

# IDÉ

Institut Droit et Economie  
Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Isabelle Häner  
Bernhard Waldmann  
(Hrsg.)

## **Brennpunkte im Verwaltungsprozess**

Schulthess §



Isabelle Häner  
Bernhard Waldmann  
(Hrsg.)

## Brennpunkte im Verwaltungsprozess

# IDÉ

Institut Droit et Economie

Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

IDÉ

---

Institut Droit et Economie  
Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Isabelle Häner  
Bernhard Waldmann  
(Hrsg.)

# Brennpunkte im Verwaltungsprozess

Schulthess § 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013  
ISBN 978-3-7255-6766-9

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	IX
Abkürzungs- und Erlassverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXI

## Referate

<b>Grundsätze und Maximen in der Verwaltungsrechtspflege</b>	<b>1</b>
<i>Bernhard Waldmann</i>	
<b>Die Anforderungen an eine Beschwerde</b>	<b>27</b>
<i>Isabelle Häner</i>	
<b>Beschwerdegründe, Kognition und Prüfungsdichte</b>	<b>47</b>
<i>Benjamin Schindler</i>	
<b>Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen</b>	<b>61</b>
<i>Philippe Weissenberger/Astrid Hirzel</i>	
<b>Die verwaltungsrechtliche Klage</b>	<b>87</b>
<i>Michael Merker</i>	
<b>Koordination der Rechtsprechung und Ermessenskontrolle am Bundesverwaltungsgericht</b>	<b>125</b>
<i>Markus Metz</i>	

## **Ateliers**

**Verfahrensrecht in der Sozialversicherung: Ausgewählte Besonderheiten** 133

*Hans-Jakob Mosimann*

**Der Rechtsschutz im öffentlichen Personalrecht** 153

*Peter Hänni/Thomas Meier*

**Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen** 159

*Robert Wolf*

## **Anhang**

**Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im öffentlichen Personalrecht** 189

*Bernhard Waldmann/Raphael Kraemer*

## **Verzeichnis der Autorinnen und Autoren**

*Isabelle Häner*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Bratschi Wiederkehr & Buob Rechtsanwälte, Zürich

*Peter Hänni*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität Freiburg

*Astrid Hirzel*, lic. iur., Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht

*Raphael Kraemer*, MLaw, Rechtsanwalt, Universität Freiburg

*Thomas Meier*, MLaw, Universität Freiburg

*Michael Merker*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Baur Hürlimann AG, Zürich und Baden

*Markus Metz*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

*Hans-Jakob Mosimann*, Dr. iur., Richter am Sozialversicherungsgericht Zürich

*Benjamin Schindler*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen

*Bernhard Waldmann*, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue.

*Philippe Weissenberger*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Richter am Bundesverwaltungsgericht

*Robert Wolf*, lic. iur., Richter am Verwaltungsgericht Zürich



---

# Die verwaltungsrechtliche Klage

*Michael Merker*

## Inhaltsübersicht

- I. Grundsätze zur verwaltungsrechtlichen Klage
  - A. Begriff und Bedeutung
    1. Ursprüngliche vs. nachträgliche Verwaltungsrechtspflege
    2. Bedeutung
  - B. Historische Ursachen des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens im System der Verwaltungsrechtspflege
    1. Fiskustheorie
    2. Nachwirkungen der Fiskustheorie
- II. Aktuelle Rechtfertigung des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens
  - A. Die Infragestellung des Klageverfahrens
  - B. «Besondere Natur der Streitsache»
    1. Welche Streitsachen sind weshalb besonderer Natur?
    2. Bundesrechtliche Streitsachen besonderer Natur
    3. Kantonalrechtliche Streitsachen besonderer Natur
  - C. Fehlende Verfügungskompetenz?
    1. Grundsatz der Verfügungskompetenz des Gemeinwesens, das öffentliche Aufgaben erfüllt
    2. Sachgesetzliche Ausnahmen
    3. Sachliche Zuständigkeit eines Gerichts im verwaltungsrechtlichen Verfahren als «Wegbedingung» der Verfügungskompetenz in der Sache?
  - D. Gleichordnung der Rechtssubjekte?
  - E. Fehlen von (gerichtlichem) Rechtsschutz in vermögensrechtlichen Streitigkeiten?
- III. Unterschiede zwischen Klage- und Beschwerdeverfahren
  - A. Grundsatz
  - B. Anwendbares Verfahrensrecht im Bund
  - C. Anwendbares Verfahrensrecht in den Kantonen
  - D. Prozessmaximen
    1. Vorbemerkung
    2. Dispositionsmaxime – Offizialmaxime
    3. Verhandlungsmaxime – Untersuchungsmaxime
    4. Eventualmaxime – (Untersuchungsmaxime)
  - E. Kognition der angerufenen Rechtsschutzinstanz
- IV. Sachurteilsvoraussetzungen der verwaltungsrechtlichen Klage
  - A. Grundsatz
  - B. Verwaltungsrechtliche Streitigkeit
  - C. Subsidiarität
  - D. Partei- und Prozessfähigkeit
  - E. Nicht: Sachlegitimation
  - F. Rechtsschutzinteresse
  - G. Durchgeführtes Vorverfahren
  - H. Klagefrist
  - I. Zulässigkeit der Klageart

- J. Funktionelle und örtliche Zuständigkeit
- K. Sachliche Zuständigkeit
  - 1. Begriff
  - 2. Sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichts
  - 3. Sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts
  - 4. Sachliche Zuständigkeit der kantonalen Verwaltungsgerichte
    - a) Vorbemerkung
    - b) Vermögensrechtliche Streitigkeiten
    - c) Verwaltungsrechtliche Verträge
- V. Zur Rechtfertigung der verwaltungsrechtlichen Klage
  - A. Keine zwingende Notwendigkeit des Klageverfahrens
  - B. Vorteile des Klageverfahrens
  - C. Nachteile des Klageverfahrens
  - D. Sonderfälle: Verwaltungsverfahren als verdeckte Klage?
    - 1. Übersicht
    - 2. Verwaltungsrechtliche Klage bei fehlendem Anfechtungsobjekt ohne sachliche Zuständigkeitsbeschränken?
      - a) Grundsatz
      - b) Verwaltungsrechtliche Klage als subsidiärer Rechtsschutz
    - 3. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde als Klage?
    - 4. Prinzipale Normenkontrolle als Klageart?
      - a) Begriff und Zweck
      - b) Klage oder Beschwerde?
  - E. Fazit

## I. Grundsätze zur verwaltungsrechtlichen Klage<sup>1</sup>

### A. Begriff und Bedeutung

#### 1. Ursprüngliche vs. nachträgliche Verwaltungsrechtspflege

In der Verwaltungsrechtspflege wird zwischen ursprünglicher und nachträglicher Verwaltungsrechtspflege differenziert<sup>2</sup>. Die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege unterscheidet sich von der nachträglichen dadurch, dass Ausgangspunkt des Verfahrens das **Klagebegehren**, also der in der Klage formulierte Antrag ist<sup>3</sup>; der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit geht (von Ausnahmen abgesehen<sup>4</sup>) eine autoritative Entscheidung voraus, die durch

---

<sup>1</sup> Ich bedanke mich herzlich bei RA lic. iur. Philip Conradin, M Sc BA, der mir in Zeiten zeitlicher Not beigestanden ist mit der Folge, dass der Aufsatz innert Frist fertiggestellt werden konnte.

<sup>2</sup> RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 53.

<sup>3</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 29.

<sup>4</sup> Vgl. V/D nachfolgend.

die Beschwerde ganz oder teilweise aufgehoben oder geändert werden soll<sup>5</sup>. In der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege ist Streitgegenstand das, was im Klagebegehren als Rechtsfolge aus dem behaupteten Sachverhalt abgeleitet wird, im Beschwerdeverfahren ist Streitgegenstand maximal das, was durch das Anfechtungsobjekt abgedeckt wird, unter Umständen reduziert durch die weniger weitgehenden Beschwerdeanträge<sup>6</sup>.

Das verwaltungsrechtliche Klageverfahren ist ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege<sup>7</sup>; sie ist das Begehren an die für die Klageerledigung zuständige Instanz (in der Regel, aber nicht notwendigerweise ein Gericht), im beantragten Sinn zu entscheiden, das heisst, mit **Leistungsbegehren** den Beklagten zu einem Tun oder Dulden zu verpflichten, mit **Gestaltungsbegehren** durch richterliche Anordnung eine Rechtsänderung herbeizuführen oder mit **Feststellungsbegehren** das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechten und Pflichten klären zu lassen<sup>8</sup>.

Die verwaltungsrechtliche Klage ist ein förmliches Rechtsmittel<sup>9</sup>; im Gegensatz zur Beschwerde als Rechtsmittel der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit benötigt man für die Erhebung der Klage kein Anfechtungsobjekt; die Streitigkeit wird somit nicht durch Abänderung oder Beseitigung einer Verfügung oder eines Rechtsmittelentscheides entschieden, sondern in einem erstinstanzlichen Verfahren erledigt<sup>10</sup>. In den meisten Kantonen ist das verwaltungsrechtliche Klageverfahren innerkantonal **eininstanzlich** und kann nur mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden<sup>11</sup>; teilweise sind aber auch Klageverfahren vor Verwaltungsbehörden zulässig<sup>12</sup>, mit der Möglichkeit der Beschwerde (respektive Appellation) an das Verwaltungsgericht<sup>13</sup>; die verwaltungsrechtliche Klage ist deshalb nicht notwendigerweise auch eine *verwaltungsgerichtliche* Klage. Die verwaltungsrechtliche Klage gestützt auf Art. 35 VGG ist erstinstanzlich, das Urteil unterliegt der Beschwerde an das

<sup>5</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 30; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Art. 90 Rz. 3.

<sup>6</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 46.

<sup>7</sup> RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 53; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 29; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1988.

<sup>8</sup> Vgl. METZ, S. 135 f.; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 16 ff.

<sup>9</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1986.

<sup>10</sup> MERKER, Vorbem. zu den §§ 60–67 Rz. 2.

<sup>11</sup> Vgl. etwa Art. 66 VRPV UR; § 67 Abs. 1 VRPV SZ; § 80 ff. VRPG ZG; Art. 82 VRPG VS; § 64 VRPG TG; Art. 109 VRPG GL; § 81 VRG ZH; § 50 VPO BL; Art. 58 LPJA NE; Art. 71 LPCA TI. Die meisten Kantone kennen das Klageverfahren (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1987; MARTI, Normenkontrolle, S. 124).

<sup>12</sup> Vgl. Art. 76 VRPG SG, wonach die Klage an die Regierung zulässig ist.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 93 VRPG BE; Art. 78 VRPG SG.

Bundesgericht. Die bundesrechtliche Einheitsklage nach Art. 120 BGG wird durch das Bundesgericht als einzige Instanz entschieden.

In inhaltlicher Hinsicht sind die Unterschiede zwischen verwaltungsrechtlichem Klageverfahren und Beschwerdeverfahren doch grundsätzlicher. Das (nachträgliche) Beschwerdeverfahren ist verfahrensrechtlich so ausgestaltet, dass die Verwirklichung des materiellen Rechts auch ohne perfektes prozessuales Verhalten der Parteien möglich wird; der Untersuchungsgrundsatz oder die Möglichkeit der *reformatio in peius* vel in melius weisen darauf hin, dass nicht nur der Rechtsschutz des Beschwerde führenden Privaten im Fokus des Verfahrens steht, sondern auch die Verwirklichung und **Durchsetzung des öffentlichen Rechts**<sup>14</sup>. Anders wird im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren mit der Formulierung der Klageanträge der Streitgegenstand bestimmt und der Richter ist im Grundsatz an die Begehren gebunden<sup>15</sup>, selbst wenn er der Auffassung ist, hier hätte mehr oder anderes verlangt werden müssen. Diese verfahrensrechtliche Situation entspricht mehr der zivilprozessualen Klage, womit zum wesentlichen Auftrag der verwaltungsrechtlichen Klage die Streitbeilegung zwischen den beiden prozessierenden Parteien ohne das übergeordnete Ziel der Durchsetzung öffentlichen Rechts wird.

## 2. Bedeutung

Die Bedeutung des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens ist schweizweit **ehrer gering**. Das Bundesgericht hatte in den letzten Jahren nur wenige Klagen im Anwendungsbereich von Art. 120 BGG zu beurteilen<sup>16</sup>; in einigen Kantonen sind die höheren Fallzahlen in erster Linie auf personalrechtliche Streitigkeiten zurückzuführen, wie sie aus dem (in einigen Kantonen) verbreiteten Abschluss von Anstellungsverträgen (statt dem Erlass von Anstellungsverfügungen) resultieren<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Zu Letzterem METZ, S. 36 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 72 Abs. 2 VRPV UR; § 85 Abs. 3 VRPG ZG; § 171 Abs. 2 VRPG LU; Art. 112 Abs. 2 VRPG GL; Art. 92 Abs. 2 VRPG BE; Art. 58 Abs. 2 Satz 2 VRPG AR; Art. 108 Abs. 1 LPA VD; Art. 6 Satz 1 der Verordnung über das Verwaltungsgerichtsverfahren OW vom 9. März 1973 (GDB 134.14); Art. 3 Abs. 2 BZP (ergänzt um eine richterliche Fragepflicht).

<sup>16</sup> RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 2141.

<sup>17</sup> Die Klage bei Vermögensstreitigkeiten aufgrund des Dienstverhältnisses sehen etwa (teils unabhängig von der Art der Anstellung) *explizit* vor: Art. 66 lit. d VRPV UR; § 67 Abs. 1 lit. d VRPV SZ; § 162 Abs. 1 lit. d VRPG LU; Art. 63 Abs. 1 lit. e VRG GR; (teils) § 64 Ziff. 3a VRPG TG; Art. 147 lit. a CPA JU; Art. 30 Abs. 1 lit. c VerwGG AI; Art. 58 lit. a LPJA NE; Art. 79<sup>bis</sup> VRPG SG. Art. 79<sup>ter</sup> VRPG SG bezeichnet sogar die Klage hinsichtlich Gestaltung des Arbeitsvertrags als zulässig. Demgegenüber schliesst beispielsweise § 50 Abs. 2 lit. c VPO BL die Klage diesbezüglich aus.

Ursache der tiefen Fallzahlen sind in erster Linie die stark eingeschränkten sachlichen Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte als Klageinstanzen, teilweise verbunden mit **Subsidiaritätsklauseln**<sup>18</sup>. Darüber hinaus ist das verwaltungsrechtliche Klageverfahren häufig in Sachgebieten vorgesehen, die dem Staat einen vergleichsweise grossen Handlungsspielraum belassen, was konsensuale Lösungen begünstigt<sup>19</sup>.

## B. Historische Ursachen des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens im System der Verwaltungsrechtspflege

### 1. Fiskustheorie

Im 19. Jahrhundert wurde der (liberale) Staat nicht als Bedrohung empfunden; die Einführung von Gerichten, die gegen Entscheide des Staates angerufen werden konnten, erachtete man als unnötig<sup>20</sup>. Die teilweise bereits in der Helvetik in vielen kantonalen Verfassungen eingeführten Verwaltungsgerichte wurden grösstenteils wieder **abgeschafft**<sup>21</sup>. Die Notwendigkeit eines nachhaltigen Individualrechtsschutzes gegen den Staat hatte sich der breiten Bevölkerung nicht erschlossen. Dies mag zum einen am schlanken Staat und am Liberalismus<sup>22</sup> gelegen haben; neben mässiger Regulierungsdichte dürfte aber auch die grundsätzliche Einstellung des Einzelnen und der Allgemeinheit, was ohne Widerspruch hinzunehmen ist und was nicht<sup>23</sup>, das Desinteresse am ausgebauten Verwaltungsrechtsschutz erklären. Hinzu kam eine gewisse Justizfeindlichkeit der Bevölkerung<sup>24</sup>.

Rechtsschutz erachtete man in der Hauptsache dort als notwendig, wo es um Vermögenswerte ging. Die **Fiskustheorie** lieferte hierfür einen (wissenschaftlichen) Rückhalt<sup>25</sup>; die Theorie hatte im Wesentlichen Rechtsschutzdefizite

<sup>18</sup> Vgl. Art. 67 VRPV UR; Art. 90 Abs. 1 VRPG BE; Art. 124 VRG FR; Art. 59 LPJA NE; Art. 57 Abs. 2 VRPG AR; § 163 VRPG LU; Art. 110 VRPG GL; ähnlich Art. 50 Abs. 2 VPO BL.

<sup>19</sup> Entsprechend ist in diesen Materien oft auch ein Versöhnungsversuch durch das Gericht respektive den Instruktionsrichter vorgesehen (Art. 86 VRPG VS; § 66 VRPG TG; § 169 VRPG LU; § 62 VRPG AG; Art. 91 Abs. 2 VRPG BE; Art. 153 CPA JU; hingegen ist ein Versöhnungsversuch in Art. 102 Abs. 4 VRG FR und Art. 2 Abs. 4 der Verordnung über das Verwaltungsgerichtsverfahren OW ausdrücklich ausgeschlossen.

<sup>20</sup> METZ, S. 3 ff. und S. 7.

<sup>21</sup> METZ, S. 11 f.; BUSER, Geschichte S. 9 f.

<sup>22</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Einleitung Rz. 15.

<sup>23</sup> METZ, S. 4 und 7.

<sup>24</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Einleitung Rz. 1 und Rz. 15.

<sup>25</sup> METZ, S. 12; HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 440; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Vorbem. zu §§ 81–86 Rz. 2.

(fehlende gerichtliche Kontrolle gegenüber Handlungen des Staates) als Hintergrund und die heute etwas originell anmutende Überlegung zum Inhalt, dass sich der Staat in zwei Personen aufteilen lässt: Die eine amtiert als Hoheitsträger, die andere ist eine juristische Person des Privatrechts und gleichzeitig Trägerin von Vermögensrechten – eben der Fiskus. Das Vermögensrecht selbst galt als Teil des Privatrechts und man unterwarf den Fiskus wie eine Person des Privatrechts der zivilrechtlichen Justiz<sup>26</sup>. Da kein gerichtlicher Rechtsschutz gegen den Staat als Hoheitsträger möglich war, wurde versucht, Beziehungen zum Staat als vermögensrechtlicher Natur zu qualifizieren, um sie dem Privatrecht und damit einem gerichtlichen Rechtsschutz zu unterstellen; erfasst wurden in erster Linie steuerrechtliche Fragestellungen, die Besoldung der Staatsangestellten, Ansprüche des Einzelnen gegen den Staat, soweit diese auf Privatrechtstiteln beruhen (Verträge), Enteignungsentschädigungen und schliesslich auch Schadenersatzzahlungen wegen Verletzung wohlverborener Rechte<sup>27</sup>.

Der Grundgedanke der **zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz**, dem Bürger einen grösstmöglichen Schutz seiner individuellen Rechte zu gewährleisten,<sup>28</sup> ist der historische Vorläufer des direkten Verwaltungsprozesses, also der verwaltungsrechtlichen Klage<sup>29</sup>. Dieser Hintergrund wird noch heute in den Bestimmungen zur sachlichen Zuständigkeit der Gerichte im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren vor allem in den kantonalen Verfahrensbestimmungen abgebildet: Vermögensrechtliche Streitigkeiten, vertragliche Streitigkeiten im Allgemeinen, Klagen gestützt auf dienstrechtliche Auseinandersetzungen und Schadenersatzforderungen aus der Verletzung wohlverborener Rechte sind ein bedeutendes Anwendungsfeld des direkten Verwaltungsprozesses<sup>30</sup>.

## 2. **Nachwirkungen der Fiskustheorie**

Die Fiskustheorie und mit ihr die zivilgerichtliche Verwaltungsjustiz blieben noch lange über ihren Entstehungszeitpunkt hinaus bis zur Einführung von Verwaltungsgerichten (insbesondere in den 1960er-Jahren) von grundsätzlicher Bedeutung, zumal sich immer mehr die Auffassung verbreitete, dass der Verwaltung selbst die richterliche Unabhängigkeit fehle<sup>31</sup>. Gleichzeitig aber

---

<sup>26</sup> FLEINER, S. 34 f.; Amtsblatt ZH 2009, S. 912.

<sup>27</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 24; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Einleitung Rz. 6; FLEINER, S. 35; vgl. METZ, S. 12.

<sup>28</sup> METZ, S. 13 mit Hinweis.

<sup>29</sup> In diesem Sinn schon GIACOMETTI, S. 488; vgl. METZ, S. 13.

<sup>30</sup> Vgl. IV/K/4 nachfolgend.

<sup>31</sup> FLEINER, S. 39; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Einleitung Rz. 11.

setzte sich die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht mehr und mehr durch<sup>32</sup>, was die **Schaffung von Verwaltungsgerichten** und die Übertragung der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechungskompetenzen der Zivilgerichte an jene verlangte.

Die Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit im Beschwerdeverfahren auf einzelne Sachgebiete des Verwaltungsrechts durch **Enumeration**<sup>33</sup> wurde erst vergleichsweise gründlich mit der Inkraftsetzung des Bundesgerichtsgesetzes am 1. Januar 2007 überwunden, das in praktisch allen Fällen eine (kantonale) gerichtliche Vorinstanz verlangt.

## II. Aktuelle Rechtfertigung des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens

### A. Die Infragestellung des Klageverfahrens

Die Vorstellung von einem Fiskus als privatem Vermögensträger ist verblasst, der Ausbau des Rechtsschutzes macht die Kunstfigur überflüssig. Damit stellt sich die Frage, weshalb in der Verwaltungsrechtspflege noch heute zwischen ursprünglicher und nachträglicher Verwaltungsgerichtsbarkeit, zwischen verwaltungsrechtlichem Klageverfahren und nachträglichem Beschwerdeverfahren differenziert werden soll.

Die Notwendigkeit der verwaltungsrechtlichen Klage wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt; die einen erachten die verwaltungsrechtliche Klage als **nicht notwendig**, weil sich letztlich alle Auseinandersetzungen mit einer Verfügung abschliessen liessen und diese Verfügung dann den Rechtsweg für das Beschwerdeverfahren öffne<sup>34</sup>, die anderen sehen in diesem Vorgehen Ineffizienzen, aber auch systemische Bedenken, weil die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege **anderen Ansprüchen** genügen muss als ein verwaltungsrechtliches Klageverfahren<sup>35</sup>.

In der Literatur finden sich im Wesentlichen vier (teilweise nicht näher begründete) Argumente (oft mit historischen Bezug), die für ein verwaltungsrechtliches Klageverfahren sprechen sollen: Die **besondere Natur der Streit-sache**, die **Gleichordnung der vom Streitgegenstand betroffenen**

---

<sup>32</sup> FLEINER, S. 40.

<sup>33</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Einleitung Rz. 16 und Rz. 18.

<sup>34</sup> KÖLZ, Prozessmaximen, S. 24; Amtsblatt ZH 2009, S. 914.

<sup>35</sup> METZ, S. 62 f.

**Rechtssubjekte, die fehlende Verfügungskompetenz sowie das Fehlen von (nachträglichem) Rechtsschutz in vermögensrechtlichen Streitigkeiten.**

**B. «Besondere Natur der Streitsache»**

**1. Welche Streitsachen sind weshalb besonderer Natur?**

Zur Begründung der Notwendigkeit eines verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens wird häufig argumentiert, die **besondere Natur der Streitsache** verlange in einzelnen Fällen die Beurteilung dieser besonderen Streitigkeit im direkten Verwaltungsprozess<sup>36</sup>.

Analysiert man die Sachgebiete, die wegen der besonderen Natur der Streitsache in das verwaltungsrechtliche Klageverfahren verwiesen werden, sind dies einerseits Fälle, in denen der Gesetzgeber der Verwaltung **kein Erstentscheidungsrecht** zugestehen wollte, sondern es als zutreffender erachtete, dass ein Gericht als erste Instanz die Auseinandersetzung beurteilt, beispielsweise bei hierarchischer Gleichordnung zweier (in der Regel) Gemeinwesen, die einander nichts vorzuschreiben haben oder teilweise auch bei bloss politischer Gleichordnung, welche die Zuweisung einseitiger Verfügungskompetenzen offenbar als nicht opportun erscheinen lässt<sup>37</sup>.

Die besondere Natur der Streitsache referenziert andererseits auf die **Schwere eines Eingriffs** mit der Folge, dass nur ein unabhängiges Gericht erstmals eine solche Massnahme soll anordnen können. So kann der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDÖB), dessen Empfehlung (an Privatpersonen) betreffend Datenbearbeitung nicht befolgt wird, nicht einseitig verfügen, sondern muss das Bundesverwaltungsgericht um die erstinstanzliche Anordnung derartiger Massnahmen ersuchen («vorlegen»), welches im (erstinstanzlichen) Klageverfahren entscheidet (Art. 35 lit. b VGG); damit brachte der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass dem EDÖB gegenüber Privatpersonen nicht dieselben Befugnisse zukommen sollen, wie er sie gegenüber Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltung hat; bei der erstmaligen Festlegung von vorsorglichen Massnahmen (ebenfalls durch das Bundesverwaltungsgericht und nicht durch den EDÖB) wird bezüglich des anwendbaren Verfahrensrechts überdies ausdrücklich auf den Bundeszivilprozess verwiesen.

---

<sup>36</sup> Ähnlich Art. 77 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101); ferner KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Vorbem. zu §§ 81–86 Rz. 3.

<sup>37</sup> MARTI, Normenkontrolle, S. 126; Amtsblatt ZH 2009, S. 886.

Besonders an der Natur der Sache dürften schliesslich auch historische<sup>38</sup> und selbst im heutigen Kontext psychologische<sup>39</sup> Aspekte sein.

## 2. Bundesrechtliche Streitsachen besonderer Natur

Art. 189 Abs. 2 BV formuliert die Zuständigkeiten des Bundesgerichts und verpflichtet dieses, Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen zu beurteilen. In Art. 120 BGG wird normiert, welche Streitigkeiten das Bundesgericht als erste und einzige Instanz (teilweise) im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren zu erledigen hat; die Zuweisung erfolgte, so die Botschaft zum BGG<sup>40</sup>, für Streitgegenstände, die wegen ihrer Rechtsnatur und Bedeutung sachgerechterweise einen Einsatz des Bundesgericht als richtig erscheinen lassen.

Diese sogenannten Direktprozesse<sup>41</sup> sind heute im Sinn einer Einheitsklage zusammengefasst. Die Zulässigkeit der Einheitsklage beurteilt sich unabhängig davon, ob das streitige Rechtsverhältnis als zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu beurteilen ist<sup>42</sup>. Falls man hier überhaupt noch den Begriff der «verwaltungsrechtlichen Klage» verwenden will, kann eine solche auf den zwischenstaatlichen Streitigkeiten (Bund – Kanton, Kanton – Kanton) beruhen. Davon erfasst sind **Kompetenzkonflikte** zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden und andere öffentlichrechtliche Streitigkeiten, soweit nicht ein Bundesgesetz einer Behörde Verfügungskompetenzen «über solche Streitigkeiten» überträgt (Art. 120 Abs. 2 BGG). Die besondere Natur der Sache betrifft das (den Kompetenzkonflikt hervorrufende) Rechtsverhältnis zwischen den genannten möglichen Verfahrensparteien und nicht etwa deren unterschiedliche Auffassung über die Anwendung von Bundesrecht im Allgemeinen (hierfür stünde die Behördenbeschwerde nach Art. 89 Abs. 2 lit. a zur Verfügung).

Als «besonders» wird aber auch die Meinungsdivergenz zwischen Bund und **Nationalbank** betrachtet, wenn es um die Ausschüttung von Gewinnen geht; hier entscheidet das Bundesverwaltungsgericht als erste verwaltungsrechtliche Klageinstanz (Art. 35 lit. c VGG). Es dürfte die besondere Stellung der Nationalbank Ursache hierfür sein.

<sup>38</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Vorbem. zu §§ 81–86 Rz. 2.

<sup>39</sup> KÖLZ, Prozessmaximen, S. 20.

<sup>40</sup> BBl 2001 4351.

<sup>41</sup> WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 1.

<sup>42</sup> RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 2143.

### 3. Kantonalrechtliche Streitsachen besonderer Natur

In der Hauptsache beschränkt sich der Zuständigkeitskatalog auf kantonaler Ebene auf die üblichen (primär **historisch bedingten**) Kompetenzen wie **vertragliche**<sup>43</sup> oder **vermögensrechtliche**<sup>44</sup> **Streitigkeiten mit Beteiligung der öffentlichen Hand, Streitigkeiten aus Konzessionen** (Verleihungen)<sup>45</sup> und Auseinandersetzungen zwischen **Gebietskörperschaften** (insbesondere zwischen Kanton und Gemeinden oder zwischen den Gemeinden)<sup>46</sup>.

Daneben finden sich auch in den kantonalen Verfahrensgesetzen (aus Sicht der kantonalen Gesetzgeber) vereinzelt andere eine Beurteilung im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren verlangende Besonderheiten<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Art. 66 lit. a VRPV UR; § 50 Abs. 1 lit. a VPO BL; § 67 Abs. 1 lit. a VRPV SZ; Art. 87 lit. b (mit kantonaler Beteiligung Zuständigkeit des Gerichts) respektive Art. 88 lit. d VRPG BE (ohne kantonale Beteiligung Zuständigkeit des Statthalters); § 64 Ziff. 1a VRPG TG; Art. 76 VRPG SG (Zuständigkeit der Regierung); § 162 Abs. 1 lit. a VRPG LU; Art. 109 lit. b VRPG GL; § 81 lit. b VRG ZH (ohne Arbeitsverträge); § 60 lit. a VRPG AG; Art. 147 lit. b CPA JU; Art. 30 Abs. 1 lit. b des VerwGG AI; Art. 71 lit. b LPCA TI; Art. 63 Abs. 1 lit. b VRG GR; Art. 121 Abs. 2 lit. b VRG FR; Art. 57 Abs. 1 lit. b VRPG AR; Art. 58 lit. b LPJA NE; Art. 62 Abs. 1 lit. a GOG OW.

<sup>44</sup> Art. 66 lit. c und d VRPV UR; § 81 Ziff. 1 VRPG ZG; Art. 58 lit. d LPJA NE; Art. 71 lit. a LPCA TI; keine Beteiligung der öffentlichen Hand verlangen für die Zulässigkeit der Klage in vermögensrechtlichen Streitigkeiten gestützt auf öffentliches Recht § 50 Abs. 1 VPO BL, Art. 57 Abs. 1 lit. a VRPG AR und explizit Art. 88 lit. e VRPG BE (Statthalter). Explizit genannt werden regelmässig Entschädigungsansprüche gegenüber dem Gemeinwesen (§ 67 Abs. 1 lit. c VRPV SZ; § 64 Ziff. 3 VRPG TG; Art. 121 Abs. 2 lit. b VRG FR; § 50 Abs. 1 lit. c VPO BL; Art. 63 Abs. 1 lit. c VRG GR; Art. 62 Abs. 1 lit. d GOG OW; Art. 30 Abs. 1 lit. a VerwGG AI).

<sup>45</sup> Art. 66 lit. b VRPV UR; § 67 Abs. 1 lit. b VRPV SZ; § 81 Ziff. 3 VRPG ZG; Art. 83 lit. b VRPG VS; § 64 Ziff. 2 VRPG TG; § 162 Abs. 1 lit. c VRPG LU; § 60 lit. b VRPG AG; Art. 121 Abs. 2 lit. b VRG FR; § 50 Abs. 1 lit. a VPO BL; Art. 57 Abs. 1 lit. c VRPG AR; Art. 147 lit. b CPA JU; Art. 62 Abs. 1 lit. c GOG OW.

<sup>46</sup> Art. 109 lit. a VRPG GL; § 64 Ziff. 1 VRPG TG; § 80 VRPG ZG; § 67 Abs. 1 lit. f VRPV SZ; § 162 Abs. 1 lit. b VRPG LU; Art. 62 Abs. 1 lit. b GOG OW. Art. 63 Abs. 1 lit. a VRG GR betont explizit das Erfordernis der Gleichordnung der Gemeinwesen. Einen vermögensrechtlichen Charakter solcher Streitigkeiten zwischen Gemeinwesen voraussetzen Art. 83 lit. a VRPG VS, § 60 lit. c VRPG AG sowie bei Streitigkeiten zwischen Gemeinden Art. 88 lit. b VRPG BE (vor dem Regierungsstatthalter).

<sup>47</sup> Auffallend sind die folgende Regelungen: Nach Art. 63 Abs. 1 lit. g VRG GR ist die Klage ans Verwaltungsgericht in landeskirchlichen Auseinandersetzungen zulässig, wenn staatliches Recht angerufen wird. Nach Art. 83 lit. d VRPG VS ist die Klage in Streitigkeiten über die Bestimmung der Gemeindegrenzen, nach Art 58 lit. d LPJA NE bei ungerechtfertigter Bereicherung und nach Art. 147 lit. c CPA JU bei ausservertraglichem Schadenersatz zulässig.

## C. Fehlende Verfügungskompetenz?

### 1. Grundsatz der Verfügungskompetenz des Gemeinwesens, das öffentliche Aufgaben erfüllt

Das Klageverfahren soll dann zur Anwendung kommen, wenn in einer Streit-sache niemandem die Verfügungskompetenz zusteht<sup>48</sup>. Wann ist dies der Fall?

Die Verfügung (der Entscheid) ist ein Instrument des Verwaltungsrechtspfle-geverfahrens einerseits (Anfechtungsobjekt) und ein Instrument des materiel-len Verwaltungsrechts andererseits<sup>49</sup>. Die Verfügungskompetenz (die Kompe-tenz, einseitig ein Rechtsverhältnis verbindlich zu regeln) ist eine mit der Übertragung von öffentlichen Verwaltungsaufgaben verbundene «Prärogative der Verwaltung»<sup>50</sup>. Ist die Verwaltung durch Gesetz verpflichtet, eine Aufgabe zu erfüllen, ist sie auch berechtigt, die notwendigen Entscheide zu treffen. Denn wer zur Erfüllung einer Staatsaufgabe sachlich, örtlich und funktionell zuständig ist, ist auch zuständig, damit verbundene Verwaltungsrechtsverhält-nisse durch Verfügung autoritativ zu regeln. Mit anderen Worten: **Verwal-tungsbefugnis schliesst Verfügungsbefugnis ein**<sup>51</sup>.

### 2. Sachgesetzliche Ausnahmen

Das gilt dann nicht, wenn der öffentliche Aufgaben erfüllenden Behörde die Entscheidkompetenz im betreffenden Sachgebiet **entzogen** wird; dieser Aus-schluss kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen<sup>52</sup> und ist im konkre-ten Einzelfall durch Auslegung der relevanten verwaltungsrechtlichen Normen zu ermitteln. Angesichts des Grundsatzes «Verwaltungsbefugnis schliesst Ver-fügungsbefugnis ein» wird ein klares Auslegungsergebnis zugunsten des Ent-zugs von Verfügungskompetenzen vorauszusetzen sein.

Für das verwaltungsrechtliche Klageverfahren sind diejenigen Bereiche staat-licher Aufgabenerfüllung interessant, die nicht durch Verfügung geregelt wer-den dürfen. Es sind dies Aufgabenfelder, in denen die gesetzlichen Grundlagen zur Verwaltungstätigkeit die Befugnis der Verwaltung, einseitig zu entscheiden, **ausdrücklich ausschliessen**. Da mit der Übertragung einer öf-

<sup>48</sup> So explizit § 81 lit. a VRG ZH; Art. 121 Abs. 1 VRG FR. METZ, S. 61; GYGI, Bundesver-waltungsrechtspflege, S. 29; KÖLZ/HANER, Rz. 17; Amtsblatt ZH 2009, S. 915.

<sup>49</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 128.

<sup>50</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 31.

<sup>51</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 19 ff.; vgl. auch BGer, Urteil 2C\_715/2008 vom 15.4.2009 E. 3.2; BGE 115 V 375 E. 3b.

<sup>52</sup> BGer, Urteil 2C\_715/2008 vom 15.4.2009 E. 3.2; BGE 115 V 375 E. 3b.

fentlichen Aufgabe auch deren Erfüllung sichergestellt werden muss, sind solche Konstellationen die Ausnahme; Aufgabenzuweisung und gleichzeitiger Entzug von Entscheidungskompetenzen im zugewiesenen Sachgebiet erscheinen wenig effizient.

Eine Ausnahme liegt dann etwa vor, wenn das Sachgesetz die vollziehende Verwaltung anweist, mit dem betroffenen Privaten **ausschliesslich** eine **vertragliche** Vereinbarung zu treffen. Auch die Verpflichtung zu blossem **Hinwirken** auf ein Ergebnis beinhaltet keine Verfügungskompetenz. Keine Verfügungskompetenz ist ferner gegeben, wenn das Rechtsverhältnis vollständig dem **Privatrecht** untersteht<sup>53</sup>.

Mit der Übertragung von Verfügungskompetenz ist die Verwaltung verpflichtet, in Vollzug ihres gesetzlichen Auftrags die notwendigen Entscheidungen **selbst** zu treffen; sie kann nicht auf ihre Verfügungskompetenz verzichten und einen umstrittenen Entscheid über das verwaltungsrechtliche Klageverfahren durch ein Gericht fällen lassen<sup>54</sup>.

### 3. Sachliche Zuständigkeit eines Gerichts im verwaltungsrechtlichen Verfahren als «Wegbedingung» der Verfügungskompetenz in der Sache?

Die Verfügungskompetenz kann auch **über die verfahrensrechtliche Zuständigkeitsregelung** wegbedungen werden; wenn im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehen ist, dass eine Streitigkeit im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren auszutragen ist, gelten «Entscheide» oder «Erklärungen» der Behörden in dieser Sache nicht als Verfügungen (so ausdrücklich Art. 5 Abs. 3 VwVG)<sup>55</sup>. Dies ist nur anders, wenn im entsprechenden Sachgesetz ausdrücklich normiert wird, die Behörde setze ihre Aufgabe durch Verfügung um<sup>56</sup>. Regelungen wie jene im VwVG wollen sicherstellen, dass der vorgesehene Rechtsschutzweg eingehalten wird und nicht über ein (unerwünschtes) Anfechtungsobjekt das Beschwerdeverfahren möglich wird<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Vgl. etwa die Geltung des Privatrechts für das Finanzvermögen im Aussenverhältnis (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2330).

<sup>54</sup> Nach älterer schweizerischer Lehre bestand in der Verwaltungstätigkeit kein Spielraum für Vereinbarungen; die heutige Lehre anerkennt grundsätzlich die Zulässigkeit. Die Zulässigkeit subordinationsrechtlicher Verträge wird nach wie vor skeptisch beurteilt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1068 f.).

<sup>55</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 31; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Vorbem. zu §§ 81-86 Rz. 7; METZ, S. 45 und S. 123.

<sup>56</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Vorbem. zu §§ 81-86 Rz. 7.

<sup>57</sup> Vgl. MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG Kommentar, Art. 5 Rz. 67.

In den kantonalen Verfahrensgesetzen findet sich diese korrigierende Einschränkung der den Sachgesetzen immanenten Verfügungskompetenz im Sinn von Art. 5 Abs. 3 VwVG nicht; ein qualifiziertes Schweigen ist das sicher nicht; es besteht kein Grund, die bundesrechtliche Regelung nicht auch als kantonale Praxis zu akzeptieren.

#### D. Gleichordnung der Rechtssubjekte?

Die Gleichordnung der Rechtssubjekte hat letztlich (auch) die fehlende Verfügungskompetenz als Folge oder wenigstens die Überzeugung, dass es Streitfälle gibt, die nicht von einem Beteiligten einseitig (wenn auch unter dem Beschwerdevorbehalt) entschieden werden sollen. Das Kriterium der Gleichordnung ist politisch wesentlich bei Streitigkeiten zwischen Gebietskörperschaften (Kanton – Kanton; Gemeinde – Gemeinde); diese Konstellation ist im sachlichen Zuständigkeitsbereich der verwaltungsrechtlichen Klageinstanzen denn auch regelmässig zu finden<sup>58</sup>.

Formell gleichberechtigt stehen sich die öffentliche Hand und ein Privater (eher ausnahmsweise) dann gegenüber, wenn sie sich (zulässigerweise) vertraglich binden. Streitigkeiten aus **verwaltungsrechtlichen Verträgen** begründen in den kantonalen Verfahrensgesetzen faktisch immer die erstinstanzliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte im Klageverfahren. Diese Gleichordnung der Vertragsparteien verwaltungsrechtlicher Verträge muss kein Vorteil sein; sie führt dazu, dass der Staat Vertragsauflösungen in Form von Erklärungen herbeiführen kann und die Kündigung keine Verfügung darstellt<sup>59</sup> (was schon mit Blick auf das rechtliche Gehör für den betroffenen Privaten kein Vorteil ist). Man könnte sich ebenso auf den Standpunkt stellen, auch Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen seien dem Anfechtungsstreitverfahren zu unterstellen.

Das Kriterium der Gleichordnung ist mithin ein **Indiz**, in welchen Fällen der Gesetzgeber das Klageverfahren als das zutreffende Rechtsschutzmittel vorsehen kann; ein klares Kriterium, dass dann die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege greifen muss, ist es aber nicht.

<sup>58</sup> Art. 109 lit. a VRPG GL; § 64 Ziff. 1 VRPG TG; § 80 VRPG ZG; § 67 Abs. 1 lit. f VRPV SZ; § 162 Abs. 1 lit. b VRPG LU. Art. 63 Abs. 1 lit. a VRG GR.

<sup>59</sup> Anderes gilt bei Kündigungen von öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen; vgl. BGer, Urteil 2P.104/2004 vom 14.3.2005 E. 4.4.

## **E. Fehlen von (gerichtlichem) Rechtsschutz in vermögensrechtlichen Streitigkeiten?**

Nach wie vor können in den meisten Kantonen **vermögensrechtliche Streitigkeiten**, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, vor Verwaltungsgericht im Klageverfahren ausgetragen werden, sofern keine Beschwerde möglich ist (oder war) oder eine Zuständigkeit des Zivilgerichts gegeben ist<sup>60</sup>.

Die Regelung ist vor dem historischen Hintergrund (Fiskustheorie) verständlich. Aber auch vermögensrechtliche Streitigkeiten lassen sich ohne Weiteres dem nachträglichen Rechtsschutz unterstellen, wenn man das verfahrensrechtlich will<sup>61</sup>. Der Rechtsschutz ist auch in diesen Fällen sichergestellt, weshalb das Kriterium nicht zwingend das verwaltungsrechtliche Klageverfahren verlangt.

## **III. Unterschiede zwischen Klage- und Beschwerdeverfahren**

### **A. Grundsatz**

Die Unterschiede zwischen Klage- und Beschwerdeverfahren sind nur so gross, wie dies die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, welche den beiden Verfahrensarten zugrunde liegen, zulassen. Allein die Tatsache, dass im Beschwerdeverfahren die Behörde das Anfechtungsobjekt setzt und der Betroffene (innert Frist) reagieren muss, im Klageverfahren aber der Kläger die Initiative ergreift und versucht, ein Urteil in seinem Sinn durchzusetzen, macht aus den beiden Verfahren noch keine Gegensätze. Entscheidend ist, welche Verfahrensbestimmungen den Gang des Klageverfahrens regeln – in der Hauptsache die Zivilprozessordnung (und mit ihr deren Prinzipien) oder aber in sinnvoller Anwendung auf das Beschwerdeverfahren zugeschnittenes Verwaltungsverfahrensrecht.

---

<sup>60</sup> Art. 66 lit c und d VRPV UR; § 81 Ziff. 1 VRPG ZG; Art. 58 lit. d LPJA NE; Art. 71 lit. a LPCA TI; keine Beteiligung der öffentlichen Hand verlangen für die Zulässigkeit der Klage in vermögensrechtlichen Streitigkeiten gestützt auf öffentliches Recht § 50 Abs. 1 VPO BL, Art. 57 Abs. 1 lit. a VRPG AR und explizit Art. 88 lit. e VRPG BE (Statthalter).

<sup>61</sup> KÖLZ, Prozessmaximen, S. 24; a.M. METZ, S. 62 f.

## B. Anwendbares Verfahrensrecht im Bund

Für die verwaltungsrechtliche Klage (bzw. die Einheitsklage) gestützt auf Art. 120 BGG gilt der Bundeszivilprozess (Art. 120 Abs. 3 BGG). Er wird von der Verhandlungsmaxime dominiert (vgl. Art. 3 Abs. 2 BZP) und ist trotz gewisser Einschränkungen näher bei der zivilprozessualen Regelung als beim Verwaltungsverfahren<sup>62</sup>.

Für die Klagen vor dem Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich<sup>63</sup> ebenfalls der Bundeszivilprozess anwendbar. Der Sachverhalt ist allerdings von Amtes wegen festzustellen (Art. 44 Abs. 2 VGG).

## C. Anwendbares Verfahrensrecht in den Kantonen

In einigen Kantonen wird «sinngemäss» und mit Einschränkungen die **Zivilprozessordnung** als massgebliches Verfahrensrecht für das verwaltungsrechtliche Klageverfahren bestimmt<sup>64</sup>. Was das mit Bezug auf die Prozessmaximen heissen soll, wird der Rechtsprechung überlassen.

Diesen Weg gehen nicht alle Kantone; die (ebenfalls sinngemässe) Verweisung auf die Bestimmungen zur **Verwaltungsrechtspflege**, insbesondere vor den Verwaltungsgerichten, ist ein verbreiteter Ansatz<sup>65</sup>, der die Nähe zum öffentlichen Verfahrensrecht und die Zufälligkeit, mit der gewisse Sachbereiche dem verwaltungsrechtlichen Klageverfahren unterstellt werden, dokumentiert.

Es findet schliesslich auch die Lösung, einerseits Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes für anwendbar zu erklären, ergänzt mit einem subsidiären Verweis auf die Zivilprozessordnung<sup>66</sup>. Die Anpassungen zeigen sehr deutlich, dass die meisten kantonalen Verfahrensgesetzgeber in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten keinen reinen Zivilprozess wünschen.

<sup>62</sup> Vgl. zu den geltenden Verfahrensmaximen SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, SHK BGG, Art. 120 Rz. 20 ff.

<sup>63</sup> Die ausgenommenen Bestimmungen des BZP betreffen die Zuständigkeit des Bundesgerichts (Art. 1 und 2 BZP) sowie die sofortige Vollstreckbarkeit des (erst- und letztinstanzlichen) Urteils des Bundesgerichts im Direktprozess.

<sup>64</sup> § 70 Abs. 1 VRPV SZ; § 63 VRPG AG; Art. 101 VRG FR; Art. 30 Abs. 2 Satz 1 des VerwGG AI. § 63 Abs. 1 VRPG SO verweist spezifisch für Hauptverhandlung grundsätzlich auf die Zivilprozessordnung.

<sup>65</sup> Art. 74 VRPV UR; § 86 VRPG ZG; § 172 VRPG LU; § 69 VRPG TG; Art. 80 Abs. 1 VRPG SG ("sachgemäss"); § 86 VRG ZH; Art. 85 VRPG VS; Art. 59 VRPG AR.

<sup>66</sup> Art. 65 VRPG GR; Art. 109 LPA VD; Art. 157 CPA JU. Eine ergänzende Anwendbarkeit der Zivilprozessordnung ist allerdings in einigen Verfahrensordnungen auch für das Beschwerdeverfahren vorgesehen (vgl. etwa, mit Einschränkung auf bestimmte Materien, § 71 VRG ZH).

## D. Prozessmaximen

### 1. Vorbemerkung

In verwaltungsrechtlichen Klageverfahren im Bund wie auch in den Kantonen stehen sich Kläger und Beklagter wie im Zivilprozess in einem Zwei-Parteien-Streit gegenüber, in welchem die Sachlegitimation (nicht die Beschwerdebefugnis<sup>67</sup>) zu prüfen ist und im Rahmen der Parteianträge keine Kognitionsbeschränkung besteht. Es gelten die folgenden Prozessmaximen.

### 2. Dispositionsmaxime – Offizialmaxime

Im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren gilt grundsätzlich die **Dispositionsmaxime**<sup>68</sup>. Dies hat zur Folge, dass allein die ansprechende Partei über die Einleitung eines Klageverfahrens bestimmt<sup>69</sup> und der Richter an die Parteianträge gebunden ist und dem Kläger weder mehr noch anderes zusprechen darf, als dieser verlangt. In Milderung der reinen Dispositionsmaxime dürfte der Verwaltungsrichter allerdings gehalten sein, die Parteien auf unzulängliche Rechtsbegehren aufmerksam zu machen<sup>70</sup>.

Die Anwendbarkeit der Dispositionsmaxime hat zur Folge, dass die Parteien auch über ihre Ansprüche (vorbehältlich der Widerrechtlichkeit des Rechtsverhältnisses) frei verfügen können<sup>71</sup>. Klagen können anerkannt, teilweise anerkannt oder zurückgezogen werden mit der Rechtsfolge, dass der Anspruch infolge Verzichts untergeht<sup>72</sup> oder dass über den Rechtsstreit ein Vergleich abgeschlossen werden kann<sup>73</sup>.

Im Anfechtungsstreitverfahren ist dies an sich nicht grundlegend anders; ein Beschwerdeführer ist ebenfalls berechtigt, gegen den erstinstanzlichen Entscheid ein Rechtsmittel zu ergreifen oder auch nicht; er ist berechtigt, die vollumfängliche Aufhebung des Entscheids zu verlangen oder auch nur die Auf-

---

<sup>67</sup> Vgl. Ziff. IV./F. nachfolgend.

<sup>68</sup> METZ, S. 176; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 205. Differenzierend allerdings KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 9.

<sup>69</sup> METZ, S. 143.

<sup>70</sup> So sogar Art. 56 ZPO.

<sup>71</sup> GULDENER, S. 400; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Vorbem. zu §§ 19–28.

<sup>72</sup> Im Klagerückzug (wie auch in der Klageanerkennung) wird in der Regel auch ein Rechtsgeschäft des materiellen Rechts und damit ein materiellrechtlicher Verzicht oder ein materiellrechtliches Anerkenntnis gesehen (hierzu und zu den Ausnahmen GULDENER, S. 400 f.). Ferner KÖLZ, Prozessmaximen, S. 22.

<sup>73</sup> KÖLZ, Prozessmaximen, S. 20 ff.; METZ, S. 144. Insbesondere zum Vergleich KÖLZ, Prozessmaximen, S. 29 ff.; MERKER, § 65 Rz. 1 ff.

hebung von Teilen des Entscheids oder seine Beschwerde zurückzuziehen, wenn er die Erfolgsaussichten als schlecht beurteilt. Nicht beseitigen kann er selbstverständlich den erstinstanzlichen Entscheid. Die Zulässigkeit von Vergleichen im Anfechtungsverfahren ist tendenziell der Ausnahmefall, wenngleich möglich. Gegen Vergleichslösungen sprechen die zwingende Natur des öffentlichen Rechts sowie das Rechtsgleichheitsgebot, das durch divergierende Absprachen gefährdet ist. Teilweise wird die Zulässigkeit des Vergleichs nur vorliegen, wo die Beteiligten auch zur vertraglichen Regelung der öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung befugt sind<sup>74</sup>.

### 3. Verhandlungsmaxime – Untersuchungsmaxime

Im Zivilprozess gilt die Verhandlungsmaxime. Demgemäss ist es Sache der Parteien, den Prozessstoff beizubringen und darzulegen. Der Kläger hat die Tatsachen (form- und fristgerecht) zu behaupten und zum Beweis zu offerieren, auf die er seinen Rechtsanspruch stützt, der Beklagte hat diejenigen (rechtshindernden und rechtsaufhebenden) Tatsachen zu behaupten und zum Beweis zu offerieren, mit denen er den gegnerischen Standpunkt widerlegen will<sup>75</sup>.

Demgegenüber ist das Verwaltungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz geprägt. Es ist nach der materiellen Wahrheit zu suchen. Dies hat zur (theoretischen) Folge, dass die entscheidende Instanz von sich aus die notwendigen Abklärungen trifft und alle in Frage stehenden Rechtsstandpunkte prüft<sup>76</sup>. Das ist in der Wirklichkeit natürlich nicht so. Auch im Anfechtungsstreitverfahren werden in erster Linie die Argumente geprüft, die im Rahmen der Beschwerdeanträge vorgebracht werden; die entscheidende Behörde ist schon gestützt auf die Mitwirkungspflichten der Parteien nicht gezwungen, allen möglichen Rechtsstandpunkten, selbst wenn sie nicht geltend gemacht wurden, nachzugehen und alle möglichen Beweismittel im Rahmen der Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen zu erheben<sup>77</sup>. Die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes wird zudem von der einzelnen Richterpersönlichkeit wie auch der Fallbelastung des betreffenden Spruchkörpers abhängen. Wer keine Zeit hat, macht weniger Augenscheine.

---

<sup>74</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 28 Rz. 22; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Art. 39 Rz. 9 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1083.

<sup>75</sup> GULDENER, S. 166 ff.; GLASL, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, Art. 59 Rz. 43 ff.

<sup>76</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 60 Rz. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 206.

<sup>77</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 60 Rz. 1.

Der Grundsatz, wonach die Behörden den Sachverhalt von Amtes wegen zu überprüfen und die notwendigen Ermittlungen anzustreben haben, gilt im Klageverfahren in der Regel nicht. Anzuwenden ist vielmehr die **Verhandlungsmaxime**. Gerade weil kein vorinstanzlicher Entscheid vorhanden ist, muss der massgebende Sachverhalt möglichst eingehend in den Parteivorbringen dargestellt sein<sup>78</sup>. Die Anwendung der allgemeinen zivilprozessualen Säumnisregeln schliesst den Untersuchungsgrundsatz aus. Der Richter kann im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren ohne anderslautende gesetzliche Normierung nur berücksichtigen, was die Parteien auch tatsächlich (rechtzeitig) behauptet haben<sup>79</sup>; übereinstimmende Parteierklärungen hat er ungeachtet ihres Wahrheitsgehaltes dem Urteil zugrunde zu legen, es sei denn, es liege ein offensichtlicher Fall von Rechtsmissbrauch vor.

Von diesem Grundsatz gibt es **Ausnahmen**, die sich aus den Verfahrensbestimmungen des jeweiligen Rechtspflegegesetzes ergeben; so verweist Art. 44 VGG für das Klageverfahren vor Bundesverwaltungsgericht zwar auf die Bestimmungen des Bundeszivilprozesses, verpflichtet das Gericht aber, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 44 Abs. 2 VGG); zudem kann das Gericht gestützt auf Art. 37 BZP (ähnlich Art. 153 Abs. 2 ZPO) von den Parteien nicht angebotene Beweismittel beziehen. Auch im kantonalen Verfahrensrecht ergibt sich oft die grundsätzliche Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes<sup>80</sup>. Diese Regelungen und Entscheide verdeutlichen die öffentlichrechtlichen Grundlagen der verwaltungsrechtlichen Klage.

#### 4. Eventualmaxime – (Untersuchungsmaxime)

Die Parteien sollen nach der Eventualmaxime (im Sinn einer Ordnungsvorschrift) alle Angriffs- und Verteidigungsmittel in Klage und Antwort vorbringen (**Konzentrationsgrundsatz**<sup>81</sup>). Was später vorgebracht wird, ist aus dem Recht zu weisen. Auch dieser zivilprozessuale Grundsatz ist im verwaltungs-

---

<sup>78</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 12 und § 85 Rz. 5 am Ende.

<sup>79</sup> KÖLZ, Prozessmaximen, S. 93.

<sup>80</sup> Art. 58 Abs. 2 Satz 1 VRPG AR; Art. 30 Abs. 2 Satz 2 des VerwGG AI. KGer BL, Urteil 820 02 473 vom 22.2.2006 E. I.2.2. Häufig ist zudem für das Klageverfahren zwar die Bestimmung, wonach das Gericht die Vorbringen nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht frei respektive nach pflichtgemäßem Ermessen zu würdigen hat (vgl. Fn. 84). Dabei handelt es sich jedoch um Kognitionsbestimmungen und nicht eine Statuierung des Untersuchungsprinzips (KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 85 Rz. 4 f.; ferner MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Art. 92 Rz. 3, wonach Art. 92 Abs. 1 VRPG BE eine Selbstverständlichkeit formuliert), obwohl es bei einer erstinstanzlichen Klage nicht um den Überprüfungsumfang hinsichtlich eines (fehlenden) Anfechtungsobjekts gehen kann.

<sup>81</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 67; GULDENER, S. 181. Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, Art. 229 Rz.1.

rechtlichen Klageverfahren regelmässig anwendbar<sup>82</sup>, allerdings dann nur eingeschränkt, soweit die Untersuchungsmaxime gilt. Diese kann es gebieten, auch verspätete Parteivorbringen zu berücksichtigen<sup>83</sup>.

## E. Kognition der angerufenen Rechtsschutzinstanz

Die Kognition ist die **Überprüfungsbefugnis** der Rechtsmittelinstanz; dies setzt eine im Entscheidzeitpunkt bestehende (und angefochtene) Verfügung voraus.

Eine (zu beachtende) klage- oder beschwerdefähige Verfügung liegt im (ursprünglichen) verwaltungsrechtlichen Klageverfahren nicht vor, weshalb die beschränkte Überprüfungsbefugnis im Klageverfahren nicht denkbar ist<sup>84</sup>. Notwendigerweise spielt deshalb auch die ohnehin problematische<sup>85</sup> Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff keine Rolle<sup>86</sup>.

## IV. Sachurteilsvoraussetzungen der verwaltungsrechtlichen Klage

### A. Grundsatz

Die prozessuale Zulässigkeit der Klage entscheidet sich wie im Zivilprozess anhand der Sachurteilsvoraussetzungen. Sachurteilsvoraussetzungen sind die Zulässigkeit des gewählten Rechtswegs (Verwaltungsrechtsweg und Klageverfahren, nicht Zivilgericht oder Beschwerdeverfahren), die funktionelle, sachliche und örtliche Zuständigkeit, die formrichtige Erhebung der Klage, Partei- und Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit des Vertreters, Wahrung allfälliger Klagefristen, keine Rechtshängigkeit in gleicher Sache, keine res iudicata, kein Klageausschluss durch ausdrücklichen Klageverzicht, Durchführung des Vorverfahrens (in der Regel eine Ordnungsvorschrift), schutzwürdiges Inte-

<sup>82</sup> Vgl. Art. 19 BZP; Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über das Verwaltungsgerichtsverfahren OW; §§ 166 f. VRPG LU; § 83 Abs. 3 VRG ZH; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 84 Rz. 7.

<sup>83</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 84 Rz. 7.

<sup>84</sup> In diesem Sinn sieht das kantonale Recht generell eine Prüfung nach pflichtgemäsem Ermessen vor (Art. 72 Abs. 1 VRPV UR; § 70 Abs. 2 VRPV SZ; § 85 Abs. 2 VRPG ZG; § 171 Abs. 1 VRPG LU; Art. 112 Abs. 1 VRPG GL; Art. 92 Abs. 1 VRPG BE; § 85 VRG ZH; § 53 VPO BL; Art. 74 LPCA TI; Art. 156 CPA JU; Art. 6 Satz 2 der Verordnung über das Verwaltungsgerichtsverfahren OW).

<sup>85</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 428aa und 447 ff.

<sup>86</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 302.

resse der die Klage einleitenden Partei, Sicherstellung der Prozesskosten, keine Schiedsabrede (sofern überhaupt zulässig).

Nicht zu den Sachurteilsvoraussetzungen gehört im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren die Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation); wer als Kläger auftreten darf und wer nicht ist eine Frage des materiellen Rechts und beeinflusst die prozessuale Zulässigkeit der Klage nicht<sup>87</sup>.

Das Fehlen einer Sachurteilsvoraussetzung führt zu einem Prozessurteil; auf die Klage wird nicht eingetreten.

## B. Verwaltungsrechtliche Streitigkeit

Die verwaltungsrechtliche Klage steht nur zur Verfügung, wenn es sich um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit handelt. Zu prüfen ist deshalb, ob das umstrittene Rechtsverhältnis ein öffentlichrechtliches oder ein privatrechtliches ist<sup>88</sup>.

Die **Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht** wird anhand verschiedener Abgrenzungskriterien ermittelt (Subordinationstheorie, Interessentheorie, Funktionstheorie, modale Theorie)<sup>89</sup>. Da die verschiedenen Theorien nur einzelne Aspekte der Unterscheidung hervorheben, vertraut die Praxis wie bei der Auslegung von Rechtsnormen auf einen Methodenpluralismus<sup>90</sup>. Das Bundesgericht prüft regelmässig, welche Theorie dem konkreten Anwendungsfall am besten gerecht wird. Damit trägt es dem Umstand Rechnung, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, die sich nicht mit einem einzigen theoretischen Unterscheidungsmerkmal erfassen lassen<sup>91</sup>.

Privatrechtliches Handeln des Staats liegt typischerweise vor bei der administrativen Hilfstätigkeit (Bedarfsverwaltung), teilweise bei der Verwaltung von Finanzvermögen und bei der (zulässigen) privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Gemeinwesens<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 3.

<sup>88</sup> METZ, S. 68 ff.

<sup>89</sup> Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 253 ff.

<sup>90</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 264.

<sup>91</sup> BGE 132 I 270 E. 4.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 265.

<sup>92</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 279 ff.

Qualifikationen finden sich aber oft auch in den Sachgesetzen<sup>93</sup>.

### C. Subsidiarität

Der Grundsatz der Subsidiarität wird unterschiedlich definiert. Gestützt auf Art. 120 Abs. 2 BGG ist die Klage unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz eine Behörde zum Erlass einer Verfügung über solche Streitigkeiten ermächtigt, die gestützt auf Art. 120 Abs. 1 BGG vom Bundesgericht im Klageverfahren zu erledigen sind. Hier ist die Klage subsidiär zur Einheitsbeschwerde. Da das Vorliegen einer solchen «Ermächtigung» regelmässig unklar ist, wird auch die verlangte bundesrechtliche Verfahrensart (als Sachurteilsvoraussetzung) oft zur Ungewissheit. In der Literatur wird deshalb empfohlen, in solchen Fällen sowohl zu klagen wie auch Beschwerde zu erheben<sup>94</sup>.

Gestützt auf Art. 36 VGG ist die Klage ans Bundesverwaltungsgericht unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz die Erledigung des Streites einer in Art. 33 VGG erwähnten Behörde überträgt; Art. 33 VGG regelt die Vorinstanzen, gegen deren Verfügungen eine Beschwerde ans Verwaltungsgericht zulässig ist.

In den kantonalen Verfahrensgesetzen ist die Klage teilweise subsidiär zum Beschwerdeverfahren<sup>95</sup>, teilweise ist sie es nicht, teilweise werden in die sachliche Zuständigkeit regelnden Teilgeneralklauseln für einzelne Sachgebiete Subsidiaritätsklauseln integriert<sup>96</sup>. Der Subsidiaritätsgrundsatz der verwaltungsrechtlichen Klage kann deshalb weder als Grundsatz noch als Ausnahme gelten, sondern es ist in jedem Einzelfall abzuklären, wie der betreffende kantonale Gesetzgeber diese Frage der Stellung der verwaltungsrechtlichen Klage entschieden hat.

Dabei ist oftmals auf die (allerdings knappe) Rechtsprechung zu den prozessualen Aspekten der verwaltungsrechtlichen Klage in den betreffenden Kantonen zurückzugreifen, da sich die Frage den Verfahrensgesetzen nicht immer entnehmen lässt und die Feststellung der Subsidiarität dem Richter überlassen

<sup>93</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1057. Vgl. für ein Beispiel BGer, Urteil 2C\_689/2009 vom 26.8.2010 E. 2.4.

<sup>94</sup> WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 20 f.; KARLEN, S. 64.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 90 Abs. 1 VRPG BE; Art. 124 VRG FR; Art. 59 LPJA NE; Art. 57 Abs. 2 VRPG AR; Art. 110 lit. b VRPG GL.

<sup>96</sup> Vgl. die zweiten Teilsätze in § 60 lit. a–d VRPG AG.

bleibt; dass dies nicht immer einfach ist, ergibt sich aus verschiedenen Entscheidungen nachvollziehbar<sup>97</sup>.

## D. Partei- und Prozessfähigkeit

Kläger und Beklagter müssen partei- und prozessfähig sein<sup>98</sup>. Sie müssen einerseits über Rechtspersönlichkeit verfügen, mithin rechtsfähig sein; andererseits müssen sie handlungsfähig, dürfen also nicht urteilsunfähig, unmündig (minderjährig) oder entmündigt (umfassend verbeiständet) sein<sup>99</sup>.

## E. Nicht: Sachlegitimation

Die Sachlegitimation im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren ist keine Sachurteilsvoraussetzung<sup>100</sup>. Für die prozessuale Zulässigkeit der Klage ist **unerheblich, ob dem Kläger der behauptete Anspruch materiell zusteht** oder nicht, sei es, dass die Forderung wegen fehlender Anspruchsvoraussetzung unbegründet ist, sei es, weil auf die eingeklagte staatliche Leistung kein Rechtsanspruch besteht; dies ist mit Sachurteil zu entscheiden.

## F. Rechtsschutzinteresse

Im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren ist ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse am Entscheid vorausgesetzt<sup>101</sup>; es gilt dasselbe wie im Zivilprozess (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

Die Voraussetzung des aktuellen und schutzwürdigen Interesses verlangt im Grundsatz nur, dass der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der vom Gericht verlangten Entscheidung hat; dies schliesst unnütze oder illegitime Klagen aus<sup>102</sup>. Die materiellen Erfolgsaussichten der Klage sind dabei aber, weil die Sachlegitimation keine Sachurteilsvoraussetzung darstellt, nicht zu berücksichtigen. Diese schutzwürdigen Interessen sind **nicht identisch mit der Beschwerdebefugnis**, wie sie als Sachurteilsvoraussetzung im Beschwerdever-

---

<sup>97</sup> Die Klage «ist als ein in hohem Masse subsidiäres Rechtsmittel zu betrachten» (KGer BL, Urteil 1980/19.1 vom 19.3.1980 E. 1).

<sup>98</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 2; WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 22 f.

<sup>99</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 180; METZ, S. 131 f.

<sup>100</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 3; MERKER, § 61 Rz. 4 ff.

<sup>101</sup> WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 24; METZ, S. 134.

<sup>102</sup> GULDENER, S. 205, 207 und S. 209. MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, Art. 59 Rz. 43 ff.

fahren verlangt ist: Danach ist zur Beschwerde nur berechtigt, wer durch eine angefochtene Verfügung oder einen angefochtenen Rechtsmittelentscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren oder dessen Aufhebung hat; dieses Interesse kann rechtlicher oder bloss tatsächlicher Natur sein; verlangt wird dort, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid in höherem Masse als jedermann oder die Allgemeinheit betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache steht<sup>103</sup>. Demgegenüber reicht im Klageverfahren die blosser Behauptung<sup>104</sup>, es liege ein Anspruch vor, aus; von diesem Grundsatz kann nur dann abgewichen werden, wenn der Kläger nachweisbar unlautere Ziele verfolgt. Es ist nicht zulässig, im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren eine Beziehungsnähe zur Beschwerdebefugnis herzustellen<sup>105</sup>.

## G. Durchgeführtes Vorverfahren

Im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren urteilt die entscheidungskompetente Behörde erstinstanzlich über die gestellten Klageanträge. Der Gesetzgeber muss sich bei der Formulierung der Klagevoraussetzungen deshalb die Frage stellen, ob er im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren im Sinn einer Sachurteilsvoraussetzung die Durchführung eines Vorverfahrens oder Vermittlungsverfahrens verlangt. Um unnötige Prozesse und damit verbundene Kosten und Belastungen der Gerichte zu vermeiden, ist eine solche Regelung im Sinn der zivilprozessualen Normierung sinnvoll. Der Zweck des fakultativen Vorverfahrens ist mit jenem des zivilprozessualen Sühneverfahrens vergleichbar; der Beklagte soll vom klägerischen Begehren in Kenntnis gesetzt werden und Gelegenheit haben, den Begehren freiwillig zu entsprechen; im Gegenzug soll der Kläger von der Durchführung eines offenbar unbegründeten Prozesses durch die Stellungnahme des Beklagten abgehalten werden. Bei zweifelhafter Rechts- oder Beweislage soll das fakultative Vorverfahren die vergleichsweise Erledigung begünstigen<sup>106</sup>.

Dennoch wird ein Vermittlungsverfahren im Sinn eines friedensrichterähnlichen Vermittlungsganges **in der Regel nicht vorgeschrieben**. Art. 102 VRG FR hingegen differenziert zwischen Fällen, wo das Vorverfahren eine Eintretensvoraussetzung darstellt, und solchen, wo dies nicht der Fall ist. Art. 58 Abs. 1 VRPG AR und Art. 30 Abs. 2 Satz 3 VerwGG AI schliessen es bei-

<sup>103</sup> Vgl. HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG Kommentar, Art. 48 Rz. 18 ff.

<sup>104</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 3.

<sup>105</sup> Vgl. MERKER, § 61 Rz. 10.

<sup>106</sup> GULDENER, S. 419 f.

spielsweise sogar explizit aus. Die Überlegung, die hinter diesem Verzicht steht, ist einerseits, dass gerade das Auftreten des Staates bzw. einer Behörde als Klägerin oder Beklagte garantiert, dass die Parteien zuvor versuchen, sich einvernehmlich zu einigen; andererseits spielen Nutzen-Ertrags-Überlegungen unter Schaffung von Ersatzlösungen eine Rolle<sup>107</sup>.

Eine Ersatzlösung ist die manchmal anzutreffende Regelung, dass dem Klageverfahren nachweisbar ein **Schriftenwechsel** vorausgegangen sein muss, in welchem der Kläger dem Beklagten sein Begehren und die Begründung mitteilt und ihn um Stellungnahme ersucht. Ein solches Vorgehen schreiben etwa § 164 VRPG LU, § 68 VRPV SZ, § 61 VRPG AG und Art. 149 CPA JU vor. Auch dies stellt jedoch – jedenfalls in den drei letzten Fällen – keine Prozessvoraussetzung dar: Selbst ohne Durchführung des Vorverfahrens ist auf die Klage einzutreten, dies aber im Rahmen der **Kostenverteilung** zu berücksichtigen.

Im Sinn einer anderen Ersatzlösung wird oft auch das Gericht oder der Richter dazu ermächtigt, zwischen den Parteien nach Klageerhebung zu vermitteln und eine **Versöhnungsverhandlung** durchzuführen<sup>108</sup>.

Geht es hingegen um Entschädigungsansprüche gegenüber dem Gemeinwesen, findet sich regelmässig die Voraussetzung, dass die oberste in der Sache zuständige Verwaltungsbehörde den Anspruch abgelehnt hat<sup>109</sup>.

## H. Klagefrist

Das verwaltungsrechtliche Klageverfahren ist ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege. Verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, die durch verwaltungsrechtliche Klage zu entscheiden sind, fehlt es am Anfechtungsobjekt. Damit ist die Klage im Gegensatz zur Beschwerde im Grundsatz an **keine Frist** gebunden; eine Verwirkung des Klagerechts durch Zeitablauf kann (in der Regel) nicht eintreten. Verjähren oder verwirken kann jedoch der materiellrechtliche

---

<sup>107</sup> Vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 betreffend das VRPG AG (07.27), S. 75.

<sup>108</sup> Vgl. Fn. 19; Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 betreffend das VRPG AG (07.27), S. 75.

<sup>109</sup> Vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über das Verwaltungsgerichtsverfahren OW und Art. 67 und 80 Abs. 2 VRPG SG.  
Auch in anderen Sachgesetzen sind Schlichtungsversuche vorgesehen (vgl. § 37 Abs. 1 PersG AG).

Anspruch. In diesen Fällen ist auf die Klage gleichwohl einzutreten, diese jedoch abzuweisen<sup>110</sup>.

Dieser Grundsatz ist von **Ausnahmen** begleitet, die in den entsprechenden Sachgesetzen «versteckt» sind. So finden sich in Personalgesetzen<sup>111</sup> oder auch in Verantwortlichkeitsgesetzen<sup>112</sup> Bestimmungen, welche sechsmonatige Klagefristen vorsehen; in diesen Fällen ist die Klagefrist analog der Beschwerdefrist eine Sachurteilsvoraussetzung, deren Nichteinhaltung zum Nichteintreten auf das Klagebegehren führt.

## I. Zulässigkeit der Klageart

Die **Leistungsklage** ist gerichtet auf ein Tun, ein Unterlassen oder ein Dulden, mithin auf die Schaffung eines vollstreckbaren Titels; sie geht meistens auf Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung eines bestimmten Geldbetrags. Mit der **Gestaltungsklage** wird die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechtsverhältnisses angestrebt, mit der **Feststellungsklage** die Feststellung des Bestands oder Umfangs eines Rechts oder einer Pflicht<sup>113</sup>; auch für die Zulässigkeit der Feststellungsklage muss das schützenswerte Interesse zu bejahen sein, was bei behaupteten Ansprüchen gegenüber dem Staat allerdings in der Regel zutrifft<sup>114</sup>.

Daneben sehen einige Prozessgesetze die **Widerklage** vor<sup>115</sup>.

## J. Funktionelle und örtliche Zuständigkeit

Die funktionelle Zuständigkeit sagt, **welche Instanz** in einer Reihe von Rechtsmittelinstanzen angerufen werden kann; sie ist die Folge aus der Einrichtung eines Instanzenzuges<sup>116</sup>. In der Regel gilt, dass die verwaltungsrechtliche Klage bei einem Gericht zu führen ist und nur eine Instanz besteht. Deshalb stellen sich bezüglich der funktionellen Zuständigkeit kaum Probleme.

<sup>110</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 5.

<sup>111</sup> Vgl. § 37 Abs. 2 PersG AG.

<sup>112</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 3 VG

<sup>113</sup> METZ, S. 136; GULDENER, S. 205 ff.; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 16 ff.

<sup>114</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 83 Rz. 18.

<sup>115</sup> Art. 90 Abs. 2 VRPG BE; § 51 VPO BL; Art. 111 Abs. 2 VRPG GL; § 168 VRPG LU; § 67 Abs. 3 VRPV SZ.

<sup>116</sup> Vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 5 Rz. 20; GULDENER, S. 80.

Gegen kantonale Klageentscheide ist gestützt auf das BGG die Beschwerde möglich. Entscheidet das Bundesverwaltungsgericht als erste (Klage)Instanz, ist dagegen ebenfalls die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig.

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach **räumlichen Gesichtspunkten**<sup>117</sup>. Zu unterscheiden sind insbesondere die innerkantonale, interkantonale und internationale Zuständigkeit. Probleme können sich diesbezüglich – in Klagematerien – allenfalls bei Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichem Vertrag zwischen zwei Gemeinwesen unterschiedlicher Kantone ergeben.

## **K. Sachliche Zuständigkeit**

### **1. Begriff**

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt, für welche Aufgaben welches Gericht zuständig ist<sup>118</sup>. Sie ist zwingend und kann durch Parteivereinbarung nicht abgeändert (prorogiert) werden.

### **2. Sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichts**

Art. 120 BGG regelt abschliessend die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung verwaltungsrechtlicher Klagen (Einheitsklagen) als erste und einzige Instanz<sup>119</sup>. Es sind verfassungsrechtlich verlangte und auch notwendige Streitentscheidungspflichten des Bundesgerichts, wie sie in einer föderalen Struktur notwendig sind. Die sachliche Zuständigkeit erstreckt sich auf Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden (lit. a), auf zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kanton oder zwischen Kantonen (lit. b). Ebenfalls im Klageverfahren beurteilt das Bundesgericht Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung aus der Amtstätigkeit, ein klassischer Anwendungsbereich ursprünglicher Verwaltungsgerichtsbarkeit (lit. c).

Bei den Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden (lit. a) kann es sich um negative oder positive Kompetenzkonflikte handeln, die sich im Rahmen der Rechtsetzung oder Rechtsanwendung konkretisieren können. Die Klage soll hingegen nicht zulässig sein, wenn der

---

<sup>117</sup> GULDENER, S. 79. KÖLZ/HÄNER, Rz. 229; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 5 Rz. 13 ff.

<sup>118</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 76; KÖLZ/HÄNER, Rz. 228; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 5 Rz. 5 ff.

<sup>119</sup> WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 1.

Streit um die Zuständigkeit nicht mit der Anwendung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, sondern mit der Abgrenzung von Erlassen des Bundes und der darin geordneten Vollzugszuständigkeit zusammenhängt<sup>120</sup>. Die Differenzierung dürfte tatsächlich schwierig sein, ist aber in der Praxis angesichts der tiefen Fallzahlen offenbar kein Problem.

Sehr weit gefasst ist die Zuständigkeitsnorm in Art. 120 Abs.1 lit. b BGG. Der Gesetzgeber weist öffentlichrechtliche Streitigkeiten (zwischen Bund und Kanton oder zwischen den Kantonen) generell in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Bundesgerichts im erstinstanzlichen verwaltungsrechtlichen Klageverfahren. Darunter kann vieles subsumiert werden, auch die Zuständigkeitsregelung in Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG. In der bundesgerichtlichen Praxis waren dies insbesondere Grenzstreitigkeiten zwischen den Kantonen und vor allem Auseinandersetzungen im Rahmen verwaltungsrechtlicher Verträge (zwischen den Kantonen oder zwischen einem Kanton und dem Bund)<sup>121</sup>.

Angesichts der Vielzahl möglicher Konflikte ist es erstaunlich, dass die verwaltungsrechtliche Klage im Sinn von Art. 120 BGG eine Ausnahmerecheinung geblieben ist, ist sie doch gegenüber der Beschwerde im Rahmen des sachlichen Zuständigkeitsbereich im Sinn von Art. 120 Abs. 1 BGG das prinzipale Rechtsmittel<sup>122</sup>. Die Beschwerde ist ausgeschlossen, wenn die verwaltungsrechtliche Klage möglich ist, da nur eine spezialgesetzliche Verfügungskompetenz zur Subsidiarität der Klage führt (vgl. Art. 120 Abs. 2 BGG).

### 3. Sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht ist als erste Klageinstanz zuständig in Streitigkeiten über öffentlichrechtliche Verträge des Bundes, seiner Anstalten und Betriebe und der Organisationen, die ausserhalb der Bundesverwaltung in ihnen übertragenen öffentlichrechtlichen Aufgaben tätig werden (Art. 35 lit. a VGG; Art. 33 lit. h VGG); als Sonderzuständigkeit wird in Art. 35 lit. b und c VGG ergänzend die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts bei Streitigkeiten über Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten im Privatrechtsbereich und bei Streitigkeiten zwischen Bund und Nationalbank betreffend die Vereinbarungen über Bankdienstleistungen und die Gewinnausschüttung normiert.

<sup>120</sup> WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 10.

<sup>121</sup> WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 16 mit Hinweisen.

<sup>122</sup> WALDMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 120 Rz. 3.

Auch diese sachliche Zuständigkeit steht unter dem Subsidiaritätsvorbehalt, dass nicht ein anderes Bundesgesetz den betreffenden Sachbereich *ausdrücklich* dem Beschwerdeverfahren unterstellt (Art. 36 VGG).

#### 4. Sachliche Zuständigkeit der kantonalen Verwaltungsgerichte

##### a) Vorbemerkung

Die sachlichen Zuständigkeitsregeln in den Kantonen sind **vielfältig**; sie sind oft Ausdruck regionaler Besonderheiten, eigener Rechtsschutzvorstellungen oder problembehafteter Einzelfälle. Die Durchsicht der kantonalen Verfahrensgesetze ergibt immerhin drei Hauptanwendungsfälle der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit; es sind dies **vermögensrechtliche Streitigkeiten**, Streitigkeiten aus **verwaltungsrechtlichen Verträge** und Auseinandersetzungen im Rahmen von **Konzessionen** (beinhaltend vermögensrechtliche und verwaltungsvertragliche Elemente). Auf die ersteren beiden – allgemeiner gehaltenen – soll kurz eingegangen werden

##### b) Vermögensrechtliche Streitigkeiten

Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren setzt in der Regel voraus, dass eine vermögensrechtliche Streitigkeit unter Beteiligung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft oder Anstalt vorliegt und kein verwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren oder eine zivilrechtliche Klage möglich ist. Die Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Obwohl dies in den Gesetzestext nicht immer ausdrücklich gesagt wird, fallen darunter nur Streitigkeiten öffentlichrechtlicher Natur<sup>123</sup>. Nach dem Wortlaut keine Beteiligung der öffentlichen Hand verlangen für die Zulässigkeit der Klage in vermögensrechtlichen Streitigkeiten gestützt auf öffentliches Recht § 50 Abs. 1 VPO BL, Art. 57 Abs. 1 lit. a VRPG AR; explizit auch für vermögensrechtliche, auf öffentliches Recht gestützte Streitigkeiten unter Privaten gilt die klageweise Zuständigkeit des bernischen Statthalters nach Art. 88 lit. e VRPG BE.

Was unter dem Blickwinkel der Zulässigkeit der verwaltungsrechtlichen Klage als vermögensrechtliche Streitigkeit zu verstehen ist, ist nicht zum vornherein klar<sup>124</sup>. Die Unterscheidung zwischen vermögensrechtlich und nicht vermö-

---

<sup>123</sup> AGVE 1979, S. 273; 1974, S. 159; KILLER, S. 344.

<sup>124</sup> BGer, Urteil 2A.480/2000 vom 22.12.2000 E. 1b; auch wenn es um die Streitwertbestimmung geht, schafft die gleichlautende Abgrenzung Probleme (RUDIN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 51 Rz. 17).

gensrechtlich bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe hat manchmal fast zufälligen Charakter und führt unter Umständen zur Spaltung des Rechtswegs<sup>125</sup>.

Nach hergebrachter Lehre vermögensrechtlich sind Klagen über (behauptete) Rechte, die zum Vermögen gehören; die in der Klage angebehrte Leistung muss sich unmittelbar auf das Vermögen des Klägers auswirken<sup>126</sup>. Keine vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind nach dieser Auffassung Begehren, mit denen nur mittelbar über ein konkretes vermögenswertes Recht hinausreichende wirtschaftliche Interessen durchgesetzt werden sollen. Der Klageantrag muss auf einen Geldbetrag gehen oder eine Leistung verlangen, die einen ausdrückbaren Geldwert aufweist. Wird ein Geldbetrag nur deshalb (mit) eingeklagt, um eine nicht vermögenswerte oder nur in einem Nebenpunkt vermögenswerte Streitigkeit zur Entscheidung zu bringen, liegt keine vermögensrechtliche Streitigkeit vor<sup>127</sup>. Immerhin soll es genügen, wenn die behaupteten Rechte **eng mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis** verbunden sind; es kann die (materielle) Beurteilung eines nichtvermögensrechtlichen öffentlichrechtlichen (nicht privatrechtlichen) Anspruches als Nebenbegehren geboten sein, wenn ein enger Sachzusammenhang mit der Hauptsache vorliegt und das Nebenbegehren nicht als eigentliches Hauptbegehren erscheint<sup>128</sup>. Nach einer weiteren Auffassung sollen demgegenüber nicht nur Ansprüche auf Bezahlung einer Geldleistung darunter fallen, massgebend soll vielmehr sein, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs **letzten Endes** im Vermögensrecht ruht, mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird<sup>129</sup>.

### c) Verwaltungsrechtliche Verträge

Kantonale Gerichte sind regelmässig für (behauptete) Ansprüche aus verwaltungsrechtlichem Vertrag zuständig<sup>130</sup>. Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag ist ein **konsensual** zustande gekommenes (auf übereinstimmenden Willenserklä-

<sup>125</sup> Amtsblatt ZH 2009, S. 916.

<sup>126</sup> MERKER, § 60 Rz. 31 f.; GULDENER, S. 109.

<sup>127</sup> MERKER, § 60 Rz. 32.

<sup>128</sup> MERKER, § 60 Rz. 33; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 81 Rz. 1.

<sup>129</sup> Vgl. diesbezüglich BGer, Urteil 2A.480/2000 vom 22.12.2000 E. 1b.

<sup>130</sup> Art. 66 lit. a VRPV UR; § 50 Abs. 1 lit. a VPO BL; § 67 Abs. 1 lit. a VRPV SZ; Art. 87 lit. b (mit kantonaler Beteiligung Zuständigkeit des Gerichts) respektive Art. 88 lit. d VRPG BE (ohne kantonale Beteiligung Zuständigkeit des Statthalters); § 64 Ziff. 1a VRPG TG; Art. 76 VRPG SG (Zuständigkeit der Regierung); § 162 Abs. 1 lit. a VRPG LU; Art. 109 lit. b VRPG GL; § 81 lit. b VRG ZH (ohne Arbeitsverträge); § 60 lit. a VRPG AG; Art. 147 lit. b CPA JU; Art. 30 Abs. 1 lit. b des VerwGG AI; Art. 71 lit. b LPCA TI; Art. 63 Abs. 1 lit. b VRG GR; Art. 121 Abs. 2 lit. b VRG FR; Art. 57 Abs. 1 lit. b VRPG AR; Art. 58 lit. b LPJA NE; Art. 62 Abs. 1 lit. a GOG OW.

rungen zweier oder mehrerer Rechtssubjekte beruhendes) Rechtsverhältnis, das auf öffentlichem Recht basiert und die Regelung einer konkreten, verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung zum Gegenstand hat; während mit der Verfügung Rechtsfolgen einseitig und hoheitlich herbeigeführt werden, setzt der verwaltungsrechtliche Vertrag eine Einigung (konsensuales Element) mindestens zweier Rechtssubjekte voraus<sup>131</sup>.

Verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Vertragsbegriff unterscheiden sich nicht hinsichtlich des Vertragsbegriffs, sondern hinsichtlich des **Vertragsgegenstands**, den durch den Vertrag geregelten Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnissen. Nicht notwendig ist, dass wenigstens eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts als Vertragspartner beteiligt ist; Verwaltungsverträge zwischen Privaten sind denkbar<sup>132</sup>.

In einigen Fällen wird die Natur der vertraglichen Beziehung **durch das Gesetz** selbst festgelegt<sup>133</sup>. Ansonsten ist er **aufgrund seines Inhalts** zu qualifizieren: Nach herrschender Lehre hat ein verwaltungsrechtlicher Vertrag direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt oder betrifft einen im öffentlichen Recht geregelten Gegenstand. Demgegenüber liegt eine privatrechtliche Vereinbarung vor, wenn sich der Staat durch Kauf, Werkvertrag oder Auftrag bloss die Hilfsmittel beschafft, derer er zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf. Diese Abgrenzung führt in der Praxis allerdings zu Schwierigkeiten<sup>134</sup>. Da sich bei Austauschverträgen verschiedenartige Leistungen gegenüberstehen, hilft die Definition dann nicht weiter, wenn die Leistung des Gemeinwesens verwaltungsrechtlicher Natur ist, jene des Privaten aber genauso gut als privatrechtlich qualifiziert werden könnte. Diesfalls liesse sich die Auffassung vertreten, dass es gemischte Verträge (zumindest verfahrensrechtlich) nicht gibt und ein verwaltungsrechtlicher Vertrag bereits dann vorliegt, wenn nur schon eine Vertragsleistung dem Verwaltungsrecht zuzuordnen ist (umstritten)<sup>135</sup>. Die Zuordnung von Verträgen nach dem Kriterium der Geeignetheit zur Erfassung nach Privatrecht oder öffentlichem Recht ist unbefriedigend, da das öffentliche Recht dem Staat Grenzen in seiner Machtbefugnis setzt und diese Begrenzung nicht nur bei der Zulässigkeit vertraglichen Handelns, sondern auch bei Streitigkeiten um bereits abgeschlossene Verträge Beachtung finden sollte (zum Beispiel der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Leistung und Gegenleistung).

---

<sup>131</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1052 ff.

<sup>132</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1058 f.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 46 B I c, S. 142; BGE 103 Ib 335 E. 3.

<sup>133</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1057.

<sup>134</sup> BGE 134 II 297 E. 2.2.

<sup>135</sup> Vgl. MERKER, § 60 Rz. 12.

Unter verwaltungsvertraglichen Streitigkeiten sind nicht nur solche über Geld zu verstehen, sondern über sämtliche Leistungsstörungen, die bei der Abwicklung von Verwaltungsverträgen anfallen können (Nichterfüllung, Schlechterfüllung, *clausula rebus sic stantibus*; möglicherweise *culpa in contrahendo*<sup>136</sup>). Dies hat zur Folge, dass – falls die Klage nach kantonalem Recht diesbezüglich zulässig ist – insbesondere bei Verträgen über Dienstverhältnisse nicht nur die vereinbarte Besoldung eingeklagt werden kann, sondern auf Antrag Kündigungsgründe vom Verwaltungsgericht überprüft, Arbeitszeugnisse ausgestellt oder Genugtuungsleistungen beurteilt werden müssen. Ausserdem unterliegt der verwaltungsrechtliche Vertrag im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren auch der Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung.

## V. Zur Rechtfertigung der verwaltungsrechtlichen Klage

### A. Keine zwingende Notwendigkeit des Klageverfahrens

Im Grundsatz lassen sich alle Streitigkeiten im nachträglichen Rechtsschutzverfahren beurteilen; verlangt ist bloss, dass die Behörde oder bei der Betroffenheit mehrerer Behörden *eine* Behörde einen Entscheid erlässt und diesen mit einer Rechtsmittelbelehrung versieht. Stehen sich zwei gleichgeordnete Gemeinwesen gegenüber, mag dies im ersten Moment als störend erscheinen, weil keinem der beiden Gemeinwesen ein Entscheidungsrecht in der Sache zuzustehen scheint; gleichwohl kann man sich darauf einigen, dass eine, in einem Verwaltungsakt konkretisierte, verbindliche Meinungsäusserung das Anfechtungsobjekt darstellt, welches zur Beurteilung der Streitigkeit vor der nächsthöheren Verwaltungsbehörde oder vor einem Gericht führen wird. Auch kann gesetzlich einer Instanz das Recht verliehen werden, bei Streitigkeiten zwischen Gemeinden verbindlich zu verfügen<sup>137</sup>. Entsprechend kennen und kannten auch nicht alle Kantone das Institut der verwaltungsrechtlichen Kla-

<sup>136</sup> Wird die *culpa in contrahendo* als vertragliche Haftung qualifiziert, erscheint die verwaltungsrechtliche Klage zulässig. Ansonsten ist darin ein Staatshaftungsfall zu erblicken; je nach kantonalem Verfahrensrecht ist dann unter Umständen der Zivilrichter zuständig. Es erschiene allerdings vorteilhaft, wenn sich der Rechtsweg deckt, für den Fall, dass zunächst die Nichtigkeit eines Vertrags festzustellen ist und Ansprüche aus *culpa in contrahendo* hieraus erwachsen.

Die Rechtsnatur der vorvertraglichen Haftung ist allerdings sehr umstritten; das Bundesgericht sieht darin eine Haftung eigener Art, für welche eigene Regeln gälten (BGer, Urteil 4A\_499/2007 vom 13.5.2008 E. 4.3.2).

<sup>137</sup> KÖLZ, Prozessmaximen, S. 24. So konkret § 9 lit. e SHG ZH; vgl. dazu VGer ZH, Urteil VK.2001.00005 vom 28.8.2002 E. 1.

ge<sup>138</sup>. Das Klageverfahren kann somit grundsätzlich durch das Beschwerdeverfahren ersetzt werden.

## B. Vorteile des Klageverfahrens

Das Klageverfahren ist ein direkter Verwaltungsprozess; angerufen wird in aller Regel ein Gericht (als erste und oft auch letzte kantonale Instanz); der Gerichtszugang erfolgt damit unmittelbar, der Instanzenzug ist beschränkt; das wirkt sich positiv auf die Dauer des Verfahrens wie auch auf die Kosten aus.

Stehen sich gleichgeordnete Rechtssubjekte<sup>139</sup> – etwa zwei Gemeinwesen – gegenüber, ist die klageweise Geltendmachung eines (vermeintlichen) Anspruchs die elegantere Lösung. Dies gilt auch für verwaltungsvertragliche Streitigkeiten; die Vorstellung, dass dem Staat in konsensualen Verhältnissen ein (einseitiges) Entscheidungs- oder Erstentscheidungsrecht zukommen soll, ist mit der Vertragspartnerschaft nur schwer in Übereinstimmung zu bringen.

Das Klageverfahren erscheint unter diesen Gesichtspunkten nicht entbehrlich.

## C. Nachteile des Klageverfahrens

Das Klageverfahren birgt für die Parteien, wird die Dispositionsmaxime in der anwendbaren kantonalen Verfahrensordnung betont, mehr prozessuale Risiken als das Verfügungsverfahren im Amtsbetrieb; mit Blick auf die materielle Wahrheitsfindung als Ziel eines Verwaltungsprozesses ist dies ein Nachteil.

Das Nebeneinander von Klage- und Beschwerdeverfahren führt des Weiteren in gewissen Fällen bei identischem Lebenssachverhalt zu einer **Gabelung** des Rechtsschutzwegs: In personalrechtlichen Verfahren hat das Nebeneinander von ursprünglicher und nachträglicher Verwaltungsrechtspflege erhebliche Komplikationen zur Folge. Die Vorstellung des Gesetzgebers, dass der Dienst am Staat heute freiwillig erfolgt und deshalb keine Anstellungsverfügungen mehr angezeigt sind, sondern verwaltungsrechtliche Verträge, greift in den Rechtsschutz ein. Hinzu kommt, dass einige Kantone das öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnis weiter zergliedern in einen Teil, der mittels Verfügung zu regeln ist (oft vermögensrechtliche Aspekte), und einen Teil, der auf vertraglicher Basis beruht. Das führt zu einer weiteren Komplizierung dienstrechtlicher Verfahren, indem gegen Lohnentscheide Beschwerde zu führen,

---

<sup>138</sup> KÖLZ, Prozessmaximen, S. 24; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1987.

<sup>139</sup> MARTI, Normenkontrolle, S. 126.

das gleichzeitig einverlangte Arbeitszeugnis aber klageweise geltend zu machen ist - und das in einem Sachgebiet, das sich traditionell eigentlich eher durch einfache Verfahrensstrukturierung und Schnelligkeit auszeichnen sollte. Mögliche Auswege sind der Ausschluss personalrechtlicher Streitigkeiten vom Klageverfahren<sup>140</sup>, Koordinationsgebote und spezialisierte Personal(rekurs)gerichte<sup>141</sup>, die als einzige Klageinstanz und erste und letzte Beschwerdeinstanz eingesetzt werden und dieses unglückliche Nebeneinander faktisch ausgleichen.

Das Problem ist nicht auf personalrechtliche Streitigkeiten beschränkt; ausgeprägt finden sich diese Konstellationen im Konzessionsrecht und im Enteignungsrecht. Die Zusammenführung von Beschwerde- und Klageverfahren ist hier ein Gebot des effizienten Rechtsschutzes.

## D. Sonderfälle: Verwaltungsverfahren als verdeckte Klage?

### 1. Übersicht

Gewisse Sonderfälle des Beschwerdeverfahrens sind durch das Institut der Klage leichter zu erfassen als durch eine Beschwerde. Dies betrifft den Fall, dass trotz fehlendem Anfechtungsobjekt Rechtsschutz (Rechtsverzögerung und -verweigerung) notwendig ist. Auch die abstrakte Normenkontrolle lässt sich als Klageverfahren konzipieren.

### 2. Verwaltungsrechtliche Klage bei fehlendem Anfechtungsobjekt ohne sachliche Zuständigkeitsschranken?

#### a) Grundsatz

Ausgangspunkt des Verwaltungsverfahrens ist die Verfügung als zentrales Instrument; sie regelt (materiell) Verwaltungsrechtsverhältnisse, sie ist (formell) Anfechtungsobjekt und Ausgangspunkt des nachträglichen Verwaltungsrechtsschutzes<sup>142</sup>. Ihre grosse Bedeutung täuscht darüber hinweg, dass staatliches Handeln vielfältig ist und die Konzentration des Rechtsschutzes auf den Verfügungsbegriff den **Rechtsschutzvorgaben** in Art. 29a BV und Art. 13 EMRK nicht immer genügt, vor allem wenn Grundrechtspositionen des Einzelnen berührt sind. Das Problem ist unter dem Titel «Rechtsschutz gegen Re-

<sup>140</sup> Vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VPO BL.

<sup>141</sup> Vgl. § 42 PersG AG.

<sup>142</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 127; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 857.

alakte» oder «Rechtsschutz gegen tatsächliches Staatshandeln» bekannt und hat zu verschiedenen Lösungen geführt<sup>143</sup>:

- **Ausdehnung des Verfügungsbegriffs** auf alles staatliche Handeln, das beim Einzelnen eine (Rechts)Betroffenheit bewirkt<sup>144</sup>;
- **Erlass einer Feststellungsverfügung** (mit Öffnung des ordentlichen Rechtsmittelweges, wenn der Feststellungsentscheid nicht zum gewünschten Ergebnis geführt hat)<sup>145</sup>;
- **Verfügung über Realakte** in Art. 25a VwVG<sup>146</sup>.

Die bundesrechtliche Regelung in Art. 25a VwVG gilt (auch in bundesrechtlich geregelten Materien) nicht für die Kantone<sup>147</sup>. Diese sind damit frei, eine **andere Lösung** zu wählen, welche genügenden Rechtsschutz gegen staatliches Handeln sicherstellt. Kann das verwaltungsrechtliche Klageverfahren dieser Rechtsschutz sein?

## b) Verwaltungsrechtliche Klage als subsidiärer Rechtsschutz

Der aargauische Gesetzgeber hat im totalrevidierten Verwaltungsrechtspflegegesetz eine Neuerung eingeführt, die selbst innerkantonal relativ unerkannt geblieben ist. In § 60 lit. d VRPG AG ist unter dem Titel Zuständigkeit vorgesehen, dass das Verwaltungsgericht als einzige Instanz über «öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in anderen Angelegenheiten urteilt, wenn in Rechtspositionen von Privaten eingegriffen wird, ohne dass ein Entscheid ergeht oder Klage vor einer anderen Instanz erhoben werden kann». Die Motivation für diese Bestimmung lag in der dargestellten Problematik des Rechtsschutzes gegen Realakte<sup>148</sup>.

Die Bestimmung öffnet das verwaltungsrechtliche Klageverfahren für allerlei Anstände, die der Kläger durch das Verwaltungsgericht beurteilt wissen möchte. Diese Generalklausel zu Gunsten der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit im Klageverfahren hat zunächst zu grösserer Besorgnis Anlass gegeben, weil befürchtet wurde, die Zuständigkeit werde zu einer Überlastung des Ge-

---

<sup>143</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 737.

<sup>144</sup> Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 130; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 19 Rz. 10.

<sup>145</sup> Vgl. Art. 25 VwVG; Art. 110 VRG FR; § 44 VRPG LU; Art. 73 Abs. 1 VRPG GL.

<sup>146</sup> So etwa auch § 21a VRPG ZG; § 44a VRPG LU; § 10c VRG ZH; Art. 73 Abs. 2 VRPG GL.

<sup>147</sup> So die herrschende Meinung (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 737d; WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG Kommentar, Art. 25 Rz. 18 mit Hinweisen).

<sup>148</sup> Vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 betreffend das VRPG AG (07.27), S. 74.

richts führen. Das ist nicht eingetreten. Der Grund mag mangelnde Kenntnis der Verfahrensbestimmung sein, dürfte in der Hauptsache aber andere Gründe haben. Auch die Zivilprozessordnung ermöglicht Klagen aller Art, ohne dass es dadurch zu einer Flut von unnötigen Eingaben kommen würde. Die verwaltungsrechtliche Klage führt (bereits erstinstanzlich) zu Auferlegung von Gerichtsgebühren und Parteikostenentschädigung, wenn die Klage abgewiesen wird, weshalb sich mögliche Klägerinnen oder Kläger (wie im Zivilprozess) überlegen werden, aussichtslose Begehren zu stellen<sup>149</sup>. Die Bestimmung wurde überdies (im Rahmen ihrer Behandlung in der Expertenkommission VRPG) insoweit entschärft, als nur der (behauptete) Eingriff in **Rechtspositionen** das Klageverfahren zulässig macht. Das allenfalls als Mangel zu sehende Fehlen eines erstinstanzlichen (verwaltungsinternen) Verfahrens dürfte bei Streitigkeiten, die nicht mit Verfügung abgeschlossen werden, ohnehin keine Rolle spielen, überdies könnte durch die Anordnung eines Vorverfahrens dieser Mangel kompensiert werden. Eine Verlagerung von Entscheidungsverantwortung auf die Justiz<sup>150</sup> ist damit im Grundsatz nur dann verbunden, wenn man davon ausgeht, der Staat würde den Begehren dieser Kläger, wenn sie im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren vorgebracht würden, regelmässig entsprechen. Das Argument der Verantwortungsverlagerung setzt zudem voraus, dass zuständige verwaltungsrechtliche Klageinstanzen immer Gerichte sind, was nicht so sein muss.

Als Vorteil sind verfahrensrechtliche Erleichterungen zu erwarten; der Streitgegenstand wird durch das Klagebegehren bestimmt, die Beschränkung der zulässigen Anträge im Sinn von Art. 25a VwVG mit den entsprechenden Auslegungsschwierigkeiten entfällt zugunsten der Dispositionsmaxime; des Weiteren spart man sich einen Verfahrensschritt, indem nicht über den Umweg von Art. 25a VwVG zunächst eine Verfügung erreicht muss, die man dann mit Beschwerde anfechten kann.

Das verwaltungsrechtliche Klageverfahren könnte in diesen Fällen durchaus die bessere Beschwerde sein.

### 3. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde als Klage?

Anfechtungsobjekt im Beschwerdeverfahren sind Verfügungen und Entscheide; im Fall verfügungsloser Entscheidungsverweigerung oder bei der Rechtsverzögerung liegt **kein Entscheid** vor.

<sup>149</sup> So die Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 betreffend das VRPG AG (07.27), S. 74.

<sup>150</sup> So HÄNER, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 218.

Die Verwaltungsverfahrensgesetze stellen das Verweigern oder das Verzögern einer Verfügung zwar einer Verfügung gleich<sup>151</sup>. Statt von einer Beschwerde gegen ein **fiktives Anfechtungsobjekt** liesse sich jedoch auch von einer verwaltungsrechtlichen Klage ausgehen. Diese Betrachtungsweise erübrigte die gelegentlich etwas seltsam anmutenden Konstruktionen wie die Entscheidungsfiktion oder die behauptete Rechtswidrigkeit als konstitutives Charakteristikum des Anfechtungsobjekts, die nur dazu dienen, die Rechtsverzögerungsklage dem Beschwerdeverfahren zu unterwerfen.

Wird die Rechtsverzögerungs-«Beschwerde» dem Verwaltungsbeschwerdeverfahren unterstellt, hat das die Folge, dass nicht das Verwaltungsgericht als erste Klageinstanz Rechtsverzögerungsfälle beurteilen muss, wie es bei der Qualifikation als Klage in den meisten Kantonen (wo das Verwaltungsgericht die einzige Klageinstanz darstellt) der Fall wäre. Allerdings kann man sich auch auf den Standpunkt stellen, dass *verwaltungsintern* der Grundsatz des hierarchischen Aufbaus der Verwaltung und mit diesem die Aufsichtsanzeige ohnehin genügend Wirkung hat, um eine Verzögerung zu beseitigen; hilft dieses Aufsichtsverfahren (oder bereits die Möglichkeit eines Aufsichtsverfahrens) nichts, schadet es auch wenig, wenn direkt das Verwaltungsgericht im Klageverfahren über das Vorliegen einer Rechtsverzögerung entscheidet. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts liesse sich, wenn man das nicht so will, durch die Gesetzgebung dadurch beseitigen, dass verwaltungsinterne Behörden als (erstinstanzliche) Klageinstanzen bezeichnet werden.

#### 4. Prinzipale Normenkontrolle als Klageart?

##### a) Begriff und Zweck

Die prinzipale (respektive abstrakte) Normenkontrolle ist die Überprüfung eines Rechtssatzes auf seine Vereinbarkeit mit Rechtssätzen höherer Stufe in formeller und materieller Hinsicht<sup>152</sup>. Anders als bei der inzidenten (akzessorischen) Normenkontrolle ist die Rechtmässigkeit der Norm die Hauptfrage und der Rechtssatz selbst stellt das Anfechtungsobjekt dar<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Vgl. Art. 28 Abs. 4 VRG GR; § 41 Abs. 2 VRPG AG; Art. 49 Abs. 2 VRPG BE; Art. 87 VRPG GL; Art. 111 Abs. 1 VRG FR; § 19 Abs. 1 lit. b VRG ZH; § 128 Abs. 4 VRPG LU; Art. 88 Abs. 2 lit. a VRPG SG; § 72a VRPG TG; § 51 VRPG ZG; § 6 Abs. 2 VRPV SZ; Art. 3 Abs. 2 VRPV UR.

<sup>152</sup> GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 227.

<sup>153</sup> MERKER, § 68 Rz. 5.

## b) **Klage oder Beschwerde?**

Ausgangspunkt des nachträglichen Rechtsschutzes ist die Verfügung als Endprodukt des vorangegangenen Verwaltungsverfahrens<sup>154</sup>. Den Gegensatz zur individuell-konkreten Verfügung stellt die generell-abstrakte Norm dar. Sowohl Verfügung wie auch Norm sind sodann von den Realakten zu unterscheiden, und zwar insofern, als sie in einer tradierten Rechtsform, in einem formalisierten Verfahren zu Stande kommen<sup>155</sup>.

Die Normenkontrolle weist sowohl Elemente der Beschwerde wie auch der Klage auf. Die angefochtene Norm kann als neben der Verfügung legaldefiniertes zusätzliches «Anfechtungsobjekt» begriffen werden, das den nach Erlass der Norm möglichen nachträglichen Verwaltungsrechtsweg eröffnet – ohne Norm keine Normenkontrolle. Dass die prinzipale Normenkontrolle **dem Klageverfahren grundsätzlich ähnlich ist**, zeigt ihre Ausgestaltung im kantonalen Recht: Die Normenkontrolle ist in der Regel wie (die meisten) Klagen jederzeit möglich<sup>156</sup>; (einzige) Normenkontrollinstanz ist ein (höchstes) Gericht, nicht eine verwaltungsinterne Behörde; der Normenkontroll-«Kläger» ist weitgehend frei, was er der Kontrolle unterwerfen will und was nicht; der Normenkontroll-«Kläger» hat die Rechtswidrigkeit der Norm zu rügen und es erfolgt keine rechtliche Prüfung eines Erlasses auf die Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht von Amtes wegen (Parteibetrieb).

## E. **Fazit**

Die verwaltungsrechtliche Klage ist keine zwingende Notwendigkeit; sie liesse sich grundsätzlich durch das Beschwerdeverfahren ersetzen.

Der Verzicht auf das Klageverfahren hat eine Vereinfachung des Rechtsmittelsystems an sich zum Vorteil und verhindert die unpraktische Gabelung des Rechtsschutzweges (in Klage- und Beschwerdeverfahren bei identischem Sachverhalt); darüber hinaus ist das Klageverfahren für die Parteien wegen der Dispositionsmaxime mit mehr Risiken verbunden als das Verfügungsverfahren – die Durchsetzung materiellen Rechts, die materielle Wahrheitsfindung, leidet.

Das Institut der verwaltungsrechtlichen Klage findet dort seine Berechtigung, wo sich gleichgeordnete Rechtssubjekte gegenüberstehen; nicht dass dies

<sup>154</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 859.

<sup>155</sup> WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG Kommentar, Art. 25a Rz. 6.

<sup>156</sup> So § 70 VRPG AG.

zwingend notwendig wäre, aber weil es die elegantere Lösung ist. Das Klageverfahren wäre überdies dort eine Alternative, wo heute über Fiktionen (das Anfechtungsobjekt betreffend) das Beschwerdeverfahren zur Anwendung gebracht wird.

Überzeugen kann das Klageverfahren auch dort, wo der unmittelbare Gerichtszugang und die innerkantonale Eininstanzlichkeit als Vorteil gesehen werden (Beschleunigung, Kosten).