



Universität St.Gallen

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis

Normierung von alternativen Handlungsformen zur Verfügung

Prof. Dr. Daniela Thurnherr

Professorin für öffentliches Verfahrens-, Verfassungs- und
Verwaltungsrecht an der Universität Basel

St.Galler Tagung zur Verwaltungsrechtspflege
Freitag, 20. Juni 2025 – Stadtsaal Wil



From insight to impact.

Agenda

1. Einleitung
2. Regelungsgegenstände der
Verwaltungsverfahrensgesetze
3. Normierung alternativer Handlungsformen
4. Abschliessende Bemerkungen

Ausgangsfeststellung

- Vielfalt administrativer Handlungsformen: Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag, Realakt, Plan, Rechtsverordnung, Dienstbefehl, Verwaltungsverordnung, zivilrechtliches Handeln.
- Jeder Handlungsform gehen Verwaltungsverfahren, verstanden als «planvoll gegliederte Vorgänge der Informationsgewinnung und Informationsverarbeitung, die in der Verantwortung eines Trägers der öffentlichen Verwaltung ablaufen» (EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin etc. 2006, S. 305), voraus.
- Rechtlich geregelte Verfahren als Teilbereich sämtlicher Verwaltungsverfahren.

Regelungsgegenstände der Verwaltungsverfahrensgesetze

Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG)¹

172.021

vom 20. Dezember 1968 (Stand am 1. Juli 2022)

A. Geltungsbe-
reich
I. Grundsatz

Erster Abschnitt: Geltungsbereich und Begriffe

Art. 1

¹ Dieses Gesetz findet Anwendung auf das Verfahren in Verwaltungs-
sachen, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in ers-
ter Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind.

² Als Behörden im Sinne von Absatz 1 gelten:

- a.⁵ der Bundesrat, seine Departemente, die Bundeskanzlei und die ihnen unterstellten Dienstabteilungen, Betriebe, Anstalten und anderen Amtsstellen der Bundesverwaltung;
- b.⁶ Organe der Bundesversammlung und der eidgenössischen Gerichte für erstinstanzliche Verfügungen und Beschwerdeentscheide nach Beamtengesetz vom 30. Juni 1927⁷;
- c. die autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betriebe;
- c^{bis},⁸ das Bundesverwaltungsgericht;

Regelungsgegenstände der Verwaltungsverfahrensgesetze

Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen

951.1

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege

vom 16. Mai 1965 (Stand 1. Januar 2024)

Art. 1 Geltungsbereich a) Grundsatz

¹ Dieses Gesetz regelt:

- a)* das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden des Staates, der Gemeinden und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften, insbesondere der Zweckverbände und der Gemeindeverbände sowie der öffentlich-rechtlichen Anstalten;
- a^{bis})* unter Vorbehalt des Gesetzes über die öffentlich-rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften vom 14. August 2018³ das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden:
 1. der als öffentlich-rechtliche Körperschaft anerkannten Religionsgemeinschaften und ihrer Kirchgemeinden;
 2. der von den Körperschaften nach Ziff. 1 dieser Bestimmung gegründeten öffentlich-rechtlichen Anstalten und öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbesondere der Zweckverbände und der Gemeindeverbände der Kirchgemeinden;
- b) den Rechtsschutz in Verwaltungstreitsachen.

Regelungsgegenstände der Verwaltungsverfahrensgesetze

III G/1

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz)

Vom 4. Mai 1986 (Stand 1. Januar 2023)

Die Landsgemeinde,

gestützt auf die Artikel 54a und 59a der Kantonsverfassung¹,

beschliesst:

Art. 1 *Grundsatz*

¹ Dieses Gesetz regelt das Verfahren und den Rechtsschutz bei Entscheiden und Verträgen in Verwaltungssachen sowie den Rechtsschutz in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.



PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes (1979)

«So beschränken sie [die schweizerischen Verwaltungsverfahrenserlasse] sich meistens auf eine Regelung des Verfahrens, welches zum Erlass von *Verwaltungsakten* (Verfügungen und Entscheiden) führt. Rechtssätze bilden nur ausnahmsweise Gegenstand der Verfahrensregelung (...). Verträge werden vom VwVG gar nicht, vom OG und von kantonalen Verwaltungsverfahrensrechtspflegeerlassen nur als Quelle von Ansprüchen erfasst, die mit verwaltungsrechtlicher Klage geltend zu machen sind (...); Pläne sind in keinem anderen schweizerischen Verwaltungsverfahrensrechtspflegeerlass Gegenstand spezifischer Verfahrensnormen, ebenso-wenig andere Handlungsformen, deren sich die Verwaltung in zunehmendem Mass vor allem in ihrer gestaltenden und leistenden Tätigkeit bedient.» (S. 34 f.)

Verwaltungsverfahrensgesetz von Deutschland (1976)



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

Bundesamt
für Justiz

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

[Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis](#)

VwVfG

Ausfertigungsdatum: 25.05.1976

Vollzitat:

"Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist"

[Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis](#)

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) § 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden

1. des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,
2. der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Bundesrecht im Auftrag des Bundes ausführen,

soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.

(2) Dieses Gesetz gilt auch für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der in Absatz 1 Nr. 2 bezeichneten Behörden, wenn die Länder Bundesrecht, das Gegenstände der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft, als eigene Angelegenheit ausführen, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Für die Ausführung von Bundesgesetzen, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassen werden, gilt dies nur, soweit die Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates dieses Gesetz für anwendbar erklären.

(3) Für die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder gilt dieses Gesetz nicht, soweit die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden landesrechtlich durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist.

(4) Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

Administrative Procedure Act der USA (1946)

ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT

[PUBLIC LAW 404—79TH CONGRESS]

[CHAPTER 324—2D SESSION]

[S. 7]

AN ACT To improve the administration of justice by prescribing fair administrative procedure

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled,

TITLE

SECTION 1. This Act may be cited as the “Administrative Procedure Act”.

(c) **RULE AND RULE MAKING.**—“Rule” means the whole or any part of any agency statement of general or particular applicability

1

2

ADMINISTRATIVE PROCEDURE

and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or to describe the organization, procedure, or practice requirements of any agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing upon any of the foregoing. “Rule making” means agency process for the formulation, amendment, or repeal of a rule.

(d) **ORDER AND ADJUDICATION.**—“Order” means the whole, or any part of the final disposition (whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form) of any agency in any matter other than rule making but including licensing. “Adjudication” means agency process for the formulation of an order.

Botschaft zum VwVG (BBl 1965, S. 1363)

Verh. 1958 = ZSR Bd. 77, S. 1a ff., 460a ff.). Das Verfahren des Abschlusses öffentlich-rechtlicher – und a fortiori privatrechtlicher – Verträge bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Entwurfes, im Unterschied beispielsweise zu §§ 8 und 40 ff. des deutschen Musterentwurfes 1963. Es ist schwer zu normieren, und die Vertragspartei ist nicht so sehr auf ein durchnormiertes Verfahren angewiesen wie der Adressat einer Verfügung. Immerhin findet sich auch hier das streitige Verfahren insofern geregelt, als Artikel 111, Absatz 1, Buchstabe *b* des Entwurfes für die Revision von Artikel 97 ff. OG bei streitigen Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen die verwaltungsrechtliche Klage an das Bundesgericht zulässt.

Funktionen des Verwaltungsverfahrens(-rechts)

Funktionenvielfalt:

- Rechtsschutz des Individuums
- Entlastung und Ergänzung des verwaltungsinternen und gerichtlichen Rechtsschutzes
- Legitimation des Verwaltungshandelns
- Findung eines korrekten Ergebnisses
- Rationalisierung des Verwaltungshandelns
- Informationsgewinnung, Informationsaustausch und Informationsverarbeitung

Bedeutung der Kodifizierung: Rechtssicherheit, Transparenz, Anleitung der Verwaltung

Gesichtspunkte der Normierung alternativer Handlungsformen (I)

- Kodifizierung der bestehenden Rechtslage oder Statuierung neuer/ergänzender Vorgaben?
 - Anforderungen an das Verfahren im Kontext alternativer Handlungsformen
 - Art. 29 BV

Art. 29 Allgemeine Verfahrensgarantien

¹ Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

² Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

³ Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

- Judikatur, allgemeine Rechtsgrundsätze, spezialgesetzliche Normen

Gesichtspunkte der Normierung alternativer Handlungsformen (II)

- Verallgemeinerungsfähige Vorgaben bezüglich einzelner Handlungsformen?
 - Verhältnis zwischen allgemeinen Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und spezialgesetzlichen Normierungen
- «Drehbuch für die Verwaltung» (BENJAMIN SCHINDLER, ZBI 2024, S. 345) versus
Bewahrung von Flexibilität für die Verwaltungsbehörden und Berücksichtigung von
Praktikabilitätsabwägungen

Verwaltungsrechtlicher Vertrag

Ausgangslage

- etablierte Zulässigkeitsvoraussetzungen
- weitgehend formfreies Verfahren
- Gleichordnung der Parteien ersetzt zumindest gewisse Verfahrensgarantien
- prekäre verfahrensrechtliche Stellung betroffener Dritter
- Schriftform als Gültigkeitserfordernis (BGer, 1C_61/2010 vom 2.11.2010, E. 4.1)
- Rechtsfolgen fehlerhafter verwaltungsrechtlicher Verträge teilweise unklar
- sinngemässe Geltung der Bestimmungen des Obligationenrechts als subsidiäres öffentliches Recht (vgl. BGE 122 I 328 E. 7b)

Verwaltungsrechtlicher Vertrag: Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons GL

5. Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Art. 123 Zulässigkeit

¹ Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis kann durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Behörden und Privaten oder ein Vertrag unter Behörden, der Rechte und Pflichten von Privaten betrifft, kann nur geschlossen werden, soweit ein Gesetz ihn vorsieht oder soweit ein Gesetz für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe eine zweiseitige bindende Vereinbarung zumindest zulässt.

² Durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag kann insbesondere:

- a. eine bei verständiger Würdigung des Sachverhaltes oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt werden (Vergleich);
- b. eine private Person berechtigt werden, eine öffentliche Dienstleistung wahrzunehmen (Benutzungsvertrag), oder
- c. für eine Leistung der Behörde eine Gegenleistung vereinbart werden, sofern die Gegenleistung im Vertrag für einen bestimmten Zweck vorgesehen ist und der Behörde zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben dient (Austauschvertrag). Die Gegenleistung muss den Umständen angemessen sein und in einem sachlichen Zusammenhang mit der Leistung der Behörde stehen.

Art. 124 Form; anwendbares Recht

¹ Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag muss schriftlich geschlossen werden; vorbehalten bleibt, dass eine gesetzliche Vorschrift eine qualifizierte Form vorsieht.

² Es gelten die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes und ergänzend das privatrechtliche Vertragsrecht.

Art. 125 Zustimmung von Dritten und Behörden

¹ Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in die Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zugestimmt hat.

² Wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag anstelle eines Entscheides abgeschlossen, der der Genehmigung oder der Zustimmung einer anderen Behörde bedürfte, so wird der Vertrag erst wirksam, wenn die andere Behörde vorschriftsgemäss mitgewirkt hat.

Art. 126 Nichtigkeit eines Vertrages

¹ Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist nichtig, wenn:

- a. er nach einem Gesetz unzulässig ist;
- b. die gesetzliche Form- und Zustimmungserfordernisse verletzt werden;
- c. ein Entscheid mit dem entsprechenden Inhalt nichtig wäre (Art. 78), oder
- d. die Nichtigkeit sich aus der ergänzenden Anwendung des Privatrechts ergibt.

Verwaltungsrechtlicher Vertrag: Verwaltungsverfahrensgesetz von Deutschland

Teil IV Öffentlich-rechtlicher Vertrag

§ 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

§ 55 Vergleichsvertrag

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.

§ 56 Austauschvertrag

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen.

(2) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte.

§ 57 Schriftform

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist.

Verwaltungsrechtlicher Vertrag: Verwaltungsverfahrensgesetz von Deutschland

§ 58 Zustimmung von Dritten und Behörden

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt.

(2) Wird anstatt eines Verwaltungsaktes, bei dessen Erlass nach einer Rechtsvorschrift die Genehmigung, die Zustimmung oder das Einvernehmen einer anderen Behörde erforderlich ist, ein Vertrag geschlossen, so wird dieser erst wirksam, nachdem die andere Behörde in der vorgeschriebenen Form mitgewirkt hat.

§ 59 Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt.

(2) Ein Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 ist ferner nichtig, wenn

1. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre;
2. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war;
3. die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrags nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre;
4. sich die Behörde eine nach § 56 unzulässige Gegenleistung versprechen lässt.

(3) Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrags, so ist er im Ganzen nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.

Verwaltungsrechtlicher Vertrag: Verwaltungsverfahrensgesetz von Deutschland

§ 60 Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen

(1) Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen. Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

(2) Die Kündigung bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. Sie soll begründet werden.

§ 61 Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung

(1) Jeder Vertragschließende kann sich der sofortigen Vollstreckung aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 unterwerfen. Die Behörde muss hierbei von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat, vertreten werden.

(2) Auf öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist das Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz des Bundes entsprechend anzuwenden, wenn Vertragschließender eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ist. Will eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts oder eine nichtrechtsfähige Vereinigung die Vollstreckung wegen einer Geldforderung betreiben, so ist § 170 Abs. 1 bis 3 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden. Richtet sich die Vollstreckung wegen der Erzwingung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gegen eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2, so ist § 172 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden.

§ 62 Ergänzende Anwendung von Vorschriften

Soweit sich aus den §§ 54 bis 61 nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes. Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

Aspekte der Kodifizierung des verwaltungsrechtlichen Vertrags

Regelungsgegenstände

- Ausstand / Befangenheit
- Zulässigkeit / Anwendungsbereiche (z.B. Vergleichs-, Austausch-, Benutzungsvertrag)
- Formerfordernisse (Schriftlichkeit)
- anwendbares Recht (subsidiäre Geltung des Obligationenrechts)
- Rechtsstellung Drittbetroffener
- Rechtsfolgen fehlerhafter verwaltungsrechtlicher Verträge

Konkretisierung auf spezialgesetzlicher Ebene (Standardkonstellationen)

Realakt

Ausgangslage

- vielfältige Erscheinungsformen
- Fokussierung auf den nachträglichen (gerichtlichen) Rechtsschutz (Art. 25a VwVG und entsprechende kantonale Normen) → i.d.R. nachlaufendes Verfahren
- prekäre verfahrensrechtliche Stellung von Adressaten und Drittbetroffenen; Anerkennung der Geltung der Verfahrensgarantien (Art. 29 BV) in ausgewählten Konstellationen durch Lehre und Praxis
- teils eminentes Bedürfnis nach raschem, informellem Handeln

Geltung der Verfahrensgrundrechte bei Realakten

Publikationsplattform

Kanton St.Gallen und St.Galler Gemeinden



Fall-Nr.:	K 2008/2
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	19.08.2008
Entscheiddatum:	19.08.2008

Insbesondere kann ein Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs bei Realakten nicht generell verneint werden. So hat der Gesetzgeber zwar beim neu geschaffenen Art. 25a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021, abgekürzt VwVG) keinen Anspruch der Parteien auf vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs vorgesehen (kritisch dazu E. Riva, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte, Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: SJZ 103 (2007), S. 347), dagegen hat in anderen Rechtsbereichen die Gewährung des rechtlichen Gehörs auch bei Realakten ausdrückliche Verankerung gefunden (vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten, SR 814.680, wonach die Behörde dem Standortinhaber Gelegenheit geben muss, zu den vorgesehenen Katastereinträgen, welche einen Realakt darstellen, Stellung zu nehmen). Fehlt ein gesetzlich statuerter Anspruch auf rechtliches Gehör, ist jeweils im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Intensität der durch den Realakt bewirkten Betroffenheit zu klären, ob vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren ist (vgl. dazu ausführlich M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 153 ff.). Die zentrale Frage zur konkreten Gewährung des rechtlichen Gehörs ist diejenige, ob bezogen auf den konkreten Fall ein Bedürfnis nach Mitwirkung der Betroffenen für die Fällung eines gerechten und sachlich richtigen Entscheides besteht und wie diesem Bedürfnis angemessen, wirksam und verwaltungseffizient Rechnung getragen werden kann (Albertini, a.a.O., S. 173). Dabei kommt es entgegen der an der mündlichen Verhandlung geäusserten Rechtsauffassung des Klägers wesentlich auf den Grad der Betroffenheit an.

Geltung der Verfahrensgrundrechte bei Realakten

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Entscheid bestätigt durch BGer mit
Urteil vom 14.04.2020 (1C_527/2019)

5.6 Unstrittig gilt der Anspruch auf rechtliches Gehör in Verfahren, die mittels Verfügung beendet werden. Wie erwähnt wird das Administrativuntersuchungsverfahren jedoch nicht durch eine anfechtbare Verfügung, sondern einen Bericht abgeschlossen. Die Administrativuntersuchung stellt insofern einen Realakt dar (vgl. zum Begriff: BGE 144 II 233 E. 4.1). In Bezug auf Realakte räumt Art. 25a VwVG der betroffenen Person das Recht auf ein eigenständiges, nachgeschaltetes Verwaltungsverfahren ein, das in eine Verfügung über den beanstandeten Realakt mündet (vgl. BGE 136 V 156 E. 4.2). Dadurch wird der betroffenen Person nachträglicher Rechtsschutz und damit auch das rechtliche Gehör gewährt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Möglichkeit der nachträglichen Ausübung des rechtlichen Gehörs vorliegend genügt oder ob der Beschwerdeführerin dieses gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV nicht bereits im Administrativuntersuchungsverfahren hätte gewährt werden müssen.

Urteil vom 27. August 2019

5.7.7 Insgesamt spricht sich die Lehre demnach mehr oder weniger einstimmend dafür aus, dass den von einer Administrativuntersuchung betroffenen Personen gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV ein Anspruch auf rechtliches Gehör während der Untersuchung zukommt.

Abteilung I
A-7102/2017

Geltung der Verfahrensgrundrechte bei Realakten

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Entscheid bestätigt durch BGer mit
Urteil vom 14.04.2020 (1C_527/2019)

E. 5.10

würde. In Anbetracht der Intensität ihrer Betroffenheit, der Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung und des Umstandes, dass ihr die Möglichkeit der nachträglichen Ausübung des rechtlichen Gehörs nur einen beschränkten Rechtsschutz bietet, ist der Beschwerdeführerin zur wirksamen Ausübung ihres verfassungsmässigen Gehörsanspruchs nach Art. 29 Abs. 2 BV in Übereinstimmung mit der Lehre im Administrativuntersuchungsverfahren ein Anspruch auf rechtliches Gehör in gleicher Weise zuzuerkennen wie in einem Verwaltungsverfahren, welches mittels Verfügung abgeschlossen wird.

Urteil vom 27. August 2019

Aspekte der Kodifizierung des Realakts

Regelungsgegenstände

- Ausstand / Befangenheit
- Partizipationsrechte der Adressaten und Drittbetroffenen
 - Tragweite von Art. 29 Abs. 2 BV?
 - z.B. Beschränkung auf Anordnungen, die geeignet sind, «die Position einer Person als Träger von Rechten und Pflichten gegenüber dem Staat zu beeinflussen» (BGE 143 I 336 E. 4.2 betr. Art. 29a BV)
 - Relevanz konträrer Interessen und des nachträglichen Rechtsschutzes

Konkretisierung auf spezialgesetzlicher Ebene (Standardkonstellationen)

Plan

Ausgangslage

- vielfältige Erscheinungsformen
- Anerkennung der Geltung der Verfahrensgarantien (Art. 29 BV) in spezifischen Konstellationen, Konkretisierung auf spezialgesetzlicher Ebene
- ausführliche Normierung im Raumplanungs- und Baurecht

Plan:

Verwaltungsverfahrensgesetz Deutschland (Art. 72 ff. VwVfG)

§ 72 Anwendung der Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren

(1) Ist ein Planfeststellungsverfahren durch Rechtsvorschrift angeordnet, so gelten hierfür die §§ 73 bis 78 und, soweit sich aus ihnen nichts Abweichendes ergibt, die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes; die §§ 51 und 71a bis 71e sind nicht anzuwenden, § 29 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass Akteneinsicht nach pflichtgemäßem Ermessen zu gewähren ist.

(2) Die Mitteilung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 und die Aufforderung nach § 17 Abs. 4 Satz 2 sind im Planfeststellungsverfahren öffentlich bekannt zu machen. Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass die Behörde die Mitteilung oder die Aufforderung in ihrem amtlichen Veröffentlichungsblatt und außerdem in örtlichen Tageszeitungen, die in dem Bereich verbreitet sind, in dem sich das Vorhaben voraussichtlich auswirken wird, bekannt macht.

Aspekte der Kodifizierung des Plans

- Ausstand / Befangenheit bei Plänen mit konkretem Anordnungsobjekt
- Regelungen auf spezialgesetzlicher Ebene
- Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien (Art. 29 BV)

Exekutive Rechtssetzung

- Ausgangslage
 - Verordnung als Rechtsquelle und Handlungsform
- Aufgrund der spezifischen Struktur (generell-abstrakt) erfolgt die Regelung der exekutiven Rechtsetzung sinnvollerweise auf Verfassungsstufe, im Kontext der Zuständigkeit von Regierung und Verwaltung bzw. des Vernehmlassungsverfahrens.

Abschliessende Bemerkungen

- Beleuchtung alternativer Handlungsformen nicht nur aus der Warte des (nachträglichen) Rechtsschutzes, sondern auch des Verfahrens → Überwindung des verfügungszentrierten Ansatzes.
- Bedeutung behördlicher Unbefangenheit bei alternativen Handlungsformen.
- Charakteristika einzelner Handlungsformen als funktionale Äquivalente des rechtlichen Gehörs.
- Berücksichtigung legitimer behördlicher Bedürfnisse nach einer gewissen Informalität.
- Grenzen der behördlichen Anleitung durch allgemeine verfahrensrechtliche Normen angesichts der vielfältigen Erscheinungen insb. von behördlichen Realakten.

Vielen Dank.

Thurnherr Daniela

Prof. Dr.

Universität Basel

daniela.thurnherr@unibas.ch



Universität St. Gallen (HSG)
Institut für Rechtswissenschaft und
Rechtspraxis
Bodanstrasse 4
9000 St. Gallen

irphsg.ch

Akkreditierungen

