Erledigungsanspruch bei Aufsichtsbeschwerden oder Petitionen
- Sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt, muss das Rechtsmittel inhaltlich behandelt werden

II ZUGANG ZUR VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

- Unter Umständen Anspruch auf Zugang zur Verwaltungsrechtspflege – **entgegen der kantonalen Zuständigkeitsordnung** – direkt gestützt auf übergeordnetes Recht
- VGer SO, Urteil vom 17. August 2021 (SOG 2021 Nr. 4)

SOG 2021 Nr. 4

§ 199 Abs. 1 GG, § 49 Abs. 4 GO, Art. 29a BV, Art. 86 Abs. 3 BGG. Beschwerdeentscheide des Regierungsrates in Gemeindeangelegenheiten nach § 199 Abs. 1 GG sind grundsätzlich nicht beim Verwaltungsgericht anfechtbar. In Einzelfällen muss jedoch aufgrund der Anforderungen des übergeordneten Rechts im Zusammenhang mit der Rechtsweggarantie dennoch ein Rechtsmittel an das Verwaltungsgericht offenstehen. Da die vorliegende Streitsache keinen vorwiegend politischen Charakter aufweist, ist die Eingabe des Beschwerdeführers direkt gestützt auf Art. 86 Abs. 3 BGG – und in Abweichung von der kantonalen Zuständigkeitsordnung – als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen (E. 1).

(bestätigt vom BGer, Urteil 2C_736/2021)

II DURCHSETZUNG

- **Zugang zum Verwaltungsverfahren**
 - *Gesuche*: Anspruch auf Erlass einer Verfügung
 - Voraussetzungen erfüllt: Sachverfügung
 - Voraussetzungen nicht erfüllt: Nichteintretensverfügung
 - *Tätigwerden von Amtes wegen*: Private, welche von der angestrebten Verfügung betroffen werden könnten (> Parteistellung), müssen am Verfahren beteiligt werden und Parteirechte (> rechtliches Gehör) ausüben können
- **Zugang zur Verwaltungsrechtspflege**
 - Inhaltliche Beurteilung des Rechtsmittels, sofern die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind

II DURCHSETZUNG

– **Rechtsverweigerungsbeschwerde (§ 32 Abs. 3 VRG)**

³ Wird der Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides verweigert oder ungebührlich verzögert, so kann jederzeit wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden.

– **Anwendungsfälle:**

- «Formlose» Abweisung des Begehrens (z.B. per informellem Brief, telefonisch, per E-Mail)
- Untätigbleiben

III VERFASSUNGSRECHTLICHE ANSPRÜCHE

- **Gegenstand:** Verfahrensgarantien (Art. 29-32 BV)
 - Minimalgarantien, keine umfassende Verfahrensordnung
 - **Subsidiarität** gegenüber dem Gesetzesrecht
- Grundrechtsdimension beim **Zugang zum Verfahren**
 - Verfahrensgarantien richten sich in erster Linie an den **Gesetzgeber** (programmatischer Gehalt)
 - Aber möglich, dass Zugang zum Verfahren *contra legem* **direkt gestützt auf die Verfassung** geöffnet werden muss

III VERBOT FORMELLER RECHTSVERWEIGERUNG UNSELBSTÄNDIGE ANSPRÜCHE

- **Garantie der richtigen Anwendung des gesetzlichen Verfahrensrechts**
 - Voraussetzung: Verfahrensgesetzlicher Anspruch
 - **Insbesondere:** Anspruch auf Zugang zum Verwaltungsverfahren & zur Verwaltungsrechtspflege (siehe Ziff. II hiervoor)
 - Verfahrensrechtliches Willkürverbot
 - Überprüfung des kantonalen Verfahrensrechts auf erhebliche Rechtsverletzungen
 - Verletzung des einfachgesetzlichen Verfahrensrechts wird zum Grundrechtsproblem und kann vor BGer gerügt werden
 - Relevant v.a. vor Bundesgericht

III VERBOT FORMELLER RECHTSVERWEIGERUNG UNSELBSTÄNDIGE ANSPRÜCHE

Anwendungsfälle:

- Anspruch auf **rechtsförmige Erledigung**
 - Rechtsverweigerung durch Untätigbleiben oder formloses Nichteintreten
 - Problem: Rechtssuchender erhält kein Anfechtungsobjekt
- Anspruch auf einen **Entscheid in der Sache**
 - BGer-Formel: «[...] wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie darüber befinden müsste»
- Anspruch auf **Ausschöpfung der Kognition**
- Anspruch auf **Vornahme von Amtshandlungen**
 - z.B. Verletzung der Weiterleitungspflicht (BGE 143 I 336, unpubl. E. 2.2)

III VERBOT FORMELLER RECHTSVERWEIGERUNG SELBSTÄNDIGE ANSPRÜCHE

- **Weitere, verfassungsunmittelbare Ansprüche:**
 - Anspruch auf Revision und Wiedererwägung
 - Verfassungsrechtlicher **Anspruch auf Wiederholung des Verfahrens**
 - Schutz gegenüber negativen Kompetenzkonflikten
 - Zwei Behörden, die zur Beurteilung einer Angelegenheit in Frage kommen, erklären sich jeweils für unzuständig
 - **Rechtssuchender wird um Beurteilung seiner Sache gebracht**

III VERBOT DER RECHTSVERZÖGERUNG

«Eine Rechtsverzögerung wird dann angenommen, wenn die Behörde zwar zu erkennen gibt, dass sie die Sache bearbeiten will, die Behandlung indessen über Gebühr verzögert.»
(Meyer, Rechtsverzögerungsverbot)

Anwendungsfälle:

- Untätigbleiben der Behörde über längere Zeit
- Ungerechtfertigte Sistierung oder Rückweisung des Verfahrens

III VERBOT DER RECHTSVERZÖGERUNG

- Anspruch auf Beurteilung «innert angemessener Frist» (Art. 29 Abs. 1 BV)
- **Kriterien** für die Beurteilung der Verfahrensdauer:
 - Umfang und die Komplexität der Sache (z.B. besondere Beschleunigung beim Freiheitsentzug oder im Vergaberecht)
 - das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden
 - die Bedeutung der Sache für die Betroffenen
 - keine unbegründeten Perioden der Untätigkeit
- Personalmangel vermag Rechtsverzögerung nicht zu rechtfertigen

III RECHTSWEGGARANTIE

Art. 29a BV

Art. 29a⁴ Rechtsweggarantie

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

Fragestellung

- Gegen welche behördlichen Akte muss eine Anfechtungsmöglichkeit bei einem Gericht gegeben sein?

III RECHTSWEGGARANTIE

- **Anwendungsbereich («Rechtsstreitigkeiten»)**
 - Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer schützenswerten Rechtsposition
 - Schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich aus:
 - Subjektiv-rechtlichen Anspruchsnormen (z.B. Grundrechte)
 - Schutznormen des objektiven Rechts (richten sich primär an Behörden, entfalten aber Schutzwirkung zugunsten Privater)
 - Beispiel:
 - USG beinhaltet Pflicht der Behörden, den Anwohnern zweckmässige Entsorgungslösungen zur Verfügung zu stellen. Dies dient auch dem Schutz der Anwohner, weshalb die Verlegung einer Kehrichtsammelstelle durch Anwohner anfechtbar ist (BGE 143 I 336)

III RECHTSWEGGARANTIE

- **Kritik am Anwendungsbereich**
 - Sehr weit gezogen
 - z.B. Schliessung einer Poststelle als anfechtbarer Akt?
 - Gerichte als «Oberverwaltungsbehörden»?
 - Fachwissen / Justiziabilität?

- **Auswirkungen auf den Rechtsweg / Inhalt**
 - Keine Anforderungen an das Zustandekommen von Verwaltungsakten oder einen bestimmten Rechtsweg
 - mind. einmalige gerichtliche Überprüfung des Sachverhalts und der Rechtslage
 - *Ausnahmen (Art. 29a Satz 2 BV):* politischer Charakter des angefochtenen Entscheids (restriktiv)

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!



Kellerhals
Carrard

Gregor Bachmann

Dr. iur.,
Rechtsanwalt

Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Direktwahl +41 58 200 35 28
gregor.bachmann@kellerhals-carrard.ch