

Rechtsschutz gegen Realakte: Bundesgericht schafft Klarheit

Julian-Ivan Beriger und Prof. Dr. Andreas Glaser, Universität Zürich (Zürich)*

I. Die Erfüllung der Rechtsweggarantie durch Art. 25a VwVG

Die Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes knüpft im schweizerischen Verwaltungsverfahren an die Handlungsform der Verfügung an.¹ So setzt die verwaltungsgerechtliche Beschwerde regelmässig das Vorliegen einer Verfügung voraus.² Das Beschwerdeobjekt bestimmt somit Umfang und Grenzen des Rechtsschutzes.³ Die Handlungsform der Verfügung erfüllt demnach – wie ihre vergleichbaren Äquivalente in zahlreichen anderen europäischen Verwaltungsrechtsordnungen – eine rechtsschützeröffnende Funktion. Im Grundsatz gilt also, dass gerichtlicher Rechtsschutz ausscheidet, wenn die Behörde nicht durch Verfügung handelt. Nur ausnahmsweise erlauben die Verfahrensgesetze unmittelbaren Rechtsschutz auch gegen Realakte,⁴ also Verwaltungshandlungen, die auf einen tatsächlichen, nicht auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sind.⁵ Um eine Vereitelung des Grundrechtsschutzes, beispielsweise des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), zu verhindern, kann eine Behörde daher unter Umständen gezwungen sein, in Form einer Verfügung an-

Die Verfahrensgesetze erlauben nur ausnahmsweise unmittelbaren Rechtsschutz gegen Realakte. Knüpft ein Grundrecht an das Vorliegen einer Verfügung an, kann eine Behörde zu dessen Schutz gezwungen sein, in Form einer Verfügung anstatt durch blossen Realakt zu handeln. Die Autoren klären anhand kürzlich ergangener Bundesgerichtsurteile die Frage, ob der Rechtsschutz gegen Realakte aufgrund einer gesetzlichen Anordnung gänzlich ausgeschlossen sein kann. Sie konkretisieren die Anspruchsvoraussetzungen für den Erlass einer Verfügung über Realakte und konstatieren, dass das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung ein grundrechtskonformes, eng am Wortlaut des Verfahrensrechts orientiertes Rechtsschutzsystem gegen Realakte entwickelt hat.

Zi.

Les lois de procédure n'octroient qu'exceptionnellement une protection juridique immédiate contre des actes matériels. Lorsqu'un droit fondamental dépend de l'existence d'une décision, l'autorité peut se voir contrainte pour protéger ce droit de rendre une décision plutôt que d'agir par un simple acte matériel. En s'appuyant sur la jurisprudence fédérale récente, les auteurs éclaircissent la question de savoir s'il faut vraiment exclure totalement la protection juridique contre des actes matériels par le biais d'une injonction légale. Ils concrétisent les conditions du prononcé d'une décision relative aux actes matériels et constatent que le Tribunal fédéral a développé, dans sa jurisprudence la plus récente, un système de protection juridique contre les actes matériels conforme aux droits fondamentaux et étroitement lié à la lettre des dispositions procédurales qui vont dans ce sens.

P.P.

* Frau BLaw Corina Fuhrer danken die Autoren für wertvolle Vorarbeiten.

¹ Regina Kiener/Bernhard Rüttsche/Mathias Kuhn, *Öffentliches Verwaltungsverfahren*, 2012, N 1170; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. A. 2014, N 1285.

² Vgl. Art. 44, Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG, Art. 31 VGG. Exemplarisch aus dem kantonalen Recht Art. 74 Abs. 1 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) des Kantons Bern.

³ Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, *Rechtsschutzlücken*, Biaggini/Uhlmann (Hrsg.), *Evaluation der Bundesrechtspflege*, 2014, N 41.

⁴ Siehe Art. 49 Abs. 3, Abs. 1 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Graubünden.

⁵ Zum Begriff des Realaktes BGE 130 I 369, 379 E. 6.1; Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey, *Droit administratif général*, 2014, N 783; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. A. 2010, N 730a, 737, 874c; Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, Vol. II, 3. A. 2011, 28; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. A. 2014, § 38 N 1, 2. Ausführlich zu den verschiedenen Arten und Typen von Realakten René Wiederkehr/Paul Richli, *Praxis des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band I, 2012, N 2829–2849.

statt durch blossen Realakt zu handeln, sofern das Grundrecht an das Vorliegen einer Verfügung anknüpft.⁶

Der vollständige Ausschluss gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Realakte geriete vielmehr in einen strukturellen Konflikt mit der verfassungsrechtlich verbürgten Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und den menschenrechtlichen Verfahrensgarantien (Art. 6 Ziff. 1, Art. 13 EMRK).⁷ So beschränkt Art. 29a Satz 1 BV den Anspruch jeder Person auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde nicht auf den Erlass einer verwaltungsbehördlichen Verfügung, sondern gewährt diesen allgemein bei Rechtsstreitigkeiten.⁸ Sofern also eine Verwaltungsbehörde durch die Vornahme eines Realaktes eine Rechtsstreitigkeit verursacht, indem schutzwürdige individuelle Rechtspositionen betroffen werden,⁹ gewährleistet Art. 29a Satz 1 BV grundsätzlich gerichtlichen Rechtsschutz.¹⁰ Schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich dabei vor allem aus Grundrechten, aber auch aus rechtlich geschützten Interessen aus anderen Rechtstiteln.¹¹

Da gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK jede Person ein Recht darauf hat, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen vor einem Gericht verhandelt wird, war der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz gegen Realakte bereits vor Inkrafttreten von Art. 29a BV am 1. Januar 2007 grundrechtlich abgesichert. Der Begriff der «zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen» umfasst nämlich nach ständiger Rechtsprechung über zivilrechtliche Streitigkeiten im engeren Sinn hinaus

auch Verwaltungsakte einer hoheitlich handelnden Behörde, sofern sie in Rechte und Pflichten privatrechtlicher Natur eingreifen.¹² Ausserdem hat gemäss Art. 13 EMRK jede Person das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben.¹³ Das Bundesgericht hatte verschiedene Wege aufgezeigt, auf denen Grundrechtsverletzungen, die aus staatlichen Realakten resultieren, anders als durch unmittelbare Anfechtung in genügender Weise gerügt werden können.¹⁴ So besteht die Möglichkeit, eine Feststellungsverfügung über die Grundrechtskonformität der umstrittenen Realakte zu verlangen, deren Ablehnung einen anfechtbaren Entscheid darstellen würde.¹⁵ Alternativ kommt die Geltendmachung einer Rechtsverletzung durch einen Realakt im Rahmen einer Staatshaftungsklage in Betracht.¹⁶

Beide Wege führen aber nicht in jedem Fall zu ausreichendem Rechtsschutz.¹⁷ Mit dem Erlass einer Feststellungsverfügung kann lediglich die Feststellung einer vergangenen Rechtsverletzung, nicht aber das Unterlassen einer andauernden Beeinträchtigung erreicht werden. Der Staatshaftungsanspruch ist nur auf Schadenersatz, nicht aber auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gerichtet.¹⁸ Daher hat das Bundesgericht mangels gesetzlicher Regelung zum Rechtsschutz gegen Realakte subsidiär die Möglichkeit einer direkten Anfechtung von Realakten in Erwägung gezogen.¹⁹ Die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrenrechts betreffend Verfügungen sind in einem solchen Fall analog anzuwenden.²⁰

Im Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes stellt Art. 25a VwVG im Hinblick auf Art. 29a BV ausreichenden gerichtlichen Rechtsschutz sicher.²¹ Gleiches gilt auch hin-

⁶ Dazu BGE 137 I 120, 125 f. E. 5.5. Allgemein zur Ableitung prozessualer Gewährleistungen aus materiellen Rechtsansprüchen, insbesondere Grundrechten, *Biaggini/Uhlmann*, Rechtsschutzlücken (Fn. 3) N 5.

⁷ *Beatrice Weber-Dürler, Auer/Müller/Schindler* (Hrsg.), VwVG, 2008, Art. 25a N 1.

⁸ *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2007, Art. 29a Rn. 4.

⁹ Siehe zum Begriff der Rechtsstreitigkeit als Streitigkeit im Zusammenhang mit einer schützenswerten individuellen Rechtsposition BGE 139 II 185, 218 E. 12.4; BGE 137 II 409, 411 E. 4.2.

¹⁰ BGE 140 II 315, 325 E. 4.3; BGE 136 I 323, 329 E. 4.3; *Alain Griffel*, Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. A. 2014, § 10c N 2; *Isabelle Häner*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2009, Art. 25a N 2; *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Öffentliches Verfahrensrecht (Fn. 1) N 203; *Andreas Kley*, Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. A. 2014, Art. 29a N 11; *Marianne Tschopp-Christen*, Rechtsschutz gegen Realakte des Bundes (Art. 25 VwVG), 2009, 188.

¹¹ BGE 140 II 315, 325 E. 4.3; *Yvo Hangartner*, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002 146 f.

¹² BGE 130 I 388, 394 E. 5.1.

¹³ Vgl. dazu *Regina Kiener/Walter Kälin*, Grundrechte, 2. A. 2013, 516.

¹⁴ Zu diesen und weiteren Möglichkeiten zur Erfüllung der Rechtsweggarantie in der Praxis *Wiederkehr/Richli*, Praxis des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens (Fn. 5) N 2879–2902.

¹⁵ In Bezug auf kritische staatliche Informationen über bestimmte Religionsgemeinschaften BGE 121 I 87, 91 E. 1.b.

¹⁶ BGE 128 I 167, 175 E. 4.5. Zur Alternativität von Verfügungserslass und Staatshaftung *Alain Griffel*, VRG (Fn. 10) § 10c N 12; *Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A. 2013, N 375.

¹⁷ *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 5) N 737; *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 1283.

¹⁸ *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 1) N 412; *Moor/Poltier* (Fn. 5) 39.

¹⁹ BGE 128 I 167, 175 E. 4.5.

²⁰ BGE 130 I 369, 379 E. 6.1.

²¹ BGE 140 II 315, 326 E. 4.4. Siehe auch *Biaggini* (Fn. 8) Art. 29a N 4; *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 429. Exemplarisch zur Rechtslage in den Kantonen ohne eine Art. 25a VwVG ent-

sichtlich Art. 6 Ziff. 1, Art. 13 EMRK. Gemäss Art. 25a VwVG muss die zuständige Behörde eine Verfügung erlassen, wenn jemand durch einen Realakt in seinen Rechten und Pflichten berührt wird und über ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung über den betreffenden Realakt verfügt. Der Erlass einer Verfügung über einen Realakt ermöglicht über einen verfahrensrechtlichen Umweg gerichtlichen Rechtsschutz in Form der Beschwerde.²² Art. 25a VwVG ist somit eine Hilfskonstruktion zur Erfüllung der Rechtsweggarantie anstelle einer unmittelbaren Anfechtbarkeit.²³ Die Vorschrift trägt auch im Übrigen «zu einem wirksamen, dynamischen Grundrechtsschutz bei und ist Ausdruck des Auftrags zu einem gewaltenteiligen Zusammenwirken bei der Grundrechtsverwirklichung (Art. 35 BV)».²⁴

Das Bundesgericht hat sich kürzlich in zwei in geringem zeitlichem Abstand ergangenen Urteilen betreffend das Kernkraftwerk Mühleberg²⁵ sowie die Einrichtung eines Aufnahmezentrums für Asylsuchende in der ehemaligen Kaserne in Losone²⁶ ausführlich mit dem Rechtsschutz gegen Realakte gemäss Art. 25a VwVG beschäftigt. Dabei ging es jeweils zunächst um die Frage, ob der Rechtsschutz gegen Realakte aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung gänzlich ausgeschlossen ist (dazu II.). Der Leitentscheid BGE 140 II 315 enthält darüber hinaus wichtige Konkretisierungen der Anspruchsvoraussetzungen für den Erlass einer Verfügung über Realakte gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG (dazu III. A.). So hat das Bundesgericht geklärt, welche Anforderungen an das schutzwürdige Interesse zu stellen sind (dazu III. B.) unter welchen Voraussetzungen tatsächliche Verwaltungshandlungen Rechte oder Pflichten berühren (dazu III. C.).

II. Ausschluss des Rechtsschutzes gegen Realakte

Gemäss Art. 29a Satz 2 BV können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Diese Formulierung schliesst einen darüber hinausgehenden generellen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz und eine Umschreibung der Ausnahmen durch das Bundesgericht aus.²⁷ Der Ausschluss gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Verfügungen der Bundesverwaltung, die auf bestimmten Rechtsgebieten ergehen, wird beispielsweise in Art. 32 VGG angeordnet. Der Zugang zum Bundesgericht gegen Entscheide auf bestimmten Sachgebieten wird auf der Grundlage von Art. 191 Abs. 3 BV durch Art. 83 BGG ausgeschlossen.²⁸ In Bezug auf Realakte hält das Bundesgericht fest: «Der Anspruch auf eine Verfügung nach Art. 25a VwVG besteht nicht, wenn die Gesetzgebung den Rechtsschutz gegenüber dem Realakt bewusst ausgeschlossen hat.»²⁹ Ein solch bewusster Ausschluss des Rechtsschutzes auch gegen Realakte findet sich in Art. 189 Abs. 4 Satz 1 BV, wonach Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates beim Bundesgericht nicht angefochten werden können.³⁰ Über Verfügungen hinaus erstreckt sich dieser explizite Ausschlussbestand nämlich auch auf Realakte. Dadurch ist die unmittelbare Anfechtung der Abstimmungserläuterungen des Bundesrates, der Botschaften an die Eidgenössischen Räte oder der Festlegung von Abstimmungsdaten ausgeschlossen.³¹

Im Übrigen sind gesetzliche Ausschlussstatbestände in Bezug auf Realakte nicht ersichtlich. Da eine unmittelbare Beschwerdemöglichkeit gegen Realakte aber ohnehin nicht vorgesehen ist, wäre es kaum folgerichtig, wenn der Rechtsschutz gegen Realakte explizit durch Gesetz ausgeschlossen würde, wie dies hinsichtlich Verfügungen in Art. 32 VGG beziehungsweise «Entscheiden» in Art. 83 BGG

sprechende Regelung *Angelo Fedi/Kilian Meyer/Dorian Müller*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau, 2014, § 4 N 11.

²² Vgl. *Christian Bovet/Angela Carvalho*, Les actes attaquables, *Belanger/Tanquerel* (Hrsg.), *Le contentieux administratif*, 2013, 77, 107; *Kölz/Häner/Bertschi* (Fn. 16) N 373; *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 5) § 38 N 22; *Weber-Dürler* (Fn. 7) Art. 25a N 49; *Wiederkehr/Richli* (Fn. 5) N 2903.

²³ Zu diesen beiden Wegen *Alain Griffel* (Fn. 10) § 10c N 3.

²⁴ BGE 140 II 315, 331 E. 4.8.

²⁵ BGE 140 II 315; zur Vorinstanz Urteil des BVerG A-5762/2012 vom 7.2.2013 E. 3 ff.

²⁶ Urteil 2C_246/2014 vom 7.8.2014; zur Vorinstanz Urteil des BVerG A-6258/2013 vom 28.1.2014.

²⁷ BGE 130 I 388, 393 E. 4. Siehe auch *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 438.

²⁸ Zu diesen Begrenzungen des Rechtsschutzes *Biaggini/Uhlmann*, *Rechtsschutzlücken* (Fn. 3) N 28.

²⁹ BGE 140 II 315, 322 E. 3.1. Im Anschluss daran auch Urteil 2C_246/2014 vom 7.8.2014, E. 7.3.

³⁰ BGE 138 I 61, 69 E. 3.2: «Allerdings erfährt der gerichtliche Rechtsschutz aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV einen erheblichen Einbruch.» Siehe auch *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 457.

³¹ BGE 138 I 61, 85 E. 7.1, 7.2. Zur Einordnung behördlicher Handlungen im Vorfeld von Abstimmungen als Realakte *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 1) N 1729.

der Fall ist.³² Ob der Anspruch auf Erlass einer Verfügung über einen Realakt gemäss Art. 25a VwVG ausgeschlossen ist, muss daher regelmässig durch Auslegung der für die Vornahme der Verwaltungshandlung massgeblichen Vorschriften ermittelt werden.

In dem Urteil zum Kernkraftwerk Mühleberg gelangte das Bundesgericht durch Auslegung der einschlägigen Bestimmungen in Art. 64 KEG mit überzeugenden Argumenten zum Schluss, dass der Rechtsschutz zugunsten Drittbetroffener im Zusammenhang mit der Vornahme respektive der Verweigerung von Aufsichtsmaßnahmen durch das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) zulasten der Betreiber von Kernkraftwerken nicht pauschal ausgeschlossen wird.³³ Insbesondere steht Art. 64 Abs. 3 KEG, wonach im Verfahren einer Freigabe nur der Gesuchsteller Parteistellung hat, der Anwendbarkeit von Art. 25a VwVG bei der Aufsichtstätigkeit des ENSI im Anschluss an eine Sicherheitsüberprüfung nicht entgegen, handelt es sich dabei doch gerade nicht um eine Freigabe.³⁴

Zum gegenteiligen Ergebnis des Rechtsschutzausschlusses kam das Bundesgericht hingegen bei der Auslegung von Art. 26a AsylG. Gemäss Art. 26a Abs. 1 AsylG können Anlagen und Bauten des Bundes ohne kantonale oder kommunale Bewilligungen zur Unterbringung von Asylsuchenden für maximal drei Jahre genutzt werden, wenn die Zweckänderung keine erheblichen baulichen Massnahmen erfordert und keine wesentliche Änderung in Bezug auf die Belegung der Anlage oder Baute erfolgt. Der Bund zeigt dem Kanton und der Standortgemeinde nach einer Konsultation die Nutzungsänderung spätestens 60 Tage vor der Inbetriebnahme der Unterkunft lediglich an (Art. 26a Abs. 3 AsylG). Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass die betreffende Umnutzung den Erlass einer Verfügung nicht voraussetzt.³⁵ Es stützte sich dabei anhand einer vertieften Auseinandersetzung mit der parlamentarischen Beratung massgeblich auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ab.³⁶

In einem weiteren Schritt argumentiert das Bundesgericht, dass in Anbetracht des Ausschlusses des Erlasses einer anfechtbaren Verfügung zur Umnutzung der Anlagen folgerichtig auch der Weg über Art. 25a VwVG versperrt sein

müsse, der Realakt in Form der Nutzungsänderung somit auch im Übrigen nicht Gegenstand einer Verfügung bilden könne.³⁷ Der Rechtsschutz von Anwohnern und Gemeinden gegen die Nutzungsänderung militärischer Anlagen wird demnach durch Art. 26a AsylG vollständig ausgeschlossen.

Mit Blick darauf, dass die Nutzungsänderung insbesondere individuelle Rechtspositionen von Anwohnern betreffen könnte, begegnet die unbesehene Annahme des Ausschlusses des Rechtsschutzes gegen Realakte im Ausgangspunkt gewissen Bedenken. Auch überzeugt es nicht ohne Weiteres, vom Ausschluss des Erlasses einer Verfügung unmittelbar auf den Ausschluss jeglichen Rechtsschutzes zu schliessen. Dies würde die Handlungsform der Verfügung in unzulässiger Weise auf ihre rechtsschutzeröffnende Funktion verengen, andere Funktionen, wie beispielsweise die verfahrensrechtliche Funktion und die Rechtssicherheitsfunktion, hingegen ausblenden. So könnte der Erlass einer Verfügung etwa deshalb ausgeschlossen worden sein, um die Einräumung rechtlichen Gehörs einschliesslich der Begründungspflicht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung zu vermeiden, ohne aber nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz gänzlich versagen zu wollen. Lässt sich indessen, wie im konkreten Fall von Art. 26a AsylG, mithilfe der historischen Auslegung nachweisen, dass der Ausschluss des Erlasses einer Verfügung dazu dienen sollte, Rechtsmittel gegen das betreffende Staatshandeln zu verhindern, muss sich der Ausschluss gerichtlichen Rechtsschutzes folgerichtig auch auf Realakte erstrecken. Ansonsten könnte der Rechtsmittelausschluss über Art. 25a VwVG umgangen werden.

Die Formulierung «in Ausnahmefällen» in Art. 29a Satz 2 BV beschränkt den Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers mangels hinreichender inhaltlicher Steuerungskraft nur sehr vage. Die in der Literatur vertretene Auffassung, es handle sich hierbei um über Art. 36 BV hinausgehende Erfordernisse in Form spezifischer Gründe,³⁸ hat sich bislang in der Rechtssetzungspraxis nicht niedergeschlagen. Dies dürfte nicht zuletzt auf die fehlende Justiziabilität bei Ausschlussstatbeständen in Bundesgesetzen (vgl. Art. 190 BV) zurückzuführen sein.³⁹ Als absolute Grenze für den Ausschluss des Rechtsschutzes gegen Realakte auf der Grundlage von Art. 29a Satz 2 BV wirkt deshalb einzig

³² Ausführlich zu den mit Blick auf Art. 29a BV nicht immer zweifelsfreien Ausschlussstatbeständen *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 444–447.

³³ BGE 140 II 315, 323 E. 3.3.

³⁴ BGE 140 II 315, 323 E. 3.4.

³⁵ Urteil 2C_246/2014 vom 7. 8.2014, E. 6.

³⁶ Urteil 2C_246/2014 vom 7. 8.2014, E. 6.2.3.

³⁷ Urteil 2C_246/2014 vom 7. 8.2014, E. 7.3.

³⁸ *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 440.

³⁹ Dazu *Kiener/Kälin* (Fn. 13) 519.

Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁴⁰ Ein Anwohner könnte sich in einem Einzelfall hierauf berufen, sofern er durch die bewilligungsfreie Nutzungsänderung in den von der Vorschrift erfassten Rechten betroffen würde. Die gesetzlichen Vorschriften wären dann im Wege völkerrechtskonformer Auslegung so zu interpretieren, dass der Anspruch aus Art. 25a VwVG ausnahmsweise nicht von vornherein ausgeschlossen ist, sondern bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Verfügung zu erlassen wäre.

III. Rechtsschutzinteresse für den Erlass einer Feststellungsverfügung

A. Zweigliedrigkeit des Rechtsschutzinteresses

Die Behörde ist zum Erlass einer Verfügung über einen Realakt gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG nur unter den Voraussetzungen verpflichtet, dass der Anspruchsteller ein schutzwürdiges Interesse hat und in seinen Rechten oder Pflichten berührt wird.⁴¹ Das Bundesgericht trennt unter dem Titel des Rechtsschutzinteresses die Voraussetzungen des schutzwürdigen Interesses und des Berührtseins in Rechten und Pflichten im Einklang mit dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, aber im Gegensatz zu einem Teil der Lehre,⁴² klar voneinander, indem es das schutzwürdige Interesse als subjektbezogenes und das Berührtsein in Rechten und Pflichten als aktbezogenes Kriterium bezeichnet.⁴³ Die klare Trennung begründet es damit, dass bei Realakten wie auch bei anderen Rechtsakten zwischen Anfechtungsobjekt (Art. 44 VwVG) und Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG) unterschieden werden muss, wobei das schutzwürdige Interesse die Funktion der Beschwerdebefugnis und das Berührtsein in Rechten und Pflichten die Funktion des Anfechtungsobjektes erfüllt.

B. Schutzwürdiges Interesse

Das Bundesgericht definiert das schutzwürdige Interesse in Analogie zur Verfügung gleich wie beim Parteibegriff

(Art. 6 VwVG) und der Beschwerdebefugnis (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG, Art. 89 Abs. 1 BGG).⁴⁴ In Übereinstimmung mit der Lehre verlangt es demnach eine besondere Nähe der gesuchstellenden Person zum Realakt, wobei das schutzwürdige Interesse tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein kann, falls der Gesuchsteller tatsächlich einen praktischen Nutzen an dem Erlass einer Verfügung über den betreffenden Realakt hat.⁴⁵ Das Bundesgericht knüpft bezüglich des schutzwürdigen Interesses an seine Rechtsprechung zu Art. 6 und 48 VwVG bezüglich der Legitimation von Anwohnern eines Kernkraftwerks (KKW) an und hält fest, dass Anwohner, die in einem Bereich leben, der im Störfall besonders gefahrenexponiert wäre, ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass angemessene und geeignete Schutzmassnahmen zur Gefahrenbeherrschung eingesetzt werden.⁴⁶ Legitimationsgrund der Anwohner ist damit «die Risikoexposition gegenüber einem besonderen Gefahrenherd», wobei es keine Rolle spielt, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Störfalls sehr gering ist.⁴⁷ Ausreichend ist der Umstand, «dass sie [die Anwohner] einer Anlage mit sehr grossem Gefährdungspotenzial ausgesetzt und von den möglichen Störfallfolgen in besonderem Masse potenziell betroffen sind».⁴⁸

Aufgrund der Nähe zum Gefahrenherd verfügte zumindest die in der Notfallplanungszone 1 wohnende gesuchstellende Person über ein ausgewiesenes Rechtsschutzinteresse.⁴⁹ Dabei spielte es keine Rolle, dass ein 10000-jährliches Hochwasser nur sehr selten eintritt und es auch in einem solchen Fall unwahrscheinlich ist, dass auf den Einsatz mobiler Pumpen zurückgegriffen werden muss.⁵⁰ Der Einsatz mobiler Pumpen stellt nur einen Bestandteil eines umfassenden Sicherheitskonzepts im Falle eines 10000-jährlichen Hochwassers dar, das als Baustein der nuklearen Sicherheit nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen werden darf.

⁴⁰ *Biaggini*, BV (Fn. 8) Art. 29a N 9; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 5) N 1718h.

⁴¹ Zu den weiteren Eintretensvoraussetzungen der Zuständigkeit der Behörde, der öffentlich-rechtlichen Grundlage, der Zulässigkeit der Begehren sowie der Partei- und Prozessfähigkeit *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 1287–1293.

⁴² Vgl. dazu unten III. C. 2. a.

⁴³ Dazu und zum Folgenden BGE 140 II 315, 324 E. 4.1. Im Anschluss an *Markus Müller*, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, Tschannen (Hrsg.), *Neue Bundesrechtspflege*, BTJP 2006/2007, 355. Vgl. auch *Kiener/Rütsche/Kuhn* (Fn. 1) N 421–425.

⁴⁴ BGE 140 II 315, 325 f. E. 4.2. Ebenso *Häner* (Fn. 10) Art. 25a N 34; *Müller* (Fn. 43) 347; *Moor/Poltier* (Fn. 5) 45; *Wiederkehr/Richli* (Fn. 5) N 2905; für eine spezifisch anhand von Art. 25a VwVG zu ermittelnde Definition hingegen *Weber-Dürler*, VwVG (Fn. 7) Art. 25a N 27; *Tschopp-Christen* (Fn. 10) 127.

⁴⁵ BGE 140 II 315, 325 E. 4.2. Siehe auch *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser* (Fn. 1) N 1294.

⁴⁶ BGE 140 II 315, 327 E. 4.6.

⁴⁷ BGE 140 II 315, 327 E. 4.6 und 4.7.

⁴⁸ BGE 140 II 315, 328 E. 4.6.

⁴⁹ BGE 140 II 315, 332 E. 5.1.

⁵⁰ BGE 140 II 315, 333 E. 5.2.3.

C. Berührtsein in Rechten oder Pflichten

1. Gleichsetzung mit dem Anfechtungsobjekt

Das Berührtsein in Rechten und Pflichten entspricht funktional dem Anfechtungsobjekt gemäss Art. 44 VwVG.⁵¹ Das Berührtsein in Rechten und Pflichten setzt demnach «einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus»,⁵² wobei sich schützenswerte Rechtspositionen aus Grundrechten und/oder aus anderen Rechtstiteln ergeben können. Dabei können Realakte des Staates genauso wie Verfügungen in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen.⁵³ Konkret ging es um eine als Aktennotiz gekennzeichnete Stellungnahme des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI), wonach der Einsatz von mobilen Pumpen auf dem Areal des KKW Mühleberg zur Beherrschung eines 10000-jährlichen Hochwassers ausreichend sei. Hierbei handelt es sich um einen Realakt, der sich als Gegenstand einer Verfügung gemäss Art. 25a VwVG eignet.⁵⁴ Mit der Duldung mobiler Pumpen zur Bewältigung der genannten Notfallsituation waren zwei Anwohner der Notfallplanungszonen 1 und 2 des KKW Mühleberg nicht einverstanden, weshalb sie den Erlass einer Verfügung über die Duldung des Einsatzes von mobilen Pumpen zur Störfallbeherrschung beantragten.

Das Erfordernis des Berührtseins in Rechten und Pflichten ist insoweit Ausfluss der Rechtsnatur des Realaktes. Während Verfügungen direkt auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses ausgerichtet sind und somit definitionsgemäss stets Rechte oder Pflichten berühren, zielen Realakte auf einen tatsächlichen Erfolg ab, wobei sie die Rechte und Pflichten von Privaten berühren können, aber nicht direkt auf eine solche Wirkung ausgerichtet sind.⁵⁵ Damit der Weg über Art. 25a VwVG offen steht, muss eine gewisse Intensität der Betroffenheit des Privaten, das heisst des Berührtseins in Rechten und Pflichten gegeben sein.⁵⁶ Dabei sind keine hohen Anforderungen an das Erfordernis des Berührtseins zu stellen, weshalb die Geltendmachung einer «potenziellen Rechtsverletzung»⁵⁷ mit minimaler Eingriffswirkung ausreicht.⁵⁸

2. Intensität der Berührung von Rechten oder Pflichten

a. *Ausdehnung auf bloss faktische Beeinträchtigungen?*
Umstritten ist dabei im Weiteren, ob ein Berührtsein in faktischen Positionen genügt oder ob es sich um rechtlich geschützte Positionen handeln muss. In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass für die Erfüllung der Voraussetzung des Berührtseins in Rechten und Pflichten bereits ein schutzwürdiges faktisches (nicht unbedingt rechtlich geschütztes) Interesse genüge.⁵⁹ Das Erfordernis eines rechtlich geschützten Interesses bilde im System des VwVG einen Fremdkörper, da eine derart enge Legitimation nur noch in der ehemaligen staatsrechtlichen Beschwerde und heute noch in der subsidiären Verfassungsbeschwerde zu finden sei. Weiterhin spreche der Wortlaut von Art. 25a VwVG, der nur ein schutzwürdiges Interesse, nicht aber ein rechtlich geschütztes Interesse verlange, gegen das Erfordernis des Vorliegens eines rechtlich geschützten Interesses.

Ausserdem bestehe kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung von Realakten und Verfügungen, da sich Realakte genauso auf die Rechtspositionen von Privaten auswirken könnten. In der Rechtsordnung als einem System kohärenter Wertentscheidungen sei es deshalb nicht angebracht, den Rechtsschutz gegen Realakte durch das Erfordernis eines rechtlich geschützten Interesses im Vergleich zum Rechtsschutz gegen Verfügungen künstlich zu beschränken. Schliesslich werden zweckgerichtete Überlegungen vorgebracht. So wird das Erfordernis eines rechtlich geschützten Interesses auch mit Blick auf die Folgen für die Rechtssuchenden abgelehnt. Gegen staatliches Unterlassen in Form eines Realakts könnte beispielsweise nur bei Vorliegen eines gesetzlich vorgesehenen subjektiven Rechts, das einen Anspruch auf staatliche Tätigkeit verleiht, vorgegangen werden. Bei positiven staatlichen Handlungen müsse ein subjektives Abwehrrecht gegen den staatlichen Akt vorgesehen sein, was aber faktisch nur bei Grundrechten der Fall sei, da auf Gesetzesstufe selten subjektive Abwehrrechte vorgesehen seien. Auf der Grundlage dieser Ansicht fallen das schutzwürdige Interesse und das Berührtsein in Rechten oder Pflichten zusammen. Die letztgenannte Voraussetzung hätte somit keine eigenständige Bedeutung mehr.

Dieser Sichtweise ist insoweit zuzustimmen, als das Berührtsein in Rechten oder Pflichten nicht völlig losgelöst vom schutzwürdigen Interesse betrachtet werden kann. Ist

⁵¹ BGE 140 II 315, 324 E. 4.1.

⁵² Dazu und zum Folgenden BGE 140 II 315, 325 E. 4.3.

⁵³ BGE 140 II 315, 325 E. 4.4.

⁵⁴ BGE 140 II 315, 320 E. 2.2.

⁵⁵ Häner (Fn. 10) Art. 25a N 27; Müller (Fn. 43) 353, der dabei von «Reflexwirkungen» der Realakte spricht.

⁵⁶ Häner (Fn. 10) Art. 25a N 28; Müller (Fn. 43) 354; Moor/Poltier (Fn. 5) 44.

⁵⁷ Müller (Fn. 43) 354.

⁵⁸ Häner (Fn. 10) Art. 25a N 28; Tschopp-Christen (Fn. 10) 124; Enrico Riva, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen

Realakte – Überlegungen zu Art. 25a VwVG, SJZ 103 2007 341 f.

⁵⁹ Dazu und zum Folgenden Weber-Dürler, VwVG (Fn. 7) Art. 25a N 19–23; Tschopp-Christen (Fn. 10) 115–120.

die gesuchstellende Person durch den Realakt in ihren Rechten oder ihren Pflichten berührt, ergibt sich das schutzwürdige Interesse gerade aus dem Berührtsein in der Rechtsstellung, sodass die beiden Kriterien deckungsgleich sind.⁶⁰ Dies ist stimmig, da der naturgemäss in seinen Rechten oder Pflichten berührte Adressat einer Verfügung ebenfalls stets beschwerdebefugt ist.

b. Eingrenzung auf rechtliche Beeinträchtigungen

Gleichwohl besitzt das Kriterium des Berührtseins in Rechten oder Pflichten nach zutreffender Auffassung des Bundesgerichts und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre im Verhältnis zum schutzwürdigen Interesse eigenständigen Charakter.⁶¹ Es setzt ein rechtlich geschütztes und nicht bloss ein faktisches Interesse voraus.⁶² Der Gesetzgeber hat bewusst ein Berührtsein in Rechten und Pflichten vorgesehen und bringt damit zum Ausdruck, dass eine bloss Anknüpfung an die Parteistellung (Art. 6 VwVG) und am Beschwerderecht (Art. 48 VwVG), welche auch ein schutzwürdiges faktisches Interesse genügen lassen, nicht ausreichend ist. Das Verwaltungsverfahren ist grundsätzlich auf Verfügungen nach Art. 5 VwVG ausgerichtet, weshalb der Rechtsschutz gegen Realakte nach Art. 25a VwVG nicht darüber hinausgehen kann. Dies ist auch in Zusammenhang mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) zu sehen, die dem Einzelnen einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung von *Rechtsstreitigkeiten* verleiht, bei denen ein rechtlich geschütztes und nicht nur ein faktisches Interesse betroffen ist.⁶³

Im konkreten Fall kam es auf diese Differenzierung nicht an, da rechtlich geschützte Interessen der Gesuchsteller auf dem Spiel standen. Die schützenswerten Rechtspositionen der Gesuchsteller ergaben sich aus der Kernenergiegesetzgebung einerseits und aus Grundrechtspositionen andererseits.⁶⁴ Art. 4 Abs. 1 KEG sieht vor, dass gegen eine unzulässige Freisetzung radioaktiver Stoffe sowie gegen eine unzulässige Bestrahlung von Personen im Normalbetrieb und bei Störfällen Vorsorge zu treffen ist, was insbesondere auch in Bezug auf die Anwohner eines KKW gilt. Die Vorschrift verleiht den Anwohnern von KKW somit ein Rechtsschutzinteresse im Bereich der Störfall-

vorsorge, da sich diese in einer «spezifischen (räumlichen) Beziehungsnähe zum Kernkraftwerk»⁶⁵ befinden, woraus sich eine persönliche Betroffenheit bei Anordnungen bezüglich der Störfallvorsorge ergibt. Schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich im vorliegenden Fall in Übereinstimmung mit der Meinung des Bundesverwaltungsgerichtes auch aus Grundrechten, vor allem aus dem Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) und persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die jeweils eine staatliche Schutzpflicht im Hinblick auf von Dritten verursachte Gefährdungen begründen.⁶⁶

IV. Stimmiges Rechtsschutzsystem bei Realakten

Dem Bundesgericht ist es in seiner jüngeren Rechtsprechung gelungen, ein grundrechtskonformes, eng am Wortlaut des Verfahrensrechts orientiertes und insgesamt dogmatisch stimmiges Rechtsschutzsystem gegen Realakte zu entwickeln.⁶⁷ Vereinzelt anders lautenden Vorschlägen in der Literatur ist es zu Recht nicht gefolgt. Rechtsanwender und Rechtsschutzsuchende profitieren von der hieraus folgenden Rechtsklarheit. Um auf der Grundlage von Art. 25a VwVG Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend einen Realakt zu haben, reicht ein irgendwie geartetes schutzwürdiges Interesse allein nicht aus. Hinzukommen muss, dass der Realakt geschützte Rechtspositionen des Gesuchstellers beeinträchtigt. Entscheidendes Argument ist der zwingende Gleichlauf mit der rechtsschutzöffnenden Funktion der Verfügung. Vorbehältlich ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen dürfte die dogmatische Konstruktion des Bundesgerichts auch das kantonale Recht erfassen.⁶⁸

Weniger klaren Leitlinien folgt vorderhand die Rechtsprechung zur vorgelagerten Frage, ob der Rechtsschutz gegen Realakte durch eine bestimmte Norm ausgeschlossen wird. Da der Gesetzgeber unmittelbaren Rechtsschutz gegen Realakte regelmässig nicht vorsieht, besteht umgekehrt auch keine Veranlassung, diesen ausdrücklich auszuschliessen. Auch diesbezüglich erscheint es gut nachvollziehbar, wenn das Bundesgericht aus dem Ausschluss unmittelbaren Rechtsschutzes gegen Verfügungen auf einem bestimmten Rechtsgebiet Rückschlüsse auf die Rechtslage bei Realakten zieht. Wenn schon eine Verfü-

⁶⁰ BGE 140 II 315, 325 E. 4.3. Siehe auch *Wiederkehr/Richli* (Fn. 5) N 2904.

⁶¹ Vgl. zur herrschenden Lehrmeinung *Müller* (Fn. 43) 351 ff.; *Häner* (Fn. 10) Art. 25a N 19; *Kölz/Häner/Bertschi* (Fn. 16) N 369; *Riva* (Fn. 58) SJZ 103 2007 342.

⁶² Dazu und zum Folgenden BGE 140 II 315, 326 E. 4.5.

⁶³ BGE 140 II 315, 325 E. 4.4.

⁶⁴ BGE 140 II 315, 327 E. 4.6, 329 E. 4.8.

⁶⁵ Dazu und zum Folgenden BGE 140 II 315, 328 E. 4.7.

⁶⁶ BGE 140 II 315, 321 E. 2.3.1, 329 E. 4.8.

⁶⁷ Ebenfalls zustimmend *Markus Müller*, ZBI 115 2014 495 f.

⁶⁸ Zu diesem Gesichtspunkt *Biaggini/Uhlmann* (Fn. 3) N 42. Für die Einführung der direkten Anfechtbarkeit von Realakten im Bundesrecht *Wiederkehr/Richli* (Fn. 5) N 2939.

gung nicht angefochten werden kann, trifft dies erst recht auf einen Realakt zu. Problematisch ist, dass die Frage oft nur mithilfe einer komplexen Auslegung der einschlägigen Spezialnorm zu beantworten sein wird. Die Vorhersehbarkeit für die Rechtsschutzsuchenden leidet unter einer differenzierten Kasuistik, wie sie das Bundesgericht in Bezug auf Bestimmungen des KEG und des AsylG entwickelt hat.

Schliesslich bleibt bis auf Weiteres offen, wo allenfalls absolute Grenzen des Rechtsschutzausschlusses verlaufen. Art. 29a Satz 2 BV geht von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus, enthält jedoch keine materiellen Vorgaben. Es steht also in weitem Umfang in der Verantwortung des Verfahrensgesetzgebers, Verfahrenseffizienz und Grundrechtsschutz gegeneinander abzuwägen.