

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 |