



University of Zurich  
Zurich Open Repository and Archive

Winterthurerstr. 190  
CH-8057 Zurich  
<http://www.zora.uzh.ch>

---

*Year: 2008*

---

## Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens

Uhlmann, F

Uhlmann, F (2008). Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens. In: Häner, I [et al.]. Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren. Zürich, Switzerland, 1-15.

Postprint available at:  
<http://www.zora.uzh.ch>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich.  
<http://www.zora.uzh.ch>

Originally published at:  
Häner, I [et al.] 2008. Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren. Zürich, Switzerland, 1-15.

---

# Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens<sup>1</sup>

*Felix Uhlmann*

## **Inhaltsübersicht**

- I. Einleitung und Fragestellungen
- II. Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung
  - A. Formelle und formlose Verfahrenseröffnung
  - B. Massgeblicher Zeitpunkt bei formloser Verfahrenseröffnung
    - 1. Allgemeine Überlegungen
    - 2. Rechtsschutzinteresse und Verfahrensökonomie
    - 3. Behördenexterne Abklärungen, Äusserlichkeit
    - 4. Individualisierung und Konkretisierung
- III. Rechtlicher Rahmen des Vorverfahrens
  - A. Relevanz der Fragestellung
  - B. Vorverfahren nach Kartellgesetz
  - C. Keine allgemeine Geltung des Verfahrensrechts
  - D. Rechtsstaatliche Einbindung
  - E. Einsichtsrechte
  - F. Überleitung in ein Verwaltungsverfahren auf Antrag der oder des Betroffenen
- IV. Oficial- und Dispositionsmaxime
- V. Zusammenfassende Schlussbemerkung

## **I. Einleitung und Fragestellungen**

Vor diesem Referat habe ich mich noch nie vertieft mit der Frage beschäftigt, wann und wie eigentlich ein Verwaltungsverfahren beginnt. Verwaltungsverfahren sind in der Regel «einfach da», sie entspringen dem Juristenalltag wie Schaum aus dem Meer oder aus einer Muschel. Ob Verwaltungsverfahren dann jedes Mal so schön werden wie die Venus von Botticelli, lasse ich hier offen.

Die Vorstellung schaumgeborener Verwaltungsverfahren mag mit meiner Perspektive zusammenhängen. Als Anwältin oder Anwalt wird man in der Regel erst in pathologischen Situationen beigezogen, d.h. wenn der Streit mit der Verwaltung schon in vollem Gange ist. Als Anwalt ist man in der Regel sehr dankbar, wenn anwaltschaftlicher Rat gesucht wird, bevor die Verwaltung eine

---

<sup>1</sup> Der Vortragsstil wurde beibehalten. Meiner Assistentin, Frau lic. iur. Simone Bär, danke ich herzlich für die Bereitstellung des Materials und der sorgfältigen Überarbeitung des Manuskripts.

Verfügung erlassen hat. Im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ist es erfahrungsgemäss leichter, die Interessen der vertretenen Partei einzubringen, als wenn sich die Verwaltung bereits in Verfügungsform festgelegt hat<sup>2</sup>.

In jedem Fall wirft man selten einen Blick auf den eigentlichen Beginn eines Verwaltungsverfahrens. Dies ist in der Lehre auch nicht viel anders. Es finden sich zwar regelmässig Hinweise darauf, dass Verwaltungsverfahren von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eingeleitet werden können<sup>3</sup>. Damit hat es aber in der Regel sein Bewenden.

Bekannt und gut durchleuchtet ist der Ablauf des Verwaltungsverfahrens, d.h. Erlass einer Verfügung – allfällige Anfechtung dieser Verfügung und somit Überleitung in ein Streitiges Verwaltungsverfahren – verwaltungsgerichtliches Verfahren<sup>4</sup>. Der Zeitpunkt der Einleitung des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens und der rechtliche Zustand *vor* Einleitung des Verwaltungsverfahrens, ich bezeichne diesen Zustand hier als «Vorverfahren», ist dagegen kaum ausgeleuchtet. Ich möchte in meinen folgenden Ausführungen folgenden drei Fragen nachgehen:

- Wann beginnt ein Verwaltungsverfahren?
- Welche Rechtsregeln gelten vor Verfahrenseröffnung?
- Wer eröffnet das Verfahren?

Diese Fragen bilden die Struktur der nachfolgenden Überlegungen (Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, rechtlicher Rahmen des Vorverfahrens, Zuständigkeiten bei der Verfahrenseröffnung).

## II. Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung

### A. Formelle und formlose Verfahrenseröffnung

Der Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung ist deshalb nicht selbstverständlich, weil das Verwaltungsverfahren grundsätzlich keine formelle Eröffnung kennt. Es fehlt in der Regel an einem «acte introductif d'instance»<sup>5</sup>, dies im Gegen-

---

<sup>2</sup> Vgl. METZ/UHLMANN, AJP 2004, S. 347.

<sup>3</sup> HAUSER/MATTLE, S. 48; KÖLZ/HÄNER, Rz. 223 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1085; vgl. auch die Ausführungen unter IV.

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 854 ff., 1609 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht, § 28 Rz. 1 ff.; MOOR, Vol. II., S. 151 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1057 ff.

<sup>5</sup> MOOR, Vol. II, S. 255.

satz zum Zivilprozess (Rechtshängigkeit durch Klageeinreichung)<sup>6</sup> oder Strafprozess (Verfahrenseröffnung)<sup>7</sup>. Die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens ist somit formlos, informell.

Es gibt allerdings Ausnahmen. Diese Ausnahmen sind unter anderem in Spezialgesetzen zu suchen. Zu nennen sind namentlich die Bestimmungen von Art. 26 ff. KG. Gemäss Art. 28 Abs. 1 KG gibt das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung und damit die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens durch amtliche Publikation bekannt. Vor Eröffnung einer Untersuchung führt die Behörde eine «Vorabklärung» durch, wie es in Art. 26 KG vorgesehen ist.

Die Mitteilung an den Betroffenen, dass eine Untersuchung eröffnet worden ist, wie auch die Mitteilung an einen Anzeigsteller, dass kein Verfahren eröffnet werde, stellen wohl ihrerseits keine anfechtbaren Verfügungen dar<sup>8</sup>.

Wir verdanken es übrigens dem Kartellrecht, dass Zeitpunkt und Bedeutung des Verfahrensbeginns überhaupt diskutiert werden. Überhaupt wurden verschiedene Verfahrensfragen durch das Kartellrecht initiiert. Vermutlich wurden in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts kaum Gedanken über so genannte Dawn Raids gemacht<sup>9</sup>.

Neben spezialgesetzlichen Verfahrensregeln kommt es auch vor, dass die formelle Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens ausdrücklich vorgesehen ist. Art. 16 VRPG BE sieht vor, dass das Verwaltungsverfahren durch Eröffnung von Amtes wegen hängig wird. Eine solche Eröffnung geschieht durch entsprechende Mitteilung an die Betroffenen, typischerweise wohl mit einer Aufforderung verbunden, sich zum massgeblichen Verhalt zu äussern<sup>10</sup>. Massgeblich ist für den Verfahrensbeginn somit die externe Kundgabe an die Parteien oder die Gesuchseinreichung durch die Parteien; im zweiten Fall ist den Parteien der Verfahrensbeginn natürlich bekannt. Durch eine solche Regelung ist der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eindeutig definiert.

<sup>6</sup> Vgl. VOGEL/SPÜHLER, 8. Kapitel Rz. 34 f. mit Verweis auf die kantonalrechtlichen Grundlagen; LYSSY, S. 6 ff.; WALDER-RICHLI, § 27 Rz. 1 ff.; Art. 60 f. Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung gemäss Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7413 ff.

<sup>7</sup> Vgl. HÜRLIMANN, S. 61 ff.

<sup>8</sup> BGE 130 II 521 E. 2.7.3 f.; ZURKINDEN/TRÜEB, Art. 27 Rz. 3; FRICK, Art. 27 KG Rz. 2 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 975; RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, S. 424; BORER, Art. 27 Rz. 6 f.; CARRON, Art. 26 KG Rz. 18; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 145, 179 ff. mit einer Zusammenfassung der Lehrmeinungen.

<sup>9</sup> Vgl. betreffend Dawn Raids im Kartellrecht BÖNI, Jusletter 2006, Rz. 1 ff.; SOMMER/BRUNNSCHWEILER, Jusletter 2006, Rz. 1 ff.; BRUNNSCHWEILER/MARQUARD, Jusletter 2005, Rz. 1 ff.; vgl. allgemein zu Kontrollmassnahmen und -handlungen der Verwaltungen Gutachten des Bundesamt für Justiz vom 31.1.2005, in: VPB 70 (2005), Nr. 46.

<sup>10</sup> Vgl. MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Art. 16 Rz. 3.

## **B. Massgeblicher Zeitpunkt bei formloser Verfahrenseröffnung**

### **1. Allgemeine Überlegungen**

Eine formelle Verfahrenseröffnung bildet aber die Ausnahme. Es stellt sich somit die Frage, in welchem Zeitpunkt ein Verwaltungsverfahren *formlos* beginnt.

Die Antwort auf diese Frage ist mit Blick auf den *Verfahrensbegriff* zu suchen. Rechtsanwendungsverfahren zeichnen sich dadurch aus, dass sie in einen individuell-konkreten Hoheitsakt münden, d.h. die Rechtstellung des Einzelnen unmittelbar berühren<sup>11</sup>. In Art. 1 VwVG wird der Geltungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes umschrieben. Danach findet das VwVG «Anwendung auf das Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind» (Art. 1 Abs. 1 VVG). Wesentlich ist für mich der Bezug zur Verfügung. Der Blick des Verwaltungsverfahrens ist auf den Erlass einer Verfügung gerichtet, und darin liegt meines Erachtens Finalität und Essenz eines Verwaltungsverfahrens<sup>12</sup>.

Es liegt nahe, den Beginn eines Verwaltungsverfahrens aus diesem Blickwinkel festzulegen. Ein Verfahren erscheint noch nicht als Verwaltungsverfahren, wenn an dessen Horizont noch keine Verfügung schimmert. Ein Verfahren beginnt grundsätzlich dann, wenn die Behörde von sich aus oder auf Antrag Vorkehrungen trifft, welche den Erlass einer Verfügung (oder den ausdrücklichen Verzicht auf Erlass einer solchen) erwarten lässt<sup>13</sup>. Die Verfügung ist somit Bezugspunkt zur Bestimmung des Beginns des Verwaltungsverfahrens. Zu prüfen ist, ob sich dieser Bezugspunkt durch verfahrens- oder verfügungsinhärente sowie weitere Gesichtspunkte noch präziser bestimmen lässt. Aus meiner Sicht ist insbesondere an folgende Gesichtspunkte zu denken:

- Rechtsschutzinteresse und Verfahrensökonomie
- Behördenexterne Abklärungen, Äusserlichkeit
- Individualisierung und Konkretisierung.

---

<sup>11</sup> KIENER/KÄLIN, S. 405 betreffend Geltungsbereich der Verfahrensgarantien.

<sup>12</sup> Vgl. betreffend Verfügung als zentrales Handlungsinstrument der Verwaltung TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht, § 27 Rz. 12; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 764; KÖLZ/HÄNER, Rz. 185.

<sup>13</sup> Vgl. ähnlich Gutachten des Bundesamt für Justiz vom 31.1.2005, in: VPB 70 (2006), Nr. 46 E. 1, 3.2.

## 2. Rechtsschutzinteresse und Verfahrensökonomie

Nach Einleitung eines Verwaltungsverfahrens ist unzweifelhaft, dass für ein solches Verfahren die Verfahrensgarantien von Art. 29 BV wie auch die Rechte und Pflichten aus dem einschlägigen Verfahrensgesetz zur Anwendung kommen. Verfahrensgarantien und Verfahrensrechte bilden einen formalisierten, rechtsstaatlich einwandfreien Rahmen zur Konkretisierung verwaltungsrechtlicher Rechte und Pflichten<sup>14</sup>. Ohne bereits auf den Rechtszustand vor Einleitung eines Verwaltungsverfahrens einzugehen ist klar, dass prozeduraler Rechtsschutz und Formalisierung in einem Vorverfahren nicht im gleichen Masse gelten können. Es erscheint nahe liegend, den Beginn eines Verwaltungsverfahrens dort früh eintreten zu lassen, wo besonders sensible, namentlich grundrechtlich geschützte Bereiche betroffen sind. Umgekehrt kann es der Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie als geboten erscheinen lassen, den Zeitpunkt der Eröffnung des Verwaltungsverfahrens eher spät eintreten zu lassen; dies ist u.a. ein Grund, weshalb im Kartellgesetz überhaupt ein solches Vorabklärungsverfahren eingeführt worden ist. Meines Erachtens dürfen diese beiden allgemeinen Gesichtspunkte – Rechtsschutzinteresse und Verfahrensökonomie – den Beginn des Verwaltungsverfahrens beeinflussen.

## 3. Behördenexterne Abklärungen, Äusserlichkeit

Ein Indiz für den Beginn eines Verwaltungsverfahrens liegt vor, wenn die Behörde in einer bestimmten Angelegenheit nach aussen auftritt. Rein interne Abklärungen und Überlegungen der Verwaltung dürften in der Regel noch kein eigentliches Verwaltungsverfahren darstellen. Umgekehrt liegt es nahe, vom Beginn eines Verwaltungsverfahrens dort auszugehen, wo die Verwaltungsbehörde mit Privaten in Kontakt tritt, welche in der Folge Adressaten oder Drittbetroffene einer Verfügung sein könnten. Solche behördenexterne Abklärungen stellen ein Indiz für den Beginn eines Verwaltungsverfahrens dar<sup>15</sup>.

## 4. Individualisierung und Konkretisierung

Ein weiteres Kriterium zur Bestimmung des Beginns des Verwaltungsverfahrens ist es, wie *individuell* und wie *konkret* die Überlegungen der Behörde be-

---

<sup>14</sup> KIENER/KÄLIN, S. 404.

<sup>15</sup> Es besteht ein offensichtlicher Zusammenhang mit dem vorgenannten Punkt des Rechtsschutzinteresses. Die allgemeinen Kriterien des Rechtsschutzes und der Verfahrensökonomie dürften insgesamt dem Gesichtspunkt der Äusserlichkeit des Verwaltungshandelns vorgehen. Dieses mag ein nützliches Kriterium sein, um letztlich aber den Beginn eines Verwaltungsverfahrens nur annäherungsweise zu bestimmen.

reits gediehen sind. Dieses Kriterium ergibt sich aus der Rechtsnatur der Verfügung, welche ja bekanntlich als individuell-konkreter Rechtsakt definiert wird (Art. 5 VwVG). Es liegt nahe, dass die Behörde dort, wo sie erst allgemeine, weder auf eine bestimmte Person noch einen bestimmten Sachverhalt bezogene Überlegungen anstellt, weiter von einer Verfügung und damit vor Einleitung eines Verwaltungsverfahrens entfernt ist, als wenn es sich um einen konkreten Sachverhalt und einen konkreten möglichen Adressaten handelt.

Eine solche Grenzziehung scheint beispielsweise im *öffentlichen Dienstrecht* von erheblicher praktischer Relevanz. Viele Verwaltungen sind in den letzten Jahren dazu übergegangen, bei Missständen in ihrem Betrieb Administrativuntersuchungen<sup>16</sup>, Evaluationen o.ä. durchzuführen. Verfahrensrechtliche Fragen solcher Untersuchungen blieben dabei oft im Dunkeln, fehlt es doch an gesetzlichen Grundlagen<sup>17</sup>. Aus einem verfahrensrechtlichen Blickwinkel geht es auf jeden Fall nicht an, von einer dem ordentlichen Verfahrensrecht weitgehend entzogenen Administrativuntersuchung zu sprechen, wenn von vornherein klar ist, dass sich die Untersuchung gegen eine bestimmte Person wegen eines bestimmten Verhaltens richtet<sup>18</sup>. Wenn etwa in einem öffentlichen Betrieb ein Unfall geschieht und dafür eine bestimmte Person oder eine bestimmte Personengruppe als Verantwortliche in Frage kommt, muss davon ausgegangen werden, dass bei einer solchen Untersuchung bereits ein Verwaltungsverfahren eingeleitet worden ist. Bei solchen konkreten und auf individuell bestimmbare Personen bezogenen Sachverhaltsabklärungen sind, wenn ich nochmals dieses Bild benutzen darf, eben bereits Verfügungen am Horizont aufgetaucht. Es liegt sehr nahe, dass nach Abschluss einer solchen Untersuchung Entlassungsverfügungen, Versetzungsverfügungen, disziplinarische Massnahmen, finanzielle Verantwortlichkeit etc. gegen die verantwortlichen Personen in Betracht gezogen werden.

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass ein Verwaltungsverfahren beginnt, wenn eine Behörde Vorkehrungen trifft, die den Erlass einer Verfügung erwarten lassen<sup>19</sup>. Der genaue Zeitpunkt ist mit Blick auf Rechtsschutzin-

---

<sup>16</sup> Vgl. zu den Administrativuntersuchungen insbesondere BACHER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 1–21; KELLER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 23–39; VISCHER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 41–63.

<sup>17</sup> VISCHER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 44. Im Bund gibt es immerhin Richtlinien (BB1 1981 III 1041 ff.). Vgl. auch KELLER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 32 ff.; VISCHER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 49 ff.

<sup>18</sup> BACHER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 12; relativierend KELLER, in: Ehrenzeller, Administrativuntersuchungen, S. 26 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31.1.2005, in: VPB 70 (2006), Nr. 46 E. 1, 3.2.

teresse und Verfahrensökonomie, Äusserlichkeit, Individualisierung und Konkretisierung des Verwaltungshandelns festzulegen.

### **III. Rechtlicher Rahmen des Vorverfahrens**

#### **A. Relevanz der Fragestellung**

Im Folgenden möchte ich nun der zweiten Frage nachgehen, welche rechtliche Regeln vor Einleitung eines Verwaltungsverfahrens gelten. Ich habe diesen Zustand als «Vorverfahren» bezeichnet.

Die Frage ist in mehrerer Hinsicht von Bedeutung. Sie bestimmt einerseits den Geltungsbereich des anwendbaren Verfahrensrechts (Art. 1 VwVG). Dieses ist anwendbar nach Einleitung eines Verfahrens, vor Einleitung ist dessen Anwendung fraglich. Die Anwendung des einschlägigen Verfahrensrechts determiniert die Parteistellung und die daraus abgeleiteten Rechte. Insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör, mit Akteneinsicht und Teilnahme an weiteren Beweiserhebungen, oder die Möglichkeit, einen Antrag auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu stellen, beurteilt sich nach anwendbarem Verfahrensrecht.

Ähnliches dürfte für die Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV gelten. Auch diese gelten offensichtlich nach Beginn des Verfahrens, vorher im Zweifel aber nicht.

Schliesslich begründet die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens die *Litispendenz*. Auch wenn dieser Aspekt des öffentlichen Verfahrensrechts weniger bedeutend ist als etwa im Zivilprozess<sup>20</sup>, ergeben sich daraus etwa Konsequenzen für die Abgrenzung der Zuständigkeit mehrerer Behörden<sup>21</sup>, eventuell auch für Verjährungsfragen<sup>22</sup>.

#### **B. Vorverfahren nach Kartellgesetz**

Auch an dieser Stelle scheint ein Blick auf die spezialgesetzliche Regelung des Kartellgesetzes interessant. Art. 26 KG sieht die Möglichkeit von Vorabklä-

---

<sup>20</sup> Zur Rechtshängigkeit im Zivilprozess vgl. Fn. 6.

<sup>21</sup> Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 856 betreffend Rechtshängigkeit bei der Rechtsmittelinstanz.

<sup>22</sup> Zur Verjährung im öffentlichen Recht vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 777 ff.; GADOLA, AJP 1995, S. 47 ff.

rungen durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission vor. Spezialgesetzlich geregelt ist in Art. 26 Abs. 3 KG, dass im Verfahren der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht besteht. Weitere Bestimmungen über das Verfahren finden sich nicht. Allgemein findet sich in Art. 39 KG der Hinweis, dass auf «die Verfahren» die Bestimmungen des VwVG anwendbar sind, soweit das Kartellgesetz nicht abweichende Vorschriften beinhaltet.

In BGE 130 II 521 hatte das Bundesgericht den Antrag einer Partei auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen ein anderes privates Unternehmen zu beurteilen. Das Bundesgericht musste in diesem Fall die Frage entscheiden, ob die Weigerung der Wettbewerbskommission, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen oder eine Untersuchung zu eröffnen, vor Bundesgericht angefochten werden kann<sup>23</sup>. Das Bundesgericht verneinte dies<sup>24</sup>. Offen liess das Bundesgericht jedoch die Frage, ob *allgemein* das Verwaltungsverfahrensgesetz auf das Verfahren der Vorabklärung Anwendung finden soll<sup>25</sup>. Die Frage wird in der Lehre seit längerem kontrovers diskutiert<sup>26</sup>.

Der Blick auf das Kartellrecht zeigt die Problemstellung, beantwortet sie aber nicht. Selbst wenn im Kartellgesetz die Frage eindeutig zu beantworten wäre, schiene fraglich, ob sich diese Schlüsse ohne weiteres verallgemeinern liessen. Neben den spezialgesetzlichen Bestimmungen, die das Gesetz aufweist, ist auch zu beachten, dass das Vorabklärungsverfahren gemäss Art. 26 KG insofern eine Besonderheit darstellt, dass es ein praktisch sehr bedeutsames und für ein Vorverfahren hochgradig formalisiertes Verfahren darstellt. Für andere Vorverfahren dürfte diese Ausgangslage gerade nicht gegeben sein.

### C. Keine allgemeine Geltung des Verfahrensrechts

Nach der hier vertretenen Auffassung kann auf jeden Fall nicht prinzipiell davon gesprochen werden, dass vor Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens bereits verfahrensrechtliche Bestimmungen Anwendung finden. Dafür sprechen zunächst einmal logische Gründe. Der Geltungsbereich des Verfahrensrechts ist ja gerade mit Blick auf den Begriff des Verwaltungsverfahrens definiert. Ist ein solches eben gerade noch nicht eingeleitet worden, erscheint es zumindest seltsam, den Geltungsbereich des Verfahrensrechtes einfach auszudehnen.

---

<sup>23</sup> BGE 130 II 521 E. 2.7.2 ff.

<sup>24</sup> BGE 130 II 521 E. 2.7.4.

<sup>25</sup> BGE 130 II 521 E. 2.6, 2.7.

<sup>26</sup> DENOTH, Jusletter 2006, Rz. 28; ZURKINDEN/TRÜEB, Art. 26 Rz. 3; FRICK, Art. 26 Rz. 11 bejahen die Anwendung des VwVG auf das Vorverfahren; a.M. dagegen ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 975; BORER, Art. 26 Rz. 11; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 151 ff.; CARRON, Art. 26 Rz. 19; offengelassen RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, S. 424 f.

Gleichzeitig müsste überlegt werden, ob nicht auch das Vorverfahren einen Anfangszeitpunkt hätte und damit es sozusagen ein Verfahren vor dem Vorverfahren noch gäbe, auf das dann (endgültig) die Regeln des allgemeinen Verfahrensrechts keine Anwendung mehr finden würden. (Diese Auffassung bedeutet natürlich nicht, dass in jedem Fall einem Verwaltungsverfahren noch ein eigentliches Vorverfahren vorgelagert sein muss. Wird ein Gesuch eines Privaten eingereicht, so wird dadurch in der Regel ohne weiteres das Verwaltungsverfahren eingeleitet, ohne dass ein irgendwie geartetes Vorverfahren praktische Bedeutung hätte oder auch nur nachweisbar wäre, bestenfalls könnte man in Anlehnung an privatrechtliche Konstrukte von einer logischen Sekunde sprechen). Auch in anderen Bereichen, z.B. bei Abschluss und Kündigung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages, ist das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht grundsätzlich nicht anwendbar<sup>27</sup>.

Überdies ist zu berücksichtigen, dass nach der hier vertretenen Auffassung hinreichende rechtsstaatliche Kompensationsmöglichkeiten bestehen. Darauf ist sogleich näher einzugehen.

#### **D. Rechtsstaatliche Einbindung**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Verwaltung selbstverständlich auch ausserhalb eines formellen Verwaltungsverfahrens an sämtliche rechtsstaatlichen Grundsätze der Bundesverfassung gebunden ist (Art. 5 BV)<sup>28</sup>. Staatliches Handeln muss sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein. Die Behörde darf weder rechtsungleich noch willkürlich handeln<sup>29</sup>. Dies bedeutet beispielsweise, dass die Verwaltung die sich stellenden Fragen im Vorverfahren (Akteneinsicht und weitere Parteirechte) rechtsgleich handhaben muss<sup>30</sup>. Sie muss auch darüber Rechenschaft ablegen können, ob ihr Verhalten, welches nicht auf Prüfung

<sup>27</sup> Vgl. auch BGer, Urteil 2P.104/2004 vom 14.3.2005, E. 4.4, wonach «das Gemeinwesen, selbst wenn es vertraglich oder privatrechtlich handelt, an die grundrechtlichen Schranken und an die Gebote rechtsstaatlichen Handelns gebunden (Art. 5 BV [...]) [ist]. Wo es aber nach den einschlägigen Vorschriften zulässigerweise als Vertragspartner auftritt und Rechtsbeziehungen in den Formen des Vertrages ordnet, besteht grundsätzlich kein Anspruch des (privaten) Vertragspartners auf vorheriges rechtliches Gehör vor vertragsändernden oder -auflösenden Erklärungen des Gemeinwesens ...».

<sup>28</sup> Gutachten des Bundesamt für Justiz vom 31.1.2005, in: VPB 70 (2006), Nr. 46 E. 3.1.1; vgl. DENOTH, Jusletter 2006, Rz. 24; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 156. Gemäss Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31.1.2005, in: VPB 70 (2006), Nr. 46 E. 5.1, wenden die Behörden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensrecht analog an, oft auch wenn sie kein Verfahren eröffnen.

<sup>29</sup> Gutachten des Bundesamt für Justiz vom 31.1.2005, in: VPB 70 (2006), Nr. 46 E. 3.1.1.

<sup>30</sup> Vgl. DENOTH, Jusletter 2006, Rz. 24; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 156 ff.

und Erlass einer Verfügung gerichtet ist, überhaupt einem öffentlichen Interesse entspricht und verhältnismässig ist. Abklärungen, Untersuchungen etc. der Behörde sind wie jedes Verwaltungshandeln rechtsstaatlichen Grundsätzen zu messen. Die Tatsache, dass die Verwaltung ausserhalb eines formellen Verwaltungsverfahrens handelt, ändert an dieser Einbindung nichts<sup>31</sup>.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich die Tätigkeit der Verwaltung auf eine Vielzahl Regeln rechtlicher oder verwaltungsorganisatorischer Natur abstützt (Grundsätze guter Verwaltungsorganisation). Auch wenn kein eigentliches Verwaltungsverfahren stattfindet, ist die Vorstellung einer «frei» handelnden Verwaltung unzutreffend. Das Verwaltungshandeln wurde und wird durch eine Vielzahl von Rechtsregeln gesteuert<sup>32</sup>. Auch an dieser Einbindung ändert grundsätzlich nichts, ob die Verwaltung nun ein Verwaltungsverfahren durchführt oder nicht.

## **E. Einsichtsrechte**

Neben dieser materiellrechtlichen Einbindung ist zu berücksichtigen, dass auch ausserhalb eines formellen Verwaltungsverfahrens für Private eine Vielzahl von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen besteht, ihre Interessen durchzusetzen. Von grosser praktischer Bedeutung dürften insbesondere Einsichtsrechte sein. Es ist kein Zufall, dass gerade dieses Recht im Rahmen einer Vorabklärung nach Art. 26 Abs. 3 KG Anzeigestellern und künftigen Parteien ausdrücklich verweigert worden ist.

Als anschauliches praktisches Beispiel kann ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. August 1991 genannt werden<sup>33</sup>. Gemäss Sachverhalt dieses Entscheids verfasste der Vorsteher des Amtes für Hochschulwesen am 15. Juni 1989 folgende handgeschriebene Aktennotiz<sup>34</sup>:

---

<sup>31</sup> Jede Verwaltungsbehörde ist unabhängig ihrer Aufgaben und ihrer Stellung an die rechtsstaatlichen Garantien (Art. 5 BV), das Willkürverbot (Art. 8 BV) und das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 9 BV) gebunden (HÄFELIN/HALLER, Rz. 747, 808; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 489, 557 ff., 585; MÜLLER, Grundrechte, S. 396 f., 470; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 Rz. 6, Art. 8 Rz. 7).

<sup>32</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 86 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, Verwaltungsrecht, § 12 Rz. 1 ff.

<sup>33</sup> VGer BE, Urteil vom 26.8.1991 i.S. Y. gegen Erziehungsdirektion des Kantons Bern, VGE 18226, in: BVR 1992, S. 80 ff.

<sup>34</sup> VGer BE, Urteil vom 26.8.1991 i.S. Y. gegen Erziehungsdirektion des Kantons Bern, VGE 18226, in: BVR 1992, S. 80.

«Nebenbeschäftigung Prof. Y

Effista-Lunch 15.6.1989: Beim Mittagessen orientiert Prof. X seinen Tischnachbarn über «einen Fak'kollegen, der mehr ab- als anwesend sei, da er wohl vor allem seinen zahlreichen Nebenbeschäftigungen nachrenne.» Als ich mein aktives Zuhören bekunde (ich sitze vis-à-vis von X.), sagt X.: «Esch ganz guet, wie Dir das o wüsst, Herr Stg., itz hei mer de a üsere Fakultät o-nes GMI.» Auf weitere Fragen, um wen es sich handle, sagt er; «Ich rede von Herrn Y.»

In der Folge führte der Vorsteher des Amtes für Hochschulwesen ein Gespräch mit Prof. Y., bei dem er zum Schluss kam, dass Prof. Y. für seine Abwesenheit einerseits Bewilligungen habe, andererseits an ausländischen Kongressen teilnehme. Der Vorsteher des Amtes für Hochschulwesen kommt dementsprechend zum Schluss, dass Y. zu Recht häufig abwesend sei und will es dabei bewenden lassen. Es kommt wie es kommen muss: Y. fühlt sich angegriffen und verlangt seinerseits vollständige Einsicht in die über ihn bestehenden Akten.

Das Bernische Verwaltungsgericht hatte sich in diesem Fall zunächst mit der Frage zu beschäftigen, ob durch die Handlungen des Vorstehers des Amtes für Hochschulwesen bereits ein Verwaltungsverfahren ausgelöst worden sei. Das Verwaltungsgericht verneint diese Frage<sup>35</sup>. Mit Blick auf das vorstehend Erörterte betreffend Beginn eines Verwaltungsverfahrens stimme ich dieser Einschätzung zu. Aufgrund dieser ersten Abklärungen war noch nicht zu erwarten, dass es effektiv zu einem Verwaltungsverfahren kommen würde. Dies wäre sicher anders zu beurteilen gewesen, wenn der Vorsteher nach seinem ersten Gespräch Zweifel über die Rechtmässigkeit des Verhaltens von Prof. Y. gehabt hätte; in diesem sollte man von der Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens ausgehen.

Im vorliegenden Fall bedeutet die Tatsache, dass Prof. Y. kein verfahrensrechtliches Einsichtsrecht hat, nicht, dass er sich gegen die entsprechenden Abklärungen nicht zur Wehr setzen kann. Vorliegend hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zu Recht die Anwendbarkeit des kantonalen Datenschutzgesetzes geprüft<sup>36</sup>. Dessen Anwendungsbereich grenzt sich gerade dadurch ab, dass es im Bereich von Verwaltungsverfahren nicht Anwendung findet<sup>37</sup>. Das Gleiche gilt für neuere Gesetze, welche den Grundsatz der Öff-

<sup>35</sup> VGer BE, Urteil vom 26.8.1991 i.S. Y. gegen Erziehungsdirektion des Kantons Bern, VGE 18226, in: BVR 1992, S. 83 f. E 3.c.

<sup>36</sup> VGer BE, Urteil vom 26.8.1991 i.S. Y. gegen Erziehungsdirektion des Kantons Bern, VGE 18226, in: BVR 1992, S. 84 ff. E. 3c, 4 f.; vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. c Datenschutzgesetz des Kantons Bern vom 19. Februar 1986 (BSG 152.04).

<sup>37</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. c Datenschutzgesetz des Kantons Bern vom 19. Februar 1986 (BSG 152.04); vgl. z.B. auch § 3 Abs. 2 lit. a Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom

fentlichkeit in die Verwaltung einführen. Bezüglich des Einblicks in amtliche Akten greifen sie gerade dort, wo verfahrensrechtliche Ansprüche eben nicht bestehen<sup>38</sup>.

## **F. Überleitung in ein Verwaltungsverfahren auf Antrag der oder des Betroffenen**

In vielen Fällen wird es der oder dem Betroffenen auch möglich sein, bei Vorliegen eines berechtigten Rechtsschutzinteresses die Überleitung in ein formelles Verfahren zu erzwingen. Zu denken ist insbesondere an eine Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerde<sup>39</sup>, an Art. 25 VwVG (Feststellungsverfügung)<sup>40</sup> sowie heute nun von Art. 25a VwVG (Feststellungsverfügung über Realakte)<sup>41</sup>. Verzögert also beispielsweise die Behörde künstlich die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens, so dürfte darin in der Regel auch eine Rechtsverweigerung liegen, die im Zusammenhang mit einem konkreten Begehren gerügt werden kann. Die Festlegung des Zeitpunktes, wann ein Verfahren zu beginnen hat, wird dadurch justiziabel.

An eine Feststellungsverfügung ist etwa zu denken, wenn die Behörde letztlich eine Verfügung überprüft hat, dann aber auf den Erlass einer solchen verzichten will. Auch in einem solchen Verfahren haben der oder die Betroffenen grundsätzlich verfahrensrechtliche Ansprüche. Verweigert die Behörde ihr oder ihm diese, kann sie oder er verlangen, dass der negative Entscheid, überhaupt eine Verfügung zu erlassen, in einem Feststellungsverfahren geklärt wird. Für das auf Rechtswirkungen gerichtete Verwaltungshandeln dürfte dementsprechend ausreichender Rechtsschutz bestehen.

---

28. September 2000 (BGW 157.1); § 4 Abs. 2 Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 18. März 1992 (153.260); vgl. allerdings im Bund Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG.

<sup>38</sup> Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 BGÖ; Art. 2 Abs. 3 Gesetz über die Information der Bevölkerung des Kantons Bern vom 2. November 1993 (BSG 107.1); Art. 2 Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der kantonalen Verwaltung des Kantons Uri vom 26. November 2006 (RB 2.2711).

<sup>39</sup> Vgl. BVGer, Urteil D-2572/2007 vom 4.10.2007, E. 2.2 ff.; Urteil A-2723/2007 vom 30.1.2008, E. 1.3 ff.; UHLMANN, in: Niggli et al., BSK BGG, Art. 94 Rz. 1; MÜLLER, Grundrechte, S. 495 ff., 503 ff.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 132 V 257 E. 1.3, 2 ff.; BVGer, Urteil B-4037/2007 vom 29.2.2008, E. 7.1 ff.; BVGE 2007/6 E. 1.3; KÖLZ/HÄNER, Rz. 200 ff.; KLEY-STRULLER, Feststellungsverfügung, S. 229 ff. Vor Einfügung des Art. 25a VwVG konnte grundsätzlich keine Feststellungsverfügung über Realakte ergehen (KÖLZ/HÄNER, Rz. 209 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1189; MÜLLER, Verwaltungsrealakte, S. 333 ff.).

<sup>41</sup> Vgl. RIVA, SJZ 2007, S. 337 ff.; MÜLLER, Verwaltungsrealakte, S. 313 ff.; vgl. zur Praxis vor Einführung von Art. 25a VwVG Fn. 40.

Schliesslich gibt die heute viel diskutierte Bestimmung von Art. 25a VVG den Betroffenen die Möglichkeit, eine Verfügung über Realakte zu verlangen, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse an der entsprechenden Feststellung haben<sup>42</sup>. Es besteht meines Erachtens kein Grund, diese Bestimmung nicht auch auf das Vorverfahren vor einem Verwaltungsverfahren anzuwenden. Dies erscheint insofern sachgerecht, weil das Vorverfahren von der rechtlich verbindlichen Regelung in einer Verfügung eben noch weit entfernt ist und dementsprechend unter den Begriff des Realaktes subsumiert werden kann.

Insgesamt muss die genaue Wechselwirkung zwischen den drei Instituten Rechtsverweigerung, Feststellungsverfügung und Feststellungsverfügung über Realakte hier offen gelassen werden. Ich zweifle aber nicht daran, dass die drei Rechtsinstitute in ihrer Gesamtheit dazu geeignet sind, den Betroffenen im Vorverfahren hinreichend Rechtsschutz zu geben und eben dort, wo eine Überleitung in ein eigentliches Verwaltungsverfahren angezeigt ist, eine solche Überleitung rechtlich durchsetzbar zu machen.

#### **IV. Offizial- und Dispositionsmaxime**

Ich komme zur dritten Frage, nämlich wer das Verfahren einleitet. Diesbezüglich steht in jedem Lehrbuch, dass ein Verwaltungsverfahren von Amtes wegen oder auf Begehren eines Privaten eingeleitet werden kann<sup>43</sup>. Grundsätzlich gilt zwar die Offizialmaxime; es werden aber eine erhebliche Zahl von Verwaltungsverfahren namentlich durch Gesuche von Privaten eingeleitet<sup>44</sup>. Darüber herrscht Einigkeit.

Ergänzungen und Präzisierungen sind sowohl bei der Gesuchseinreichung Privater wie auch bei der Verfahrenseröffnung von Amtes wegen anzubringen. Bei der Gesuchseinreichung ist zu fragen, ob wirklich jedes Gesuch eines Privaten ein Verwaltungsverfahren auslöst. Wenn ich beim Bund ein Gesuch um Zuteilung eines möglicherweise bald frei werdenden Bundesratsssitzes stelle, zweifle ich, ob dadurch ein irgend geartetes Verwaltungsverfahren in Gang gesetzt wird. Mit Blick auf die gemachten Ausführungen ist zu fordern, dass auch bei der Einleitung der Privaten die Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit am Handlungshorizont der Verwaltung auftauchen muss. Offensichtlich unmögliche Begehren, Begehren an eine offensichtlich falsche Stelle

<sup>42</sup> MÜLLER, Verwaltungsrealakte, S. 347 f.

<sup>43</sup> HAUSER/MATTLE, S. 48; KÖLZ/HÄNER, Rz. 223 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 1085; PFEIFER, Untersuchungsgrundsatz, S. 132 f.; JAAG, Staats- und Verwaltungsrecht, Rz. 1906.

<sup>44</sup> KÖLZ/HÄNER, Rz. 223 f.; SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht, S. 96.

etc. führen grundsätzlich nicht dazu, dass ein Verwaltungsverfahren in Gang gesetzt worden ist<sup>45</sup>. Eine formlose Absage dürfte genügen.

Bei der Einleitung von Amtes wegen ergeben sich die Handlungsanweisungen an die Behörde schwergewichtig aus dem materiellen Recht; es handelt sehr begrenzt um eine prozessuale Fragestellung. Beispielsweise ist die Pflicht zur Einleitung eines Verwaltungsverfahrens sehr unterschiedlich geregelt. In gewissen Bereichen, beispielsweise im Bereich des Steuerrechts, verfügt die Behörde über keinen oder nur über einen sehr geringen Spielraum, ob sie ein Verfahren einleiten will oder nicht. Jeder muss veranlagt werden<sup>46</sup>. Demgegenüber ist die Verwaltung etwa in einem dienstrechtlichen Verfahren relativ frei, welche Massnahmen sie allenfalls in Angriff nehmen will oder nicht. Es ist eine Frage der Auslegung, welcher Ermessensspielraum der Verwaltung bei Einleitung eines Verfahrens zukommen soll oder nicht. Entsprechend kann diese Frage nicht allgemein beantwortet werden, sondern nur mit Blick auf das anwendbare materielle Recht. Prozessual mag immerhin eine Rolle spielen, dass die Einleitung eines Verfahrens die Rechtsschutzmöglichkeiten der oder des Betroffenen erhöht. In diesem Sinne kann – wie auch bei der Festlegung des Zeitpunkts eines Verwaltungsverfahrens – die Berücksichtigung von Rechtsschutzinteresse und Verwaltungsökonomie für die Frage, ob und wann ein Verwaltungsverfahren eröffnet werden soll oder nicht, relevant sein.

## V. Zusammenfassende Schlussbemerkung

Ein Verwaltungsverfahren wird auf Begehren einer Privatperson oder von Amtes wegen eingeleitet, wobei die Behörde oft über einen Ermessensspielraum verfügt.

Das Verfahren wird in der Regel formlos eröffnet. Es beginnt, wenn die Behörde Vorkehrungen trifft, die den Erlass einer Verfügung (oder den ausdrücklichen Verzicht darauf) erwarten lassen. Der genaue Zeitpunkt ist mit Blick auf Rechtsschutzinteresse und Verfahrensökonomie, Äusserlichkeit, Individualisierung und Konkretisierung des Verwaltungshandelns festzulegen.

Vor Einleitung eines Verwaltungsverfahrens («Vorverfahren») kommt das Verwaltungsverfahrenrecht nicht zur Anwendung. Die Rechtsstaatlichkeit des

---

<sup>45</sup> Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 224, wonach die Behörde bei Verneinung ihrer Zuständigkeit eine Nichteintretensverfügung erlassen muss, es sei denn ihre Unzuständigkeit sei offensichtlich.

<sup>46</sup> Siehe zum Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung (Art. 27 Abs. 2 BV) VALLENDER/WIEDERKEHR, in: Ehrenzeller et. al., SG-Kommentar, Art. 127 Rz. 9 ff.; BGE 133 I 206 E. 6.1 f.; 128 I 155 E. 2; 126 I 76 E. 2.

Verwaltungshandelns wird durch materiellrechtliche Prinzipien sowie formelle Rechtsschutzmöglichkeiten hinreichend gewährleistet.

Ich komme zurück zur Venus von Botticelli. Dass Verwaltungsverfahren schaumgeboren werden oder einer Muschel entspringen, glauben wir wohl kaum mehr. Wie aber auch die Herkunft der Venus umstritten ist – ich persönlich neige dazu, zu glauben, dass Zeus hier etwas damit zu tun hat – ist auch die Herkunft des Verwaltungsverfahrens nach diesem Referat sicher noch nicht restlos geklärt.