



University of Zurich
Zurich Open Repository and Archive

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

Year: 2008

Zuständigkeiten

Uhlmann, F

Uhlmann, F (2008). Zuständigkeiten. In: Ehrenzeller, B [et al.]. Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben: erste Erfahrungen, grundsätzliche Fragen und Entscheide. St. Gallen, Switzerland, 141-166.

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:
Ehrenzeller, B [et al.] 2008. Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben: erste Erfahrungen, grundsätzliche Fragen und Entscheide. St. Gallen, Switzerland, 141-166.

Zuständigkeiten

Felix Uhlmann*

Inhaltsübersicht

I.	Überblick.....	2
1.	Begriff „Zuständigkeiten“	2
2.	Zuständigkeiten im Einzelnen	4
a)	Schematische Darstellung.....	4
b)	Klageverfahren.....	4
c)	Beschwerdeverfahren.....	6
aa)	Beschlüsse der Kantonsregierungen im Bereich der Krankenversicherung	6
bb)	Hauptzuständigkeit	7
II.	Verfügungen als Beschwerdeobjekt	8
1.	Verfügungen nach Art. 5 VwVG.....	8
2.	Elemente des Verfügungsbegriffs.....	9
a)	Hoheitlich/Hoheitsakt	9
b)	Individuell-konkret.....	11
c)	Gestützt auf Bundesverwaltungsrecht.....	13
d)	Auf Rechtswirkung ausgerichtet	14
e)	Vollstreckbarkeit	15
3.	Sonderformen von Verfügungen.....	16
a)	Zwischenverfügungen	16
b)	Verfügungen gegen Rechtsverzögerung und Rechts- verweigerung.....	19
c)	Realakte (Art. 25a VwVG).....	20
d)	Weitere Sonderfälle.....	22

* Der Vortragsstil wurde beibehalten. Ich danke meiner Assistentin, Frau lic. iur. Simone Bär, bestens für die kompetente Überarbeitung des Textes sowie für die Ergänzung der Fussnoten und meinem Assistenten, cand. iur. Raphael Meyer, für eine erste Materialsuche.

III.	Ausnahmen nach Art. 32 Abs. 1 VGG	23
IV.	Schlussbemerkung.....	25

I. Überblick¹

1. Begriff „Zuständigkeiten“

Der Begriff „Zuständigkeiten“ ist nicht eindeutig und wird im juristischen Sprachgebrauch unterschiedlich verwendet. In einem weitesten Sinn kann der Begriff der Zuständigkeit oder der Zuständigkeiten als die Gesamtheit der formellen Voraussetzungen einer Beschwerde verstanden werden². So definiert sich etwa die Zuständigkeit des Bundesgerichts als Verfassungsgericht durch die naturgemäss einschränkende Bestimmungen des gesamten Prozessrechts.

In einem etwas engeren Sinn bedeuten Zuständigkeiten die Rechtsprechungskompetenz eines Gerichts im Instanzenzug (*funktionelle Zuständigkeit*)³. In diesem Sinn verwendet das Verwaltungsgerichtsgesetz den Begriff der Zuständigkeiten. Dies ist der Titel des 2. Kapitels. Darin enthalten sind Art. 31 VGG bis und mit Art. 36 VGG, d. h. die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz und als erste Instanz.

¹ Das Bundesverwaltungsgericht ist eine neue und ausserordentlich wichtige Institution des schweizerischen Bundesstaats. In der Doktrin ist es meines Erachtens bisher nur ungenügend zur Kenntnis genommen worden. Bei der Behandlung meines Themas habe ich mich bemüht, wenn immer möglich, auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zurückzugreifen.

² ZIMMERLI ULRICH/KÄLIN WALTER/KIENER REGINA, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrecht, Bern 2004, 54.

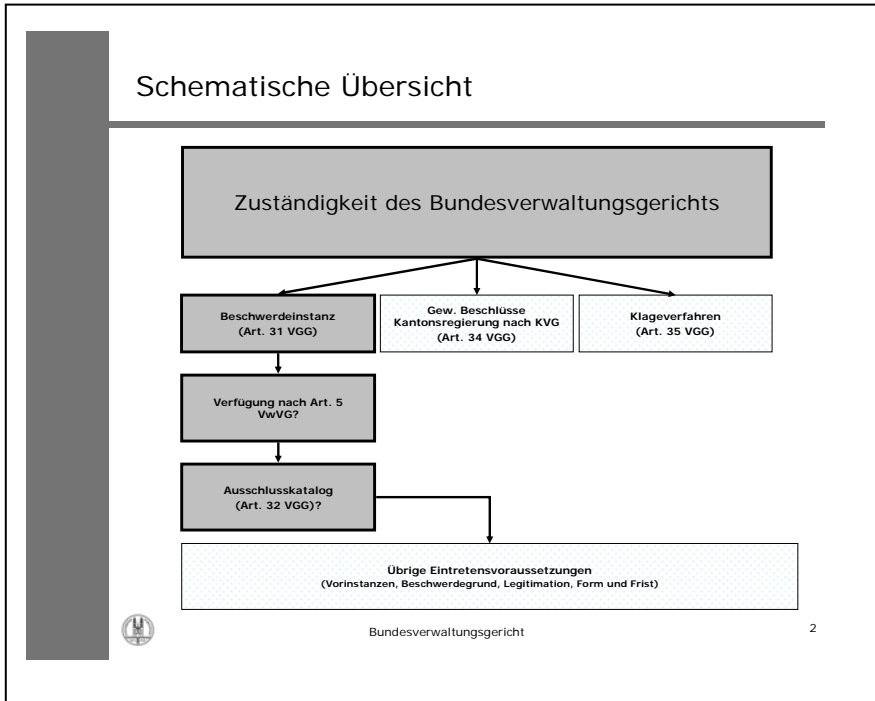
³ HAUSER PETRA/MATTLE ADRIAN, Repetitorium Öffentliches Prozessrecht, Zürich 2007, 48; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 230.

In einem noch engeren Begriffsverständnis beantwortet die Frage nach der Zuständigkeit die Frage der *Sachzuständigkeit*⁴. Es wird – untechnisch – gefragt, mit welchen Fällen das Bundesverwaltungsgericht eigentlich zu tun bekommt, wofür es denn eigentlich zuständig sei.

In diesem engen Sinn möchte ich den Begriff der Zuständigkeit verstehen. Dies ist schon dadurch geboten, dass den Vorinstanzen und den übrigen Beschwerdevoraussetzungen je ein eigenes Referat gewidmet ist.

⁴ Vgl. zur sachlichen Zuständigkeit etwa KÖLZ/HÄNER (Fn. 3), N 228.

- 2. Zuständigkeiten im Einzelnen
 - a) Schematische Darstellung



b) Klageverfahren

Bei der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im Klageverfahren handelt es sich um Spezialfälle. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt auf Klage als erste Instanz vor allem Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes, seiner Anstalten sowie Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben. Das Klagever-

fahren ist durch Art. 36 VGG insofern (unecht) eingeschränkt worden, als die Klage an das Bundesverwaltungsgericht entfällt, wenn ein anderes Bundesgesetz die Erledigung des Streits auf dem Verfügungsweg einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG überträgt (Art. 36 VGG)⁵.

Überdies ist das Klageverfahren noch für zwei weitere Fälle vorgesehen, nämlich für Streitigkeiten über Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten im Privatrechtsbereich (Art. 35 lit. b VGG) sowie für Streitigkeiten zwischen Bund und Nationalbank betreffend die Vereinbarung über Bankdienstleistungen und die Vereinbarung über die Gewinnausschüttung (Art. 35 lit. c VGG). Insgesamt dürften die im Klageverfahren zu erledigenden Fälle nicht allzu zahlreich sein⁶.

Für das Verfahren verweist übrigens Art. 44 Abs. 1 VGG *primär* auf verschiedene Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Zivilprozess, mit der – zumindest gemäss Gesetzeswortlaut – einzigen Einschränkung, dass das Bundesverwaltungsgericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 44 Abs. 2 VGG)⁷. Ich bin mir dabei nicht sicher, ob sich der Verweis auf den Zivilprozess in dieser Konsequenz durchhalten lässt⁸.

⁵ Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., 4392; vgl. z.B. Art. 39 Landesversorgungsgesetz (SR 531).

⁶ HAUSER/MATTLE (Fn. 3), 109.

⁷ Vom Verweis sind im Wesentlichen ausgenommen die Bestimmungen über die Vollstreckung (Botschaft [Fn. 5], 4395).

⁸ Zu denken ist etwa an Zeugenbefragungen, Akteneinsicht gegenüber der staatlichen Gegenseite etc. Zu den Beweismitteln im Verwaltungsverfahren vgl. KÖLZ/HÄNER (Fn. 3), N 276 ff.; BGE 130 II 169 betreffend Zeugeneinvernahme im Verwaltungsverfahren und im Zivilverfahren; BGE 123 V 331 bezüglich der Anwendbarkeit der Ausstandsregeln des BZP auf Berichte und Gutachten versicherungsinterner Ärzte.

c) Beschwerdeverfahren

aa) Beschlüsse der Kantonsregierungen im Bereich der Krankenversicherung

Im Beschwerdeverfahren ist das Bundesverwaltungsgericht neben der Hauptzuständigkeit nach Art. 31 VGG noch in einem Spezialfall gemäss Art. 34 VGG zuständig. Danach sind verschiedene Beschlüsse der Kantonsregierungen im Bereich der Krankenversicherung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterstellt. Es handelt sich dabei namentlich um Verfügungen über die Zulassung von Spitälern (Art. 39 KVG), die Genehmigung von Tarifverträgen (Art. 46 Abs. 4 KVG), die Festlegung eines Rahmentarifs im Bereich der Tarifverträge in Ärzteverbänden (Art. 48 Abs. 3 KVG), die Festlegung eines Globalbudgets für Spitäler und Pflegeheime (Art. 51, 54, 55 KVG) sowie die unter dem Begriff des Ärzttestopps bekannten Massnahmen nach Art. 55a KVG⁹. Die Spezialbestimmung von Art. 34 VGG ist notwendig, weil kantonale Instanzen grundsätzlich nicht zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehören¹⁰ und weil nach Art. 34 VGG auch Beschlüsse angefochten werden können, deren Verfügungscharakter nicht eindeutig ist¹¹. Die Ausnahme wurde eingeführt, um den Bundesrat von seinen Rechtsprechungskompetenzen in diesem Bereich zu entlasten¹².

⁹ Zum Ärzttestopp vgl. BGE 130 I 26. Der Ständerat hat in der Wintersession 2007 eine Verlängerung des Zulassungsstopps bis zum 31. Dezember 2010 beschlossen (AB SR 2007 1030 ff., Geschäfts-Nr. 04.032). Dessen Beschlussfassung folgte der Nationalrat in der Sommersession 2008 am 4.6.2008 (AB NR 2008, Geschäfts-Nr. 04.032).

¹⁰ Vgl. die Vorinstanzen gemäss Art. 33 lit. a-h VGG mit der Ausnahme der kantonalen Vorinstanzen nach Art. 33 lit. i VGG.

¹¹ Vgl. Art. 33 lit. i VGG, welcher von Verfügungen kantonalen Instanzen spricht (Botschaft [Fn. 5], 4391).

¹² Botschaft (Fn. 5), 4390 f.

bb) Hauptzuständigkeit

Soweit zu den Spezialfällen der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, den so genannten Nebenzuständigkeiten. Die Hauptzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich – wie bereits erwähnt – aus Art. 31 VGG. Danach beurteilt das Bundesverwaltungsgericht „Beschwerden gegen Verfügungen“ nach Art. 5 VwVG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich damit in erster Linie aus dem *Beschwerdeobjekt*. Der Verweis auf die Verfügung nach Art. 5 VwVG führt dazu, dass dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich eine „allgemeine Sachzuständigkeit in Bundesverwaltungssachen“ zukommt¹³. Zu prüfen ist damit einerseits der Verfügungsbegriff nach Art. 5 VwVG¹⁴.

Diese allgemeine Sachzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts wird andererseits beschränkt durch *Ausnahmen*. Diese finden sich in Art. 32 VGG¹⁵.

Nicht behandeln werde ich die übrigen Eintretensvoraussetzungen wie Vorinstanzen, Beschwerdegrund, Legitimation, Form und Frist¹⁶.

¹³ Botschaft (Fn. 5), 4387.

¹⁴ Vgl. hinten II.

¹⁵ Vgl. hinten III.

¹⁶ Vgl. dazu die weiteren Beiträge in diesem Band, insbesondere die Beiträge von MICHEL BESSON und MARKUS METZ.

II. Verfügungen als Beschwerdeobjekt

1. Verfügungen nach Art. 5 VwVG

Dem Wortlaut von Art. 5 VwVG können folgende Elemente entnommen werden:

Verfügung (Art. 5 VwVG)

Hoheitlich,
einseitig durch
Behörde

Individuell-
konkret

Anwendung von
Verwaltungsrecht
des Bundes

Rechtswirkung

Verbindlich und
erzwingbar
(Art. 39 ff. VwVG)


Art. 5 VwVG

¹ Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

- a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
- b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten;
- c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren.

² Als Verfügungen gelten auch Vollstreckungsverfügungen (Art. 41 Abs. 1 Bst. a und b), Zwischenverfügungen (Art. 45 und 46), Einspracheentscheide (Art. 30 Abs. 2 Bst. b und 74), Beschwerdeentscheide (Art. 61), Entscheide im Rahmen einer Revision (Art. 68) und die Erläuterung (Art. 69).

³ Erklärungen von Behörden über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind, gelten nicht als Verfügungen.


Bundesverwaltungsgericht
3

In einem Entscheid vom 23. Juli 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht den Begriff der Verfügung allgemein wie folgt umschrieben:

„Verfügungen sind individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, mit welchen eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird [...]“¹⁷

Bei der Auseinandersetzung mit dem Verfügungsbegriff verweist das Bundesverwaltungsgericht teilweise auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁸, teilweise einfach auf das Gesetz¹⁹, d. h. Art. 5 VwVG, teilweise auch auf verschiedene Lehrbücher im öffentlichen Recht²⁰. Ich nehme nicht an, dass diese unterschiedlichen Bezugsnahmen materiell von Bedeutung sind.

2. Elemente des Verfügungsbegriffs

a) Hoheitlich/Hoheitsakt

Hoheitlichkeit bedeutet, dass die Behörde gegenüber dem Privaten einseitig und übergeordnet auftritt²¹. Ein solches hoheitliches Verhältnis kann auch zwischen Privaten entstehen, soweit ein Privater in Erfüllung ihm übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben handelt²². Das Bundesverwaltungsgericht hat beispielsweise in einem Entscheid vom 8. August 2007 entschieden, dass ein Versicherungsunternehmen im Bereich der vom Bund anerkannten

¹⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7467/2006 vom 23. Juli 2007 E. 6.; vgl. die etwas abweichende Formulierung in: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3427/2007 vom 19. Juni 2007 E. 1.2.

¹⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7467/2006 vom 23. Juli 2007 E. 6; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2186/2006 vom 30. Mai 2007 E. 7.1.

¹⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7467/2006 vom 23. Juli 2007 E. 6; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-840/2007 vom 22. März 2007 E. 3.

²⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3427/2007 vom 19. Juni 2007 E. 1.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2186/2006 vom 30. Mai 2007 E. 7.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-840/2007 vom 22. März 2007 E. 3.

²¹ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 858.

²² Vgl. Art. 33 lit. h VGG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7367/2006 vom 8. August 2007 E. 1.1.

Krankenversicherungen und im UVG-Bereich öffentliche Aufgaben wahrnimmt und damit hoheitlich handelt; für die Erhebung der entsprechenden Daten ist das Versicherungsunternehmen ein Bundesorgan im Sinne des Datenschutzgesetzes und damit zu hoheitlichem Handeln befugt²³. Umgekehrt können etwa die SBB als staatlich beherrschte Institution, um im Bereich des Datenschutzes zu bleiben, auch Daten erheben, über deren Richtigkeit und Zulässigkeit allenfalls in einem privatrechtlichen Verfahren gestritten werden muss²⁴; es fehlt in diesem Fall am Element der Hoheitlichkeit.

Auch ein einfaches Schreiben kann hoheitlich sein. In einem Entscheid vom 19. Juni 2007 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass das Schreiben des Präsidenten der Kommunikationskommission, wonach die Beschwerdeführerin in einem bestimmten Verfahren keine Parteirechte geltend machen könne, als Verfügung einzustufen sei²⁵. In dem Brief wurde ein Gesuch der Beschwerdeführerin um Einräumung der Parteistellung abgewiesen, also ein Rechtsverhältnis geregelt. Ausser Frage stand für das Bundesverwaltungsgericht, dass die Verfügung einseitig und damit hoheitlich erging.

²³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7367/2006 vom 8. August 2007 E. 1.1.

²⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-420/2007 vom 3. September 2007 E. 1.2.

²⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3427/2007 vom 19. Juni 2007 E 1.3: „Der Brief ist an die Beschwerdeführerin gerichtet und bezieht sich auf drei zeitlich und räumlich abgrenzbare Lebenssachverhalte [...]. Einerseits wird über das Gesuch um Beteiligung als Partei im Konzessionsverfahren der Beschwerdegegnerinnen entschieden, andererseits über das Gesuch um Zuteilung weiterer Frequenzen sowie über den Antrag, die Beschwerdegegnerinnen seien zur Einführung eines kostenbasierten National Roaming zu verpflichten. Sämtliche Gesuche wurden abgewiesen, womit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG ein Rechtsverhältnis geregelt wurde. Die Entscheide ergingen ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin und daher einseitig [...]. Die Erkenntnisse sind für die Beschwerdeführerin im Übrigen verbindlich und unter Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes erfolgt (dem VwVG sowie der Gesetzgebung zum Fernmeldeverkehr)“.

Der Entscheid zeigt, dass die *Form* der Verfügung für den Verfügungsbegriff grundsätzlich nicht entscheidend ist. Richtig ist zwar, dass hoheitliches Handeln in aller Regel formgebunden ist. Eine Verfügung muss als solche bezeichnet, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden²⁶. Für die Qualifikation unter Art. 5 VwVG ist dies aber nicht massgebend. Das Bundesverwaltungsgericht hält zu Recht fest²⁷:

„Die Missachtung von Formerfordernissen bewirkt lediglich einen Eröffnungsmangel; die Verfügung wird fehlerhaft und als Folge davon anfechtbar, in seltenen Fällen gar nichtig. Formfehler lassen den Verfügungscharakter aber (abgesehen vom seltenen Fall der Nichtigkeit) nicht dahinfallen; die mangelhaft eröffnete Verfügung bleibt Verfügung [...].“

Eine formell mangelhafte Verfügung kann angefochten werden. Ob sie auch angefochten werden muss, ergibt sich unter Berücksichtigung von Art. 38 VwVG²⁸ und dem Grundsatz von Treu und Glauben²⁹.

b) Individuell-konkret

Hier geht es um die Abgrenzung zwischen Einzelakten und Erlassen. Die Verfügung bezieht sich auf einen konkreten Fall und richtet sich in der Regel an einen oder mehrere klar bestimmte Adressatinnen oder Adressaten³⁰.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in einem Urteil vom 10. Juli 2007 mit der Rechtsnatur einer Weisung des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom 12. Dezember 2006 zu beschäftigen³¹. In dieser Weisung verpflichtete

²⁶ Art. 35 Abs. 1 VwVG.

²⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3427/2007 vom 19. Juni 2007 E. 1.2.

²⁸ „Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen“.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_245/2007 vom 10. Oktober 2007 E. 2.4 f. und E. 3; BGE 129 II 125, 134 f. E. 3.3 f.; BGE 102 Ib 91, 93 f. E. 3.

³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 21), N 859. Zur Allgemeinverfügung vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 21), N 923 ff.

³¹ Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-7604/2006 vom 10. Juli 2007 E. 1.3 ff.

das BAG eine Krankenversicherung, den Versicherten KVG-konforme Prämien mitzuteilen. Hintergrund des Streites war die Festlegung von Prämienermässigungen. Im Streit lag (auch) die Nicht-Genehmigung der von der Krankenversicherung vorgelegten Prämientarife

Der Fall ist gleich unter mehreren Aspekten des Verfügungsbegriffs interessant. Zunächst zur Frage, ob vorliegend das BAG hoheitlich gegenüber der Krankenversicherung aufgetreten war: Das Bundesverwaltungsgericht bejahte dies³². Die Tatsache, dass aufsichtsrechtliche Verfahren, namentlich Aufsichtsbeschwerden, in der Regel formlos sind³³ ändert daran nichts. Hier ging es nicht um eine Aufsichtsanzeige eines Dritten, sondern um das direkte Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und beaufsichtigter (und durch die Weisung verpflichtete) Versicherung. Die Hoheitlichkeit des Handelns steht deshalb ausser Frage.

Zur Frage, ob eine solche Weisung generell-abstrakt oder individuell-konkret ist: Der Begriff der „Weisung“ wird oft für generell-abstrakte Normierungen, insbesondere Verwaltungsverordnungen, verwendet. An eine generell-abstrakte Normierung ist man erinnert, wenn das Verwaltungsgericht davon spricht, die Weisung des BAG habe für die Beschwerdeführerin „unstrittig Aussenwirkungen“³⁴. Der Begriff der Aussenwirkung wird insbesondere als eines der Kriterien für die Anfechtbarkeit von Verwaltungsverordnungen herangezogen³⁵.

Hier geht es allerdings nicht um eine generell-abstrakte Regelung, weil eine Versicherungsgruppe konkret verpflichtet wurde, ihre Tarifgestaltung entsprechend den Vorgaben des BAG zu gestalten. Daran ändert meines Erach-

³² Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-7604/2006 vom 10. Juli 2007 E. 1.4.2.

³³ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 21), N 1835 ff.

³⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-7604/2006 vom 10. Juli 2007 E. 1.4.3.

³⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 21), N 129; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 41 N 23.

tens nichts, dass vom Entscheid des BAG indirekt eine Vielzahl von Versicherten betroffen waren und dass die Versicherung im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung ihrerseits eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Entscheidend sind die Rechtsnatur und der Inhalt des Rechtsaktes, nicht dessen Bezeichnung.

Handelte es sich bei der Weisung übrigens tatsächlich um eine Verwaltungsverordnung, wäre ihre Anfechtbarkeit zumindest gemäss Praxis der Rekurskommissionen fraglich, und zwar auch bei Vorliegen von Aussenwirkungen³⁶. Diese Frage wollte der fragliche Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aber kaum präjudizieren.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Sinne eines obiter dictums auch die Frage angeschnitten, ob ein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt, wenn im Rahmen von Beschwerden kantonale Erlasse angefochten werden³⁷. Die Frage wurde im Entscheid offen gelassen. Das Bundesgericht war im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zurückhaltend. In BGE 128 II 13 ff. hat es den Entscheid einer kantonalen Behörde über die Ausdehnung der Allgemeinverbindlichkeit eines Gesamtarbeitsvertrages nicht als individuell-konkreten Entscheid und damit als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG qualifiziert. Entscheidend war somit die Rechtsnatur des ursprünglichen Aktes, nämlich die des generell-abstrakten Gesamtarbeitsvertrages³⁸.

c) Gestützt auf Bundesverwaltungsrecht

Bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde war es eine bekannte Unsicherheit, ob sich eine Verfügung auf kantonales und/oder eidgenössisches Verwal-

³⁶ Vgl. MOSER ANDRÉ/UEBERSAX PETER, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Geiser Thomas/Münch Peter (Hrsg.), Bd. III, Basel 1998, § 2 N 2.6.

³⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-7604/2006 vom 10. Juli 2007 E. 9.

³⁸ Vgl. BGE 128 II 13, 16 ff. E. 1.

tungsrecht stützte³⁹. Zumindest in der Intention des neuen Gesetzes sollte diese Problematik das Bundesverwaltungsgericht nicht beschäftigen, da kantonale Instanzen nicht zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehören⁴⁰ und die Bundesverwaltung in aller Regel kein kantonales Recht anwendet. (Auch für das Bundesgericht sollte sich zumindest dieses Problem nicht mehr stellen, weil sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Verfügungen richten, die sich auf eidgenössisches und/oder kantonales Recht stützen⁴¹.)

Zu erwähnen ist, dass der Begriff des öffentlichen Rechts im Zusammenhang mit Art. 5 VwVG recht weit geht. So könnten sich etwa zart besaitete Privatrechtlerinnen und Privatrechtler wundern, dass etwa Widerspruchsverfahren im Markenrecht oder Streitigkeiten mit einer Verwertungsgesellschaft dem Verwaltungsrecht des Bundes zugerechnet werden⁴². Das Bundesverwaltungsgericht bejaht in solchen Fällen seine Zuständigkeit ohne weiteres.

d) Auf Rechtswirkung ausgerichtet

Eine Verfügung hat die rechtsverbindliche Regelung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand⁴³. Keine Rechtswirkungen entfalten insbesondere *Real-*

³⁹ Vgl. beispielhaft BGE 132 II 188, 190 ff. E. 1; BGE 131 II 361, 364 f. E. 1.1; BGE 112 Ib 235, 237 ff. E. 2; KÖLZ/HÄNER (Fn. 3), N 892 i.V.m. 504 ff.

⁴⁰ Vgl. Art. 33 VGG mit der Ausnahme von lit. i.

⁴¹ So auch WALDMANN BERNHARD, Art. 82 BGG, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel 2008, Art. 82 BGG N 17.

⁴² Zum Widerspruchsverfahren im Markenrecht siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7449/2006 vom 20. August 2007 E. 1. (vgl. noch Art. 100 Abs. 1 lit. w aOG). Bezüglich Streitigkeiten mit einer Verwertungsgesellschaft (Verteilung unter dem GT W) vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7467/2006 vom 23. Juli 2007 E. 6.

⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 21), N 862; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2186/2006 vom 30. Mai 2007 E. 7.1 f.

akte. Diesbezüglich ist die im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege neu eingeführte Bestimmung in Art. 25a VwVG zu erwähnen⁴⁴.

Bezüglich Rechtswirkungen war vor Bundesverwaltungsgericht beispielsweise streitig, ob bei einem öffentlich-rechtlich Bediensteten die Verweigerung der Einordnung in eine höhere Funktionsstufe Rechtswirkungen entfaltet, wenn der öffentlich-rechtlich Bedienstete ungeachtet der Zuordnung gleich viel Lohn erhielt. Das Bundesverwaltungsgericht hielt dazu in einem Entscheid vom 22. März 2007 Folgendes fest:

„Weil dieser Entscheid die Rechtsstellung des Beschwerdegegners berührt, indem ihm das Recht verweigert wird, im neuen Lohnsystem einer Funktionsstufe mit besseren Lohnentwicklungsmöglichkeiten zugeteilt zu werden, kommt ihm Verfügungscharakter zu [...]. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, das neue Lohnsystem gewährleiste ausdrücklich die Besitzstandsgarantie und bewirke keine für die Arbeitnehmer nachteilige Änderung ihrer öffentlich-rechtlichen Arbeitsverträge, trifft nur insofern zu, als die aktuellen Löhne in ihrer Höhe unverändert ins neue Lohnsystem überführt werden [...]. Die Zuordnung zu einer Funktionsstufe gemäss neuem Lohnsystem hat demgegenüber eine neue Lohnskala mit anderen Maximallöhnen zur Folge“⁴⁵.

Dem Entscheid ist zuzustimmen.

e) Vollstreckbarkeit

Die Vollstreckbarkeit einer Verfügung wirft in der Regel keine Fragen auf. Ich habe in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts soweit ersichtlich auch noch keine einschlägigen Entscheide gefunden. Es ist auch fraglich, ob die Vollstreckbarkeit nicht eher Folge als Voraussetzung des Verfügungscharakters ist.

⁴⁴ Vgl. hinten II.3.c.

⁴⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts Urteil A-840/2007 vom 22. März 2007 E. 3.2.

3. Sonderformen von Verfügungen

a) Zwischenverfügungen

Bei den Sonderformen von Verfügungen kommt insbesondere der Anfechtbarkeit von *Zwischenverfügungen* erhebliche praktische Bedeutung zu.

Mit der Einführung des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG) hat der Bundesgesetzgeber auch die Bestimmungen über die Zwischenverfügungen im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) geändert. Er hat sich dabei an der Regelung von Art. 92 f. BGG orientiert. Einfach gesagt unterscheidet die Neuregelung des Verwaltungsverfahrensgesetzes zwischen „Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und den Ausstand“ einerseits (Art. 45 VwVG) und „anderen Zwischenverfügungen“ andererseits (Art. 46 VwVG)⁴⁶. Selbstständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über den Ausstand können und müssen sofort nach ihrem Erlass angefochten werden (Art. 45 Abs. 2 VwVG). Andere Zwischenverfügungen können nur unter eingeschränkten Voraussetzungen angefochten werden. Entweder müssen sie einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) oder die Gutheissung der Beschwerde führt sofort einen Endentscheid herbei, mit welchem ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren gespart werden kann (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG). Solche Zwischenverfügungen können ohne Rechtsverlust auch mit der Hauptverfügung angefochten werden (Art. 46 Abs. 2 VwVG).

Interessant ist, dass nun gerade in der wichtigen Frage die Definition des *nicht wieder gut zu machenden Nachteils* eine Differenz zwischen Bundesge-

⁴⁶ So auch das Bundesgerichtsgesetz in Art. 92 f., wobei jedoch in Abweichung zum VwVG neben Zwischenentscheiden auch von Vorentscheiden gesprochen wird. Vgl. zu dieser begrifflichen Unterscheidung UHLMANN FELIX, Art. 90-94 BGG, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel 2008, Art. 92 BGG N 3.

richt und Bundesverwaltungsgericht entstanden ist, obwohl Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG und Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG vom Gesetzgeber praktisch wortgleich formuliert wurden; unterschiedlich ist einzig die Begrifflichkeit (Zwischenentscheid resp. Zwischenverfügung), übrigens auch ein Unterschied, über dessen Nutzen man streiten könnte⁴⁷. Das Bundesgericht hat bekanntlich entschieden, dass bei Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG weiterhin seine bisherige Rechtsprechung zur staatsrechtlichen Beschwerde massgebend sein soll; erforderlich ist damit ein Nachteil rechtlicher Natur⁴⁸. Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid vom 14. Mai 2007 festgehalten⁴⁹:

„Der Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein; die Beeinträchtigung in schutzwürdigen tatsächlichen, insbesondere auch wirtschaftlichen Interessen genügt, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern [...].“

Im zitierten Entscheid ist das Gericht meines Erachtens zu Recht davon ausgegangen, dass bei der Verweigerung der Akteneinsicht in der Regel keiner wieder gut zu machender Nachteil entsteht.

Die Formulierung folgt der bisherigen Praxis zur Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde⁵⁰. Immerhin ist zu beachten, dass diese älteren und vom Bundesverwaltungsgericht einfach übernommenen Formulierungen in einen leichten Konflikt zum Gesetzestext in Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG geraten, wonach eine Zwischenverfügung auch anfechtbar ist, „wenn die

⁴⁷ Vgl. Zum Begriff des Entscheides unter dem BGG UHLMANN (Fn. 46), Art. 90 BGG N 5 und WALDMANN (Fn. 41), Art. 82 BGG N 6 ff.

⁴⁸ BGE 133 IV 139, 141 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 1B_206/2007 vom 7. Januar 2008 E. 3.2; vgl. UHLMANN (Fn. 46), Art. 93 BGG N 2 ff. betr. nicht wieder gutzumachender Nachteil.

⁴⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1907/2007 vom 14. Mai 2007 E 1.1.

⁵⁰ Vgl. etwa BGE 130 II 149, 153 E. 1.1; BGE 120 Ib 97, 100 E. 1.c; Entscheid des Bundesrates vom 28. April 2004, VPB 68.137 E. 1.2.1; Entscheid des Präsidenten der Eidgenössischen Rekurskommission für Heilmittel vom 21. Juli 2004, VPB 69.24 E. 1.2.2.

Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde.“ Mit dieser Voraussetzung setzt sich das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid vom 14. Mai 2007 nicht auseinander⁵¹.

Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht haben in der Frage des nicht wieder gut zu machenden Nachteils unterschiedlich entschieden. Ich möchte dem Bundesgericht und dem Bundesverwaltungsgericht nicht Unrecht tun; wenn ich es jedoch richtig überblicke, hat sich aber weder das eine noch das andere Gericht mit der Rechtsprechung des andern auseinandergesetzt. Damit will ich nicht sagen, dass sich die Praxis zu Zwischenverfügungen und Zwischenentscheiden nicht unterschiedlich entwickeln können und sollen; gerade beim nicht wieder gut zu machenden Nachteil lassen sich unterschiedliche Ansätze vertreten⁵². In vielen Fragen wäre es für mich aber unverständlich, wenn jedes Gericht losgelöst vom anderen wortgleiche oder zumindest praktisch wortgleiche Begriffe im jeweiligen Prozessgesetz völlig autonom entwickeln würde.

Unterschiede in der Rechtsprechung zu analogen Begriffen sollten sachlich begründet werden. Zu denken ist beispielsweise an die Funktion des jeweiligen Gerichts; das Bundesverwaltungsgericht dürfte von seiner Stellung her mehr auf die Gewährleistung von Rechtsschutz im Einzelfall ausgerichtet sein als das Bundesgericht.

⁵¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1907/2007 vom 14. Mai 2007. In E 1.1 führt das Bundesverwaltungsgericht unter anderem mit Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus, dass eine bloss mögliche Verfahrensverlängerung noch nicht als unheilbarer Nachteil gilt. Das Bundesverwaltungsgericht äussert sich nicht zur Eintretensvoraussetzung von Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG.

⁵² UHLMANN (Fn. 46), Art. 93 BGG N 4. Gemäss Botschaft, 4403 und 4407, sollte das VwVG insbesondere bezüglich der Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden auf das BGG abgestimmt werden. Vgl. auch AS NR 2004 1651.

b) Verfügungen gegen Rechtsverzögerung und
Rechtsverweigerung

Auch Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung sind im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege neu geregelt und an die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes angeglichen worden (Art. 94 BGG). Art. 46a VwVG lautet:

„Gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung kann Beschwerde geführt werden.“

Art. 46a VwVG regelt die Frage der Rechtsverweigerung und -verzögerung nicht allgemein. Es findet sich keine materielle Aussage, was eine Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung ist; diesbezüglich ist insbesondere auf Art. 29 Abs. 1 BV und weiteren Garantien zu greifen⁵³. In Art. 46a VwVG wird ein Beschwerdeobjekt fingiert, wenn durch Untätigkeit der Behörde in der Regel keines besteht. Das bedeutet, dass Art. 46a VwVG dort nicht zur Anwendung kommt, wo die Behörde formell entscheidet⁵⁴. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Fall vom 29. August 2007 betreffend Sistierung Folgendes festgehalten⁵⁵:

„Der Beschwerdeführer verlangt in seiner Beschwerde aber die Aufhebung einer Sistierungsverfügung und macht mithin nicht die unrechtmässige Verweigerung oder Verzögerung einer Verfügung geltend. Die Beschwerde ist damit ungeachtet ihrer Bezeichnung nicht als Rechtsverzögerungsbeschwerde im Sinne von Art. 46a VwVG, sondern als Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Sistierungsverfügung entgegen zu nehmen.“

Sowohl die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach vorliegend Art. 46a VwVG nicht anwendbar sei, wie auch die Auffassung, dass

⁵³ Vgl. zur gleichen Problematik unter dem BGG, UHLMANN (Fn. 46), Art. 94 BGG N 3 f.

⁵⁴ Vgl. zur gleichen Problematik unter Art. 94 BGG UHLMANN (Fn. 46), Art. 94 BGG N 2, 4 ff.

⁵⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4379/2007 vom 29. August 2007 E. 1.

die falsche Bezeichnung dem Beschwerdeführer nicht schade, halte ich für zutreffend.

c) Realakte (Art. 25a VwVG)

Über den neu ins VwVG aufgenommenen Art. 25a VwVG ist bereits Einiges geschrieben worden⁵⁶. Dagegen hat er soweit ersichtlich in der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts kaum eine nennenswerte Rolle gespielt. Erwähnung findet er etwa in einem Urteil vom 26. Juni 2007⁵⁷, wo eine Privatperson die Einstellung der Helikopter- und Drohnenflüge zur Überwachung der Landesgrenzen verlangte. Formell entsprach die Oberzolldirektion dem Wunsch des Beschwerdeführers und erliess am 4. April 2007 eine entsprechende Verfügung. Art. 25a VwVG war somit nicht streitig.

Zur neuen Bestimmung: Klar ist, dass Art. 25a VwVG nicht eine Verfügung für Realakte fingiert, sondern dass über Realakte verfügt wird; es besteht also eine andere dogmatische Lösung als bei der soeben besprochenen Rechtsverzögerung nach Art. 46a VwVG⁵⁸. Klar sind auch die Zuständigkeit der Behörde und die möglichen Begehren der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers.

Die Einführung von Art. 25a VwVG wirft aber verschiedene Fragen auf. Zu denken ist etwa an Folgendes:

- Wie sind die Schlüsselbegriffe „schutzwürdiges Interesse“ und „Berührtsein“ in Art. 25a VwVG zu verstehen und wie ist ihr Verhältnis

⁵⁶ Vgl. insbesondere RIVA ENRICO, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte Überlegungen zu Art. 25a VwVG, SJZ 103 (2007), 337 ff.; MÜLLER MARKUS, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, BTJP 2006, 313 ff.

⁵⁷ Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-2482/2007 vom 26. Juni 2007.

⁵⁸ RIVA (Fn. 56), 346; vgl. auch MÜLLER (Fn. 56), 344 f.

zueinander⁵⁹? Sind sie gleich zu verstehen wie bei der Beschwerdelegitimation bezüglich einer „normalen“ Verfügung⁶⁰?

- Gibt es ausserhalb des Grundrechtsschutzes für Art. 25a VwVG einen sinnvollen Anwendungsbereich? Die mir bekannten praktischen Beispiele beziehen sich fast immer auf Grundrechtsverletzungen⁶¹.
- Die Praxis hat den Verfügungsbegriff, welcher ja bekanntlich für die Reichweite des Rechtsschutzes bestimmend ist (oder zumindest war), in verschiedene Richtungen ausgeweitet⁶². Teilweise wurde bei Realakten eine Verfügung fingiert, teilweise wurde der Anwendungsbereich der Feststellungsverfügung recht grosszügig angewendet. Führt nun Art. 25a VwVG wieder zu einem engeren Verständnis des Verfügungsbegriffs?
- Wie ist das Verhältnis zum Staatshaftungsrecht? Subsidiarität oder Alternativität der Staatshaftung? Führt also die Einführung von Art. 25a VwVG dazu, dass vor Anhängigmachung einer Staatshaftungsklage wo immer möglich Verwaltungsrechtschutz mittels Art. 25a VwVG beantragt werden muss⁶³ oder führt die Verneinung

⁵⁹ Vgl. MÜLLER (Fn. 56), 347 f. u. 350 ff.

⁶⁰ RIVA (Fn. 56), 342.

⁶¹ Im Protokoll der Rechtskommission des Ständerats vom 23. Mai 2002, 6, wird als Beispiel die Umbenennung eines Bundesamtes genannt (zitiert nach MÜLLER [Fn. 56], 354, Fn. 160 i.V.m. Fn. 146). Grundrechtsinteressen sind nicht ersichtlich, allerdings dürfte kaum je eine Person in schützwürdigen Interessen betroffen sein (so auch MÜLLER [Fn. 56], 354).

⁶² BGE 130 I 369, 376 ff. E. 6; BGE 126 I 250, 254 f. E 2.d; siehe dazu auch MÜLLER (Fn. 56), 333 ff. m.w.H.

⁶³ Vgl. MÜLLER (Fn. 56), 360 ff.

der Rechtswidrigkeit im Rahmen von Art. 25a VwVG zum Ausschluss von Staatshaftungsansprüchen⁶⁴?

- Werden das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht Art. 25a VwVG als eine Art „gemeineidgenössische Verfahrensregel“ interpretieren, welche ähnlich wie Art. 5 VwVG für das kantonale Verfahrensrecht zwar nicht rechtlich verbindlich, aber doch faktisch bestimmend ist⁶⁵?

Ich nehme an, dass diese Fragen das Bundesverwaltungsgericht noch intensiv beschäftigen dürften.

d) Weitere Sonderfälle

Der Vollständigkeit halber erwähne ich noch fünf weitere Sonderfälle, die sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 VwVG ergeben. Zu grösseren Unsicherheiten haben Sie vor Bundesverwaltungsgericht soweit ersichtlich keinen Anlass gegeben,

- Einspracheentscheide (Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG, Art. 74 VwVG)
- Beschwerdeentscheide (Art. 61 VwVG)
- Vollstreckungsverfügungen (Art. 41 Abs. 1 lit. a und b VwVG)
- Revisionsentscheide (Art. 68 VwVG)
- Erläuterungen (Art. 69 VwVG)

⁶⁴ Ausschluss der Überprüfung von formell rechtskräftigen Verfügungen (vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [Fn. 21], N 2263 ff.).

⁶⁵ Vgl. MÜLLER (Fn. 56), 364.

III. Ausnahmen nach Art. 32 Abs. 1 VGG

Folgende Ausnahmen bestehen gemäss Art. 32 Abs. 1 VGG⁶⁶:

⁶⁶ Zu den inhaltlichen Ausführungen der Tabelle vgl. Botschaft (Fn. 5), 4387 ff.; HAUSER/MATTLE (Fn. 3), 87 ff; TOPHINKE ESTHER, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBI 2006, 88 ff., 99 ff.

Die Ausnahme von Verfügungen über leistungsabhängige Lohnanteile des Bundespersonals, soweit sie nicht die Gleichstellung der Geschlechter betreffen (Art. 32 Abs. 1 lit. c VGG) wurde vom Ständerat auf Antrag der Kommission ohne Diskussion angenommen (AB SR 2003 865, Geschäfts-Nr. 01.023). Bei den Änderungen im Anhang zum VGG betreffend die Streichung von Art. 36 Bundespersonalgesetz wird ausgeführt, dass über leistungsabhängige Lohnanteile aus Justiziabilitätsgründen keine Rechtsmittellinstanz entscheiden soll (AB SR 2003 872, Geschäfts-Nr. 01.023). Der Nationalrat hat sich dieser Auffassung ohne Diskussion angeschlossen (AB NR 2004 1645 und 1652 f.).

Gemäss Art. 14 FHSG (Bundesgesetz über die Fachhochschulen vom 6. Oktober 1995 [Stand am 13. Juni 2006], SR 414.71) ist der Bundesrat für die Genehmigung der Errichtung und Führung einer Fachhochschule zuständig. Er entscheidet abschliessend darüber, da die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht unzulässig ist (Art. 32 Abs. 1 lit. d VGG) und der Bundesrat keine zulässige Vorinstanz für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten darstellt (Art. 86 BGG). Schon unter altem Recht entschied der Bundesrat nach Art. 14 Abs. 1 FHSG abschliessend über die Genehmigung der Errichtung und Führung einer Fachhochschule, da gegen den Entscheid weder eine Beschwerde an die Rekurskommission EVD (Art. 22a aFHSG [AS 2005, 4641]; dieser Artikel wurde mit Inkraftsetzung des VGG aufgehoben [Anhang zum VGG, Ziff. 37]) noch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde möglich war (Art. 98 lit. a und a^{bis} aOG).

Entscheide der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) können heute direkt beim Bundesgericht angefochten werden, nicht jedoch beim Bundesverwaltungsgericht, da die UBI dem Verwaltungsgericht gleichgestellt und nicht untergeordnet ist (Botschaft [Fn. 5], 4388). Entscheide der UBI konnten schon unter altem Recht vom Bundesgericht mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde überprüft werden (BGE 133 II 136, unveröffentlichte E. 1 [2A.563/2006]; JAAG TOBIAS/MÜLLER GEORG/TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 5. Aufl. [alte Auflage mit Instanzenzug vor dem Jahr 2007], Basel/Genf/München 2003, 117 f.).

Ausnahmen

	Inhalt	Begründung	Rechtsweg	Regelung unter aOG
lit. a	Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt	Politischer Charakter	Bundesrat (Art. 72 lit. a VwVG)	Art. 100 Abs. 1 lit. a OG (wie lit. a, aber zzgl. Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe)
lit. b	Verfügungen betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen sowie Volkswahlen und -abstimmungen	Verfahrensbeschleunigung	Bundesgericht (Art. 82 lit. c BGG)	Art. 100 Abs. 1 lit. p OG (Abstimmungs- und Wahlscheide)
lit. c	Verfügungen über leistungsabhängige Lohnanteile des Bundespersonals, soweit sie nicht die Gleichstellung der Geschlechter betreffen	Justiziabilität	Bundesrat (Art. 72 lit. b VwVG)	Art. 100 Abs. 1 lit. e OG (Verfügungen nach BPG, mit Ausnahme Kundigungen)
lit. d	die Genehmigung der Errichtung und Führung einer Fachhochschule	Politischer Charakter	--- (Bundesratsentscheid)	Art. 14 aFHSG i.V.m. Art. 22a aFHSG und Art. 98 lit. a und a ⁶⁶ aOG
lit. e	Verfügungen auf dem Gebiet der Kernenergie betreffend Rahmenbewilligungen von Kernanlagen, die Genehmigung des Entsorgungsprogramms, den Verschluss von geologischen Tiefenlagern, den Entsorgungsnachweis	Politischer Charakter	--- (Bundesratsentscheid)	Art. 100 Abs. 1 lit. u OG (Verfügungen über die Bewilligungen von Kernanlagen und vorbereitenden Handlungen)
lit. f	Verfügungen über die Erteilung, Änderung oder Erneuerung von Infrastrukturkonzessionen für Eisenbahnen	Politischer Charakter	--- (Bundesratsentscheid)	Art. 99 Abs. 1 lit. d OG (Erteilung und Verweigerung von Konzessionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt)
lit. g	Verfügungen der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen	Selbständigkeit UBI	Bundesgericht (Art. 86 Abs. 1 lit. c BGG)	
lit. h	Verfügungen über die Erteilung von Konzessionen für Spielbanken	Politischer Entscheid	--- (Bundesratsentscheid)	Art. 16 Abs. 1 SBG

Mit den Ausnahmen nach Art. 32 Abs. 1 VGG wird die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts eingegrenzt.

Diese Ausnahmen werden an dieser Stelle nicht einzeln durchbesprochen – sie haben soweit ersichtlich in der konkreten Auslegung auch kaum zu Fragen Anlass gegeben⁶⁷ –, sondern es werden lediglich einige übergreifende Überlegungen angestellt:

Ausgangspunkt muss sein, dass Art. 32 Abs. 1 VGG im Wesentlichen eine *Konkretisierung der Rechtsweggarantie* (Art. 29a BV) darstellt, welche zusam-

⁶⁷ Vgl. immerhin Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2089/2006 vom 8. März 2007 E. 1 betreffend KKW *Mühleberg* zu Art. 32 Abs. 1 lit. e VGG.

men mit dem BGG und dem VGG per 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist. Die Ausnahmebestimmungen müssen verfassungskonform, d.h. im Zweifel restriktiv ausgelegt werden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ausnahmen nach Art. 32 Abs. 1 VGG in ganz unterschiedlichem Masse Art. 29a BV tangieren. Einige Ausnahmen, etwa die Verfügungen betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürgerinnen und Bürger oder Verfügungen der UBI, sind gar keine Ausnahmen von der Rechtsweggarantie, weil der Rechtsweg an das Bundesgericht offen steht. Die verfassungskonforme Auslegung dürfte hier kaum eine Rolle spielen.

Auch bei den anderen Ausnahmen ist die Rechtsweggarantie in unterschiedlichem Masse betroffen. Es darf meines Erachtens berücksichtigt werden, ob der Bundesrat als politische Behörde erstinstanzlich oder aber, zwar nicht als Gericht, aber doch immerhin als Rechtsmittelinstanz in einem Rechtsmittelverfahren entschieden hat.

Schliesslich muss der *Grund* für die Ausnahme für deren Anwendung wesentlich sein. Die Ausnahme von der Rechtsweggarantie erfolgt aus unterschiedlichen Überlegungen, nämlich entweder aus politischen Gründen oder wegen fehlender Justiziabilität. Die Ausnahme muss entsprechend ihrer Zielsetzung teleologisch differenziert ausgelegt werden.

IV. Schlussbemerkung

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die neuen Regeln über die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu keinen grösseren Unsicherheiten geführt haben. Bei der Zuständigkeit wurde auf die bewährte Definition der Verfügung nach Art. 5 VwVG zurückgegriffen; Ausnahmen von der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergeben sich nur wenig.

Das Bundesverwaltungsgericht wird die weitere Entwicklung von Art. 5 VwVG massgeblich prägen, ebenso die Entwicklung weiterer Bestimmungen des VwVG (Zwischenverfügungen, Verfügungen über Realakte). Schon dieser kurze Überblick zeigt eine Fülle interessanter Fragen. In diesem Sinne freue ich mich auf die weitere Entwicklung und wünsche den verantwortlichen Juristinnen und Juristen am Bundesverwaltungsgericht viel Erfolg bei dieser spannenden Aufgabe.