

Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG)

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Marianne Tschopp-Christen
von
Basel-Stadt BS

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. iur. Beatrice Weber-Dürler

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	XXXIII

Erster Teil: Grundlagen

§ 1. Einleitung	1
I. Einführung in das Thema	1
II. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	2
1. Ziel der Arbeit	2
2. Gang der Untersuchung	3
§ 2. Verwaltungstätigkeit	5
I. Begriff der öffentlichen Verwaltung	5
II. Gliederung der Verwaltungstätigkeit	6
1. Vorbemerkungen	6
2. Eingriffs- und Leistungsverwaltung	8
a. Allgemeines	8
b. Eingriffsverwaltung	8
ba. Begriff	8
bb. Entwicklung	9
c. Leistungsverwaltung	10
ca. Begriff	10
cb. Entwicklung	10
3. Hoheitliche und nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeit	11
§ 3. Handlungsformenlehre	13
I. Gegenstand	13
II. Funktion und Leistungsgrenzen	13

1.	Funktion	13
2.	Leistungsgrenzen	14
III.	Die einzelnen Handlungsformen der Verwaltung	15
1.	Rechtliches und tatsächliches Verwaltungshandeln	15
2.	Verfügung und verwaltungsrechtlicher Vertrag	16
a.	Verfügung	16
aa.	Begriff	16
ab.	Funktion	17
ac.	Arten	17
b.	Verwaltungsrechtlicher Vertrag	19
ba.	Begriff	19
bb.	Arten	20
IV.	Offenes System der Handlungsformen	21
V.	Nutzen der Handlungsformenlehre für das tatsächliche Verwaltungshandeln	21
§ 4.	Tatsächliches Verwaltungshandeln	22
I.	Verhältnis zum rechtlichen Verwaltungshandeln	22
1.	Abgrenzung	22
2.	Nicht massgebliche Kriterien	23
a.	Unmittelbare und mittelbare rechtliche Betroffenheit	23
b.	Regelungsgehalt der Verwaltungshandlung	24
II.	Terminologie	25
1.	Vorbemerkungen	25
2.	Die einzelnen Bezeichnungen und deren Verhältnis zueinander	26
III.	Sonderfälle	28
1.	Informales Verwaltungshandeln	28
a.	Begriff, Funktion und Arten	28
aa.	Begriff	28

ab.	Funktion	29
ac.	Arten	29
b.	Einordnung beim Realakt	30
2.	Verwaltungsverordnung	32
a.	Begriff und Funktion	32
b.	Einordnung beim Realakt	33
IV.	Beispiele	34
V.	Gliederung	35
1.	Vorbemerkungen	35
2.	Gliederung nach Regelungsstruktur und Regelungsmodus	35
3.	Typologische Gliederung	36
4.	Gliederung nach dem Verhältnis zu Rechtsakten	37
a.	Verhältnis zur Verfügung	37
aa.	Verfügungsbezogene Realakte	37
ab.	Verfügungsvermeidende Realakte	39
ac.	Verfügungsvertretende Realakte	39
b.	Verhältnis zum verwaltungsrechtlichen Vertrag	40
VI.	Anwendungsbereich und Bedeutung	41
1.	Anwendungsbereich	41
a.	Hoheitliche und nicht hoheitliche Verwaltung	41
b.	Eingriffs- und Leistungsverwaltung	42
2.	Bedeutung	42
VII.	Bindung an das Legalitätsprinzip	44
1.	Begriff und Funktion	44
a.	Begriff	44
b.	Funktion	44
2.	Geltung auch für tatsächliches Verwaltungshandeln	45
§ 5.	Verwaltungsrechtsverhältnis	47
I.	Begriff und Rechtsgrundlage	47

1.	Begriff	47
2.	Rechtsgrundlage	47
II.	Entstehungsgründe	48
1.	Gesetz, Verfügung und verwaltungsrechtlicher Vertrag	48
2.	Realakt	48
III.	Besonderes Rechtsverhältnis	50
1.	Begriff	50
2.	Abgrenzung Rechtsakt und Realakt	50
§ 6.	Rechtsschutz gegenüber Realakten vor Art. 25a VwVG	51
I.	Vorbemerkungen	51
II.	Rechtsschutzdefizit bei Realakten	52
1.	Grundsatz: Kein Rechtsschutz ohne Verfügung	52
a.	Überblick Rechtsschutzsystem	52
b.	Bedeutung der Verfügung	52
2.	Sonderregelungen	53
a.	Spezialgesetzliche Bestimmungen	53
b.	Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung	54
c.	Stimmrechtsbeschwerde	54
3.	Alternative Rechtsschutzmöglichkeiten	55
a.	Vorbemerkungen	55
b.	Aufsichtsbeschwerde	55
c.	Staatshaftung	56
d.	Ombudsstelle	57
III.	Dogmatische Entwicklung des Rechtsschutzes gegenüber Realakten	58
1.	Vorbemerkungen	58
2.	Verwaltungsrechtslehre	59
a.	Erkennen der Rechtsschutzproblematik	59
b.	Einzelne Autoren	59

ba.	Paul Richli	59
bb.	Markus Müller	60
bc.	Alexandre Flückiger	60
bd.	Pierre Tschannen	61
be.	Weitere Autoren	63
IV.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	64
1.	Vorbemerkungen	64
2.	Rechtsprechungsentwicklung	65
a.	Gleichsetzung von Realakten mit Verfügungen aus Rechtsschutzgründen	65
aa.	Bundesgericht	65
ab.	Stellungnahme	66
b.	Abstrakte Anfechtbarkeit von Verwaltungsverordnungen	68
ba.	Bundesgericht	68
bb.	Stellungnahme	69
c.	Versteckter Rechtsschutz	69
d.	Feststellungsverfügung	71
da.	Bundesgericht	71
db.	Stellungnahme	72
e.	Zwischenfazit	74
f.	Verfügung über Realakte	76
fa.	Bundesgericht	76
fb.	Stellungnahme	78
g.	Zusammenfassung	79

Zweiter Teil: Rechtsschutz gegenüber Realakten nach Art. 25a VwVG

§ 7. Totalrevision der Bundesrechtspflege und Rechtsschutz gegenüber Realakten

I.	Entstehung von Art. 25a VwVG	83
II.	Kaum Rechtsschutzerweiterung durch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	85
1.	Beschwerde gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts	85
2.	Stimmrechtsbeschwerde	86
§ 8.	Konzept und Geltungsbereich	87
I.	Konzept	87
1.	Die Bestimmung von Art. 25a VwVG	87
2.	Wesensmerkmale	87
a.	Keine direkte Anfechtung von Realakten	87
b.	Ähnlichkeit mit Einspracheverfahren	88
II.	Geltungsbereich	89
1.	Im Allgemeinen	89
2.	Keine Anwendung bei kantonalen Realakten	91
§ 9.	Eintretensvoraussetzungen	94
I.	Begriff	94
II.	Überblick	94
1.	Unterschiedliche Lehrmeinungen	94
2.	Stellungnahme	95
a.	Grammatikalisches Auslegungselement	96
b.	Systematisches Auslegungselement	96
c.	Teleologisches Auslegungselement	97
d.	Fazit	98
III.	Partei- und Prozessfähigkeit	98
IV.	Zuständigkeit der Behörde	99
1.	Im Allgemeinen	99
2.	Auseinanderfallen von zuständiger Behörde und handelnder Person	100

a.	Realakte von unselbstständigen Verwaltungsfunktionären	100
b.	Auslagerung staatlicher Aufgabenerfüllung an Private	102
c.	Aufgabenübertragung zwischen verschiedenen Gemeinwesen	103
3.	Realakt einer unzuständigen Behörde	103
V.	Öffentliches Recht des Bundes als Handlungsgrundlage	105
1.	Dem Staat zurechenbare Handlungen	105
2.	Öffentliches Recht	105
3.	Bundesrecht	107
VI.	Berührtsein in Rechten oder Pflichten	109
1.	Allgemeines	109
2.	Keine Gleichstellung mit subjektiven Rechten	110
a.	Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts	110
aa.	Abgrenzung zum objektiven Recht	110
ab.	Herkunft	110
ac.	Rezeption im schweizerischen Recht	111
b.	Rechtsprechung	112
c.	Verwaltungsrechtslehre	113
d.	Stellungnahme	117
3.	Begriff des Berührtseins in Rechten oder Pflichten	121
a.	Bedeutungsgehalt von Rechten oder Pflichten	122
b.	Begriff des Berührtseins	123
VII.	Schutzwürdiges Interesse	125
1.	Rückgriff auf gleichlautende Verfahrensvorschriften	125
a.	Vorbemerkungen	125
b.	Überblick Verwaltungsrechtslehre	125

c.	Stellungnahme	127
2.	Begriff des schutzwürdigen Interesses	127
a.	Bemerkungen zur Vorgehensweise	127
b.	Allgemeine Begriffsbestimmung	128
3.	Eigenheiten hinsichtlich der verschiedenen Begehren	129
4.	Sonderfälle	131
a.	Rechtsschutz zu einem anderen Zeitpunkt	131
b.	Spezielle gesetzgeberische Entscheidung	132
ba.	Rechtsschutz durch spezielle gesetzliche Regelung	132
bb.	Rechtsschutz bewusst gesetzlich ausgeschlossen	135
5.	Bedeutung des Betroffenenkreises	136
6.	Im besonderen Rechtsverhältnis	138
VIII.	Zulässigkeit der vorgebrachten Begehren	139
§ 10.	Materielle Prüfung	140
I.	Realakt	140
1.	Vorbemerkungen	140
2.	Begriffsbestimmung	140
3.	Auch Unterlassungen	143
4.	Sonderfälle	144
a.	Informales Verwaltungshandeln	144
b.	Verwaltungsverordnung	146
II.	Kausalität	147
III.	Widerrechtlichkeit	148
§ 11.	Die Begehren	149
I.	Die einzelnen Begehren	149
1.	Übersicht	149

2.	Begehren auf Unterlassen, Einstellen oder Widerruf	150
3.	Begehren auf Beseitigung der Folgen	152
4.	Begehren auf Feststellung der Widerrechtlichkeit	153
II.	Das Verhältnis der Begehren untereinander	154
III.	Verhältnis zum Staatshaftungsverfahren	157
1.	Keine Subsidiarität des Staatshaftungsverfahrens	157
2.	Grundsätzlich Verhältnis der Alternativität	159
3.	Neben- oder Nacheinander der beiden Verfahren	160
§ 12.	Verfahrensrechtliche Fragen	161
I.	Verfügung über Realakte	161
1.	Abgrenzung zur Verfügung nach Art. 5 VwVG	161
2.	Ordentliches Verfügungsverfahren	163
a.	Verfahrensdurchführung	163
b.	Verfahrensabschluss	164
II.	Kein Gehörsanspruch im Vorfeld des Realaktes	165
1.	Lehre	165
2.	Rechtsprechung	166
3.	Stellungnahme	168
III.	Rechtsschutz gegenüber der Verfügung	170
IV.	Zeitliche Begrenzung des Rechtsschutzes	172
1.	Verjährung und Verwirkung	172
a.	Begriffsbestimmung	172
b.	Verjährung	173
ba.	Allgemeiner Rechtsgrundsatz	173
bb.	Fristbestimmung	173
c.	Verwirkung	175
2.	Grundsatz von Treu und Glauben	176
3.	Schutzwürdiges Interesse	177
a.	Zeitliche Befristung	177
b.	Verhältnis zur Verjährung	178

V. Vorsorgliche Massnahmen	179
1. Keine Regelung in Art. 25a VwVG	179
2. Funktion und Arten	180
3. Voraussetzungen und Verfahren	182
a. Voraussetzungen	182
b. Verfahren	182
§ 13. Bedeutung der Rechtsweggarantie für den Rechtsschutz gegenüber Realakten	184
I. Begriff der Rechtsweggarantie	184
II. Verhältnis Rechtsweggarantie und Realakte	185
1. Überblick Verwaltungsrechtslehre	185
2. Stellungnahme	187
III. Bedeutung der Rechtsweggarantie für Art. 25a VwVG	188
§ 14. Würdigung und Ausblick	189
I. Würdigung	189
1. Allgemeines	189
2. Alternative Lösungsmöglichkeiten	190
a. Vorbemerkungen	190
b. Ausweitung Verfügungsbegriff	191
c. Ausweitung Anfechtungsobjekt	192
3. Würdigung der gesetzgeberischen Wahl	194
4. Gesamtwürdigung	198
II. Ausblick	199
1. Überlegungen de lege ferenda	199
2. Rechtsschutz gegenüber Realakten in der Verwaltungspraxis	199
§ 15. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	201