

|  |     |
|--|-----|
| Prof. Dr. ROGER ZÄCH, Professor an der Universität Zürich<br>Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen<br>mit Netzstrukturen | 935 |
|--|-----|

Öffnung des Verfassungsstaates und weitere Verfassungsfragen

|  |      |
|--|------|
| PD Dr. GIOVANNI BIAGGINI, Direktionsadjunkt Bundesamt für Justiz,<br>Privatdozent an der Universität Basel<br>Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für<br>Verfassungsrecht und Verfassungslehre                          | 957  |
| Prof. Dr. BERNHARD EHRENZELLER, Professor an der Universität St. Gallen<br>"Im Bestreben, den Bund zu erneuern" – Einige Gedanken über<br>"Gott" und die "Welt" in der Präambel des "Bundesbeschlusses<br>über eine neue Bundesverfassung" | 981  |
| Prof. Dr. h.c. PETER HÄBERLE, Professor an der Universität Bayreuth,<br>ständiger Gastprofessor an der Universität St. Gallen<br>Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?  | 1007 |
| Prof. Dr. DIETRICH SCHINDLER, em. Professor an der Universität Zürich<br>Der Weg vom "geschlossenen" zum "offenen" Verfassungsstaat  | 1027 |
| Prof. Dr. GERHARD SCHMID, Professor an der Universität Basel<br>Verfassungsgebung in einer zusammenwachsenden Welt   | 1043 |
| Prof. Dr. MARTIN SCHUBARTH, Vizepräsident des Schweizerischen<br>Bundesgerichtes<br>Risikogesellschaft oder Opfergesellschaft / – Zur Realität des Rechts<br>auf Leben in der Schweiz und in der Europäischen Union                        | 1055 |
| Prof. Dr. LUZIOUS WILDHABER, LL.M., J.S.D., Professor an der<br>Universität Basel, Richter am Europäischen Gerichtshof<br>Fragen des Abstimmungsverfahrens bei der Verfassungsreform   | 1065 |
| <b>Verzeichnis der Publikationen von Professor Yvo Hangartner</b>  | 1073 |

## Die Feststellungsverfügung – eine ganz gewöhnliche Verfügung?

ANDREAS KLEEX

### A. Einleitung

#### I. Zweck der Feststellungsverfügung

Der Bund kennt in seinem Verwaltungsverfahrenrecht die praktisch bedeutsame Feststellungsverfügung. Art. 25 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20.12.1968 (VwVG) definiert sie wie folgt:

"Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen.

<sup>2</sup>Dem Begehren ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist.

<sup>3</sup>Keiner Partei dürfen daraus Nachteile erwachsen, dass sie im berechtigten Vertrauen auf eine Feststellungsverfügung gehandelt hat."

Sinn und Zweck der Feststellungsverfügung ergeben sich aus Abs. 3 des Art. 25 VwVG: Sie soll interessierten Personen eine rechtliche Grundlage geben, damit diese im Hinblick auf eine unsichere Rechtslage ihre geschäftlichen oder sonstigen Dispositionen treffen können<sup>1</sup>. Die Feststellungsverfügung will Rechtssicherheit schaffen<sup>2</sup>, wenn jemand beispielsweise erfahren möchte, wie die Behörden das anwendbare Recht hinsichtlich bestimmter Vorhaben, Tatsachen

<sup>1</sup> Vgl. WALTER HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, N. 714; URS GÜNGG, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 VwVG, SZ 1971, 369 ff. (369).

<sup>2</sup> Vgl. YVO HANGARTNER, Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Diss. St. Gallen 1959, S. 128; ROLF HALTNER, Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes (Artikel 5 VwVG), Diss. Zürich 1979, S. 115.

oder zu treffender Dispositionen handhaben werden. Die Feststellungsverfügung mildert die Unberechenbarkeit der Rechtsanwendung. Oft beantworten die klassischen Auslegungsmethoden Interpretationsfragen mehrdeutig und geben keine Methodensicherheit<sup>3</sup>. Die Feststellungsverfügung gibt dem Betroffenen *vorab* die Möglichkeit, von der Behörde *verbindlich Auskunft* auf eine *individuelle und aktuelle Rechtsfrage* vor dem Hintergrund eines konkreten Tatbestands zu erhalten<sup>4</sup>.

Die Feststellungsverfügung dient ferner der *Verfahrensökonomie*. Sie kann gewisse Massen als *Vorentscheid* – wie sie mitunter auch bezeichnet wird<sup>5</sup> – eine wesentliche Teilfrage verbindlich beantworten. Sie ist gewissermassen die Vorstufe der allfälligen, späteren Gestaltungs- oder Leistungsverfügung. Auf diese Weise kann unter Umständen ein erheblicher Verfahrensaufwand vermieden werden. Im Steuerrecht "geht es regelmässig um die verbindliche Abklärung von Teilfragen als Vorstufe zum Erlass einer späteren Gestaltungsverfügung"<sup>6</sup>. Dabei hat der Pflichtige einen Anspruch auf einen Vorentscheid, wenn ihm im Zusammenhang mit der Veranlagungsverfügung ein unzumutbarer Mehraufwand erwachsen würde<sup>7</sup>. Ein solcher Vorentscheid spart nicht nur im Hinblick auf die meist rechtsgestaltende Sachverfügung erhebliche Aufwendungen. Er gibt überdies eine Grundlage für die zu tätigen Dispositionen ab. Auch ausserhalb des Steuerrechts hat der Vorentscheid eine Bedeutung, so als Vorbescheid über ein Bauermittlungsgesuch<sup>8</sup>. Der Vorbescheid ist im Recht der Invaliden- und Militärversicherung ein vorgeschriebener verfahrensrechtlicher Zwischenschritt. Er dient dort allerdings dem rechtlichen Gehör und geht über dieses hinaus<sup>9</sup>, indem der Betroffene sich zur beabsichtigten Erledigung seines Gesuchs äussern kann<sup>10</sup>. Die juristische Literatur hat die Feststellungsverfügung stiefmütterlich behandelt<sup>11</sup>. Immerhin nehmen sich die Standardwerke des Verwaltungsverfahrensrechts

ihrer an<sup>12</sup>. Die Rechtsprechung zur Feststellungsverfügung hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten stark entwickelt. Es hat sich gezeigt, dass das vom Bundesgesetzgeber in Art. 25 VwVG gesetzlich geriegelte Institut einem effektiven Bedürfnis entsprach und in der Rechtspraxis lebt.

Die erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden sehen sich nicht selten mit Anträgen auf Erlass von Feststellungsverfügungen konfrontiert. Die betroffenen Antragsteller erlangen die angebotene Feststellung oftmals nicht. Die Feststellungsverfügung ist nämlich nach der gesetzlichen Regelung und der darauf beruhenden Rechtsprechung – wie noch zu zeigen sein wird – in gewisse Grenzen gewiesen. Die Feststellungsverfügung hat aber im System des Verwaltungsrechtsschutzes die wichtige Funktion, vom verfassungstreuen Staatshandeln offengelassene Rechtsschutzlücken möglichst zu schliessen<sup>13</sup>.

## II. Feststellungsverfügung als Institut des allgemeinen Verwaltungsrechts

Die Zulässigkeit der Feststellungsverfügung ergibt sich im Bund nicht aus der detaillierten Regelung des Art. 25 VwVG. Vielmehr setzt die Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG die Feststellungsverfügung bereits voraus. Der Regelungsgehalt der Verfügung kann nämlich die "Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten" oder gemäss lit. c Abweisung oder Nichteintreten von Begehren auf Feststellung von Rechten oder Pflichten sein<sup>14</sup>. Diese Formulierung wird denn auch von Art. 25 Abs. 1 VwVG aufgenommen. Wesentlich erscheint bei Art. 25 VwVG die spezifische Voraussetzung des "schutzwürdigen Interesses" gemäss Abs. 2<sup>15</sup>.

Die Feststellungsverfügung ergibt sich daher nicht aus Art. 25 VwVG, sondern aus dem *Verfügungsbegriff* als wichtigster *Handlungsform der Verwaltung* und

3 Vgl. YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band I: Organisation, Zürich 1980, S. 36; ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 164.  
4 Vgl. GUENG (FN 1), 369; THOMAS FLEINER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 189.  
5 Vgl. z.B. AGVE 1991, 389; 1988, 236.  
6 AGVE 1994, 509; vgl. 1991, 389; 1988, 235.  
7 Vgl. AGVE 1994, 510 f.; 1991, 389 f.; 1988, 236; 1978, 417; 1986, 394 f.  
8 Vgl. z.B. Art. 91 und 92 des st. gallischen Baugesetzes vom 6.6.1972, sGS SG 731.1.  
9 Vgl. YVO HANGARTNER, Staatsrecht II, Zürich 1982, S. 211 ff.  
10 Vgl. THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 1994, S. 333.  
11 Vgl. bereits HANGARTNER (FN 2), 55, 112, 127 f., 144 f. Vgl. den Aufsatz von GUENG (FN 1), SZ 1971, 369 ff. und die Dissertation von HALTNER (FN 2), 113–117.

12 Vgl. ALFRED KOLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 68 f.; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, S. 96 ff.; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 228 f.; MAX IMBODEN/RENÉ RHINOW/BERT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 5. Aufl., 1976, 2 Bände und Ergänzungsband, Frankfurt a.M./Basel 1990, Nr. 36; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 144; FLEINER (FN 4), 130, 189, 195.  
13 Vgl. KLEY (FN 3), 8; FLEINER (FN 4), 195.  
14 Das Abweisen eines derartigen Feststellungsgesuchs stellt keine Rechtsverweigerung dar, sondern ist eine anfechtbare Verfügung; vgl. VPB 1992 Nr. 4, S. 37.  
15 Vgl. hinten Abschnitt C.

Schnittstelle zwischen Verwaltungsverfahrenrecht und materiellem Verwaltungsrecht. Die Feststellungsverfügung ist deshalb in allen Staaten, welche die Verfügung kennen, verbreitet<sup>16</sup>. Die Verfügung stellt ein gemeineuropäisches Rechtsinstitut dar, das letztlich in Frankreich entstanden ist ("Verwaltungsakt" aus der Lehnübersetzung von "acte administratif")<sup>17</sup>.

Es ist folgerichtig, dass die kantonalen Verfahrensgesetze, welche den Begriff der Verfügung gesetzlich definieren, die feststellende Verfügung zum Teil wie der Bund wortgleich umschrieben haben<sup>18</sup>. Allerdings ist die Feststellungsverfügung von einer allfälligen Definition im kantonalen Verwaltungsverfahrenrecht unabhängig. Sie existiert in sämtlichen Kantonen als eine Institution des allgemeinen Verwaltungsrechts<sup>19</sup> und bedarf keiner verfahrensgesetzlichen Grundlage<sup>20</sup>. Eine Reihe von Kantonen haben die Feststellungsverfügung, ähnlich wie der Bund in Art. 25 VwVG, speziell in ihren Verfahrensgesetzen hervorgehoben<sup>21</sup>. Dabei folgen diese Kantone dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 und 2 VwVG; einzig Glarus verlangt kein schutzwürdiges Interesse für den Erlass der Feststellungs-

16 Vgl. HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, Band I, 7. Aufl., München 1968, S. 311.

17 Vgl. ANDREAS KLEY, *Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts*, Liechtenstein Politische Schriften Band 23, Vaduz 1998, S. 16 ff.; ORNO MAVER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, Leipzig 1895/96, S. 65 f.

18 Vgl. im einzelnen: Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b und c der Urner Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.3.1994, sGS UR 2.2345; Art. 4 Abs. 1 lit. b und c der Genfer Loi sur la procédure administrative vom 12.9.1985; § 2 Abs. 1 lit. b und c des basellandschaftlichen Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 13.6.1988, sGS BL 175; Art. 2 Abs. 1 lit. b und c des jurassischen Code de procédure administrative vom 30.11.1978, sGS JU 175; § 4 Abs. 1 lit. b des Luzerner Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3.7.1972, sGS LU 40; § 3 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 der Nidwaldner Verwaltungsverfahrenverordnung vom 8.2.1985, sGS 265; § 6 Abs. 1 lit. b und c der Schwyzer Verwaltungsverfahrenverordnung vom 6.6.1974, sGS SZ 225; Art. 29 lit. b und c der Waadtländer Loi sur la juridiction et la procédure administrative vom 18.12.1989; Art. 5 Abs. 1 lit. b und c des Walliser Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6.10.1976, sGS VS 351; § 20 des Solothurner Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15.11.1970, sGS SO 124.11; Art. 3 Abs. 1 lit. b und c der Neuenburger Loi sur la procédure et la juridiction administrative vom 27.6.1979; § 4 des Zuger Verwaltungsrechtsgesetzes vom 1.4.1976, sGS ZG 162.1.

19 Beispielsweise ist im Kanton St. Gallen, dessen Verwaltungsrechtsgesetz die Verfügung nicht definiert, die Feststellungsverfügung ebenfalls bekannt, vgl. GVP 1979 Nr. 66, S. 131, 1968 Nr. 36, S. 94 f., 1994 Nr. 91, S. 185; BGE 114 Ib 53 f. Entsprechendes gilt für den Kanton Schaffhausen, vgl. ZBl 1989, 481 (482); ARNOLD MARTI, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen*, Diss. Zürich 1986, S. 108 FN 27.

20 Vgl. IMBODEN/RHINOW (FN 13) I, Nr. 36, S. 221; LGVE 1984 II Nr. 42, S. 236.

21 Art. 73 des Glarner Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4.5.1986, sGS GL III G/1; § 44 VRPLU (FN 18); § 27 VRP NW (FN 18).

verfügung. Es wird noch deutlich werden, dass sich dieses Erfordernis aus den Regelungen zur Beschwerdelegitimation ergibt<sup>22</sup>. Die Rechtsprechung zur Feststellungsverfügung lässt sich daher auf die Verwaltungsrechtsordnung des Bundes und der Kantone beziehen.

### III. Beispiele

Die Möglichkeit der Feststellungsverfügung ergibt sich nicht nur aus dem Verwaltungsverfahrenrecht. Im Grunde genommen ist die Feststellungsverfügung eine Folge des jeweiligen materiellen Verwaltungsrechts, das je nach Gegenstand zwingend den Erlass von *feststellenden* Verfügungen verlangt, wie folgende Beispiele zeigen:

- Feststellung, wonach ein Importeur nicht einer Kontingentierung unterworfen ist<sup>23</sup>;
- Nachträgliche Feststellung des Milchkontingents<sup>24</sup>;
- Feststellung der für einen Milchproduzenten abnahmeberechtigten Milchsammelstelle<sup>25</sup>;
- Feststellung über die interessierenden Gesichtspunkte eines konkreten, künftigen Pachtverhältnisses (Pachtdauer, parzellenweise Verpachtung, Pachtzins)<sup>26</sup>;
- Feststellung des Schweizer Bürgerrechts<sup>27</sup>;
- Feststellung, ob ein Lebensmittel in Verkehr gebracht werden darf<sup>28</sup>;
- Baubewilligung beinhaltet in der Hauptsache die behördliche Feststellung, dass einem Bauvorhaben keine baupolizeilichen Vorschriften entgegenstehen<sup>29</sup>;
- Feststellung über die Baubewilligungspflicht<sup>30</sup>;

22 Vgl. hinten Abschnitt C.

23 Vgl. BGE 100 Ib 432.

24 Vgl. VPB 1995 Nr. 90, S. 757; 1995 Nr. 91, S. 765.

25 Vgl. VPB 1995 Nr. 107, S. 876 f.

26 Vgl. FRTZ GYGL, *Verwaltungsrecht. Eine Einführung*, Bern 1986, S. 188 und BGE 107 Ib 251. Vgl. Art. 49 des Bundesgesetzes über den Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29.9.1952, SR 141.0, HANGARTNER II (FN 9), 230; BGE 81 I 375 f.; vgl. ferner die als

Feststellungsverfügung ausgestaltete Vorprüfung einer Volksinitiative durch die Bundeskanzlei gemäss Art. 69 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17.12.1976, SR 161.1., vgl. dazu z.B. BBl 1991 II 448.

28 Vgl. BGE 97 I 859.

29 Leo SCHÜRMANN/PETER HÄNNI, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 3. Aufl., Bern 1995, S. 254; "Bewilligen heisst feststellen, dass dem Bauvorhaben kein baupolizeilicher Hinderungsgrund entgegensteht"; KLEY (FN 17), 118; vgl. auch HANGARTNER (FN 2), 110; BGE 93 I 604.

30 Vgl. BVR 1996, 305 ff.

- Feststellung, wonach eine Firma für die entstandene Gewässerverschmutzung als verantwortlich gilt und für die Sanierung herangezogen wird<sup>31</sup>;
  - Waldfeststellungsverfügung<sup>32</sup>;
  - die Feststellungsverfügung spielt im Steuerrecht eine grosse Rolle; sie ist zulässig über die Frage der subjektiven Steuerpflicht, der Steuerbefreiung, der Unterwerfung des Kapitalgewinns unter die Einkommenssteuer oder über die Anwendung des zutreffenden Steuergesetzes<sup>33</sup>;
  - im Recht der Mehrwertsteuer ist die "Feststellung der Steuerpflicht, der Steuerschuld, des Anspruchs auf Vorsteuerabzug, der Grundlagen der Steuerbemessung, des anwendbaren Steuersatzes oder der Mithaftung"<sup>34</sup> möglich;
  - Feststellung, ob eine beabsichtigte Transaktion eine Steuerpflicht auslöst<sup>35</sup>;
  - gemäss Rechtsprechung zum Doppelbesteuerungsverbot des Art. 46 Abs. 2 BV kann der Steuerpflichtige, welcher die Steuerhoheit eines Kantons bestreitet, vorgängig vor jeder weiteren Verhandlungshandlung verlangen, dass vorentschieden wird, ob er überhaupt dieser Steuerhoheit untersteht<sup>36</sup>;
  - Zuteilung von Waren in die entsprechenden Zolltarifnummern<sup>37</sup>; in der Nähe einer Feststellungsverfügung ist die *Tarifaukunft* gemäss Art. 8 der Vollzugsverordnung zum Zollgesetz<sup>38</sup>;
  - Feststellung, ob eine Person sozialversicherungsrechtlich als Selbständigerwerbende zu betrachten ist<sup>39</sup>;
  - Unterstellung eines Betriebes unter das Arbeitsgesetz<sup>40</sup>;
- 31 Vgl. BGE 114 Ib 53 f.
- 32 Vgl. Art. 10 des Bundesgesetzes über den Wald vom 4.10.1991, SR 921.0 und dazu BGE 122 II 75, 110 Ib 145.
- 33 Vgl. AGVE 1991, 389 f., 1988, 235 f. m.H.
- 34 Vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. f der Verordnung über die Mehrwertsteuer vom 22.6.1994, SR 641.201, BGE 123 II 21. Entsprechende Feststellungsverfügungen sind auch bei der Verrechnungssteuer, bei den Stempelabgaben nicht aber bei der direkten Bundessteuer möglich, vgl. BGE 121 II 473 und dazu die Kommentierung von PATRICK NÜTZI, AJP 1996, 623 f.
- 35 Vgl. BGE 98 Ib 460, 108 Ib 22.
- 36 Vgl. BGE 115 Ia 75, 103 Ia 160, 80 I 199, 73 I 222, 62 I 75, 60 I 347 m.H., AGVE 1988, 237 m.H., AGVE 1975, 305 ff.; GVP 1982 Nr. 35.
- 37 Vgl. Art. 22 des Zollgesetzes vom 1.10.1925, SR 631.0, wonach der Bundesrat im Zolltarif nicht genannte Waren den entsprechenden Tarifnummern zuteilt.
- 38 Vom 10.7.1926, SR 631.01, vgl. FLEINER (FN 4), 130; VPB 1996 Nr. 16. Sie beinhaltet ebenfalls einen qualifizierten Vertrauensschutz. Bei der Tarifaukunft handelt es sich allerdings nicht um eine Verfügung, vgl. FN 62.
- 39 Vgl. LOCHER (FN 10), 337.
- 40 Vgl. Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13.3.1964, SR 822.11 und dazu BGE 113 Ib 243 f.

- Feststellung, dass ein Gesuchsteller die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Berufsausübungsbewilligung erfüllt<sup>41</sup>;
- Feststellung der Rechtsfolgen für das Wirtepatent bei einem allfälligen Wegzug des Inhabers<sup>42</sup>;
- Vorentscheide zu arbeitsmarktlichen Bewilligungen der kantonalen Behörden<sup>43</sup>;
- Anfechtung einer nichtigen Verfügung bedeutet nichts anderes als die Feststellung ihrer Nichtigkeit<sup>44</sup>;
- in einem justizmässigen Verfahren zustande gekommene Rechtsmittelentscheide können u. U. verbindlich aussprechen, was in einem Streitfall rechtens ist<sup>45</sup>; sie haben insofern feststellenden Charakter;
- im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde trifft das Bundesgericht ausnahmsweise<sup>46</sup> ein Feststellungsurteil, wenn kein Hoheitsakt besteht, der aufgehoben werden könnte<sup>47</sup>, und schliesslich
- kann der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lediglich Feststellungsurteile fällen, dass ein Vertragsstaat eine Bestimmung der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt hat<sup>48</sup>.

#### IV. Vergleich mit der Feststellungsklage

Das verwaltungsrechtliche Klageverfahren (sog. ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit) gelangt zur Anwendung, wenn eine Behörde in einer öffentlich-rechtlichen Materie nicht verfügen kann. Dies ist namentlich bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, etwa bei Ansprüchen von Bediensteten, der Fall. Im Bereich des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens hatte die Feststellungsklage schon seit jeher eine Bedeutung. Die Zulässigkeit der verwaltungsrechtlichen Feststellungsklage wird weitgehend anhand der zivilprozessualen Grundsätze

- 41 Vgl. GVP 1994 Nr. 91, S. 185.
- 42 Vgl. GVP 1968 Nr. 36, S. 94 f.
- 43 Vgl. Art. 42 der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6.10.1986, SR 823.21 und dazu VPB 1989 Nr. 31, S. 200.
- 44 Vgl. VPB 1979 Nr. 109, S. 505; Gygi (FN 13), 144.
- 45 Vgl. HANGARTNER (FN 2), 145.
- 46 Vgl. Bundesgericht vom 8.10.1986, BVR 1987, 241 ff. (245).
- 47 Vgl. im einzelnen WALTER KALIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 402 m.H.
- 48 Vgl. ANDREAS KLEY, Das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und die Tragweite seiner Urteile, AJP 1997, S. 997 ff. (1004 m.H.); vgl. z.B. Urteil Marckx gegen Belgien, Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 31, § 58 = EntGRZ 1979, 460.

beurteilt<sup>49</sup>. Gegenstand einer Feststellungsklage kann – wie bei der Verfügung – nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses sein. Die Feststellungsklage ist zur Leistungsklage subsidiär; ein genügendes Feststellungsinteresse entfällt, wenn eine Partei unmittelbar auf Leistung klagen könnte<sup>50</sup>. Ebenso darf der Feststellungsanspruch nicht in einem andern, einfacheren Verfahren durchsetzbar sein<sup>51</sup>. Es zeigt sich an Hand dieser Grundsätze, dass die Feststellungsklage weitgehend denselben Grundsätzen folgt wie die Feststellungsverfügung.

Die Feststellungsklage hat seit der Einführung der Geschlechtergleichheit des Art. 4 Abs. 2 BV und des Gleichstellungsgesetzes<sup>52</sup> noch an Bedeutung gewonnen. Art. 5 Abs. 1 lit. c GlG ermöglicht die Feststellungsklage auch im öffentlichen Dienstrecht, wenn sich eine Diskriminierung weiterhin störend auswirkt. Bei Besoldungsstreitigkeiten ist die Feststellungsklage grundsätzlich möglich, da es sich um die Feststellung von Rechten aus einem dauerhaften Rechtsverhältnis handelt. Freilich ist die Feststellungsklage zur Leistungsklage subsidiär. Bei einem bereits beendeten Dienstverhältnis kann daher nur auf Leistung geklagt werden. Hingegen muss bei einem immer noch andauernden Dienstverhältnis auf Feststellung geklagt werden<sup>53</sup>, denn ein Leistungsbegehren kann sich nur auf einen abgeschlossenen Zeitpunkt beziehen.

## B. Gegenstand des Feststellungsbegehrens

Es ist namentlich der allgemeine Verfügungsbegriff des Art. 5 VwVG, welcher den zulässigen Inhalt des Feststellungsbegehrens in mehrerlei Hinsicht begrenzt. Der Gegenstand der Verfügung ist gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b und c die *Feststellung* des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten und Pflichten und die *Abweisung* oder das *Nichtintreten* auf solche Begehren. Die Verfügung stützt sich zudem auf öffentliches Recht. Art. 25 Abs. 1 VwVG und teilweise die

- 49 Vgl. ZBI 1986, 319; 1995, 383 (ie Feststellungsklagen nach Zürcher Verwaltungsprozessrecht); BVR 1986, 289 (291).  
 50 Vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 210; OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 4. Aufl., Bern 1995, S. 185.  
 51 Vgl. Bundesgericht vom 14.5.1987, ZBI 1989, 82 ff. (84).  
 52 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.3.1995, SR 151.0.  
 53 Vgl. ZBI 1989, 481 ff. (482 f.) m.H.

kantonalen Verfahrensgesetze *wiederholen* diesen Gegenstand der Feststellungsverfügung. Damit erscheint selbstverständlich, dass der Gegenstand einer Verfügung niemals das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sachverhaltes sein kann<sup>54</sup>.

Unterwirft man die Aussage, wonach Feststellungsverfügungen sich nicht auf Tatsachen beziehen könnten, einer kritischen Analyse, so lässt sie sich nicht aufrechterhalten. So ist im Zivilprozess die Feststellungsklage im Hinblick auf die *Echtheit von Urkunden*, also eine reine Tatsachenfrage, zulässig<sup>55</sup>. Im Bereich der Registersachen kennt das materielle Recht auch Verfügungen, die Tatsachen in verbindlicher Weise feststellen. Beispielsweise müssen Einträge in das Handelsregister der Wahrheit entsprechen; so muss die Schreibweise von Personennamen dem Zivilstandsregister entsprechen<sup>56</sup>. Stimmen die Schreibweisen nicht überein, so kann gegen die Abweisung der Anmeldung Beschwerde und in letzter Instanz Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 97 OG geführt werden. Dieses Beispiel zeigt, dass gerade in Registersachen (z.B. auch im Zivilstandsregister und im Grundbuch) Verfügungen erlassen werden, die sich unter Umständen ausschliesslich auf Tatsachenfeststellungen beziehen<sup>57</sup>. Es ist mit andern Worten wohl möglich, dass sich die Feststellungsverfügung spezialgesetzlich der Tatsachen annehmen kann: "Durch feststellende Verwaltungsakte werden Tatsachen und Rechtszustände, an deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein Rechtsfolgen geknüpft sind, rechtlich verbindlich festgestellt"<sup>58</sup>.

Die Verfügung bezieht sich auf einen konkreten Sachverhalt und einen individuell bestimmbareren Personenkreis. Damit wird deutlich, dass die Feststellungsverfügung nicht abstrakte und theoretische Rechtsfragen klären kann<sup>59</sup>. In diesem Sinne kann nicht auf ein Feststellungsbegehren eingetreten werden, wonach Entschädigungsfragen im Hinblick auf die möglicherweise erfolgende Auszunzung

- 54 Rechtsprechung und Literatur haben dies vielfach bestätigt: vgl. Amtsbericht des Obergerichts Schaffhausen 1980, 86; MBVR 1970, 328; IMBODEN/RHINOW (FN 13) I, 223 f.; HALTNER (FN 2), 116; GUENG (FN 1), 370; RHINOW/KOLLER/KISS (FN 13), 229.  
 55 Vgl. VOGEL (FN 50), 183.  
 56 Vgl. BGE 112 II 66 f.  
 57 So auch IMBODEN/RHINOW (FN 13) I, Nr. 36, S. 224 unter Hinweis auf BGE 99 Ib 340; WOLFF (FN 16), 311.  
 58 HANGARTNER (FN 2), 112.  
 59 Vgl. BGE 123 II 21, 108 Ib 546 f., 108 Ib 22, 102 V 148; 100 Ib 327, 99 Ib 144; VPB 1983 Nr. 23, S. 129; BJM 1987 Nr. 6, 307 f., 1989 Nr. 16, S. 98; LGVE 1977 II Nr. 37, S. 112; Rechenschaftsbericht des Zürcher Verwaltungsgerichts 1979 Nr. 62; BVR 1989, 306, 1986, 292; HALTNER (FN 2), 115; GYGI (FN 13), 144.

eines Grundstücks zu klären seien<sup>60</sup>. Die Verfügung ist eine Anordnung im Einzelfall im Hinblick auf einen konkreten Sachverhalt. Sie muss genügend individualisiert und konkretisiert sein, um als Verfügung zu gelten<sup>61</sup>. Blosser Auskünfte der Verwaltung, die nicht hoheitlich und in erzwingbarer Weise einen Tatbestand rechtlich regeln, gelten nicht als Verfügungen<sup>62</sup>. Ebenso können feststellende Verfügungen auch nicht als "Grundsatzentscheidungen" oder "-bewilligungen" gefällig werden, wonach die Behörde bestimmte Begehren grundsätzlich in dieser oder jener Weise behandeln soll<sup>63</sup>. Es fehlt hier an der erforderlichen individuell-konkreten Regelung eines Rechtsverhältnisses. Die feststellende Verfügung stützt sich auf die generell-abstrakte Norm eines Erlasses und kann in dem Sinne als konkretisierender Akt nicht allgemeine Fragen der Gesetzesauslegung abstrakt und ohne Bezug auf einen Sachverhalt klären<sup>64</sup>. Selbstverständlich kann die Verfügung, wie jeder Rechtsanwendungsakt, als solche eine offene Auslegungsfrage klären. Dies ist freilich nicht Gegenstand, sondern bloss Nebenfolge der Verfügungsbegründung.

Die in einer Feststellungsverfügung zu treffende Entscheidung soll eine *Unklarheit* beseitigen. Diese Unklarheit ergibt sich aus den Gesetzesnormen<sup>65</sup>. Die verwaltungsrechtlichen Rechtsätze lassen unmittelbar öffentlichrechtliche Rechte und Pflichten entstehen, sofern die darin vorausgesetzten Tatbestände verwirklicht werden. Künftige Tatbestände lassen potentiell später entsprechende öffentlichrechtliche Rechte und Pflichten entstehen<sup>66</sup>. In dieser Situation kann der einzelne genötigt sein, wegen beabsichtigter Dispositionen eine Feststellungsverfügung über die möglichen Rechtsfolgen seines Unterfangens zu verlangen. Manchmal entstehen öffentlichrechtliche Rechte und Pflichten nicht direkt durch eine Rechtsnorm, sondern erst durch eine konkrete Rechtsanwendung in Form eines Verwaltungsakts; öffentlichrechtlichen Vertrags oder einer Konzession. Die

Feststellung der daraus allenfalls entstehenden öffentlichen Rechte und Pflichten einer privaten Partei setzt regelmässig den Verwaltungsakt, den Vertrag oder die Konzession voraus<sup>67</sup>.

## C. Erfordernis des schutzwürdigen Interesses

### I. Schutzwürdiges Interesse bei Feststellungsverfügungen und Beschwerdelegitimation

Art. 25 Abs. 2 VwVG und die kantonalen Verfahrensgesetze<sup>68</sup> verlangen regelmässig ein "schutzwürdiges Interesse" am Erlass der Feststellungsverfügung. Diese Voraussetzung ist mit der Beschwerdelegitimation im Bund (Art. 48 lit. a VwVG, Art. 103 lit. a OG) und in fast allen Kantonen identisch. Die Rechtsprechung hat deshalb an das "schutzwürdige Interesse" beim Erlass der Feststellungsverfügung *dieselben Voraussetzungen geknüpft wie bei der Beschwerdelegitimation*. Das schutzwürdige Interesse wird von Amtes wegen geprüft<sup>69</sup>. Diese Voraussetzung spielt nur, wenn ein einzelner ein *Gesuch* um Erlass einer Feststellungsverfügung stellt. Die Behörde kann selbstverständlich von sich aus eine Feststellungsverfügung treffen, wenn sie in einer Sache zuständig ist und ein spezifisch öffentliches Interesse verfolgt. Dieses ist gegeben, wenn die Behörde einem gesetzlichen Vollzungsauftrag folgt und die übrigen Voraussetzungen, wie namentlich Subsidiarität<sup>70</sup>, für den Erlass einer Feststellungsverfügung gegeben sind<sup>71</sup>. Die Adressaten einer von Amtes wegen getroffenen Feststellungsverfügung erhalten Parteistellung im Sinne von Art. 6 und Art. 48 lit. a VwVG.

Das schutzwürdige Interesse setzt regelmässig ein aktuelles Rechtsschutzinteresse voraus. Dieses "besteht im *praktischen Nutzen*, den die erfolgreiche Beschwerde der beschwerdeführenden Partei in ihrer rechtlichen oder tatsächlichen Situation

60 Vgl. Entscheidung der Gerichts- und Verwaltungsbehörden und des Kantons Schwyz 1993, Nr. 19, S. 62 f.  
 61 Vgl. BGE 102 V 150; 121 II 477; 123 II 21.  
 62 Vgl. BGE 121 II 479; VPB 1995 Nr. 36, S. 293 zur Tarifaukkunft im Zollwesen.  
 63 Vgl. VPB 1993 Nr. 19, 1989 Nr. 31; BVR 1986, 289 (292). Das Bundesgericht hat in BGE 114 Ib 192 die Grundsatzentscheidung des Bundesamtes für Polizeiwesen betreffend Ausnahmen nicht vorschriftsgemässer Motorfahrzeuge im internationalen Verkehr m.E. zu Unrecht als Verfügung angesehen.  
 64 Vgl. GUENG (FN 1), 371.  
 65 Vgl. vorne Abschnitt A.1.  
 66 Vgl. BGE 99 Ib 166; überholt wohl GUENG (FN 1), 372.

67 Vgl. GUENG (FN 1), 372.  
 68 Vgl. § 44 VRP LU (FN 18); § 27 VRP NW (FN 18). Art. 73 VRP GL (FN 21) verlangt kein schutzwürdiges Interesse.  
 69 Vgl. BGE 107 Ib 251, 100 Ib 327.  
 70 Vgl. hinten Abschnitt D.  
 71 Vgl. VPB 1996 Nr. 57, S. 491.

eintragen würde oder in der Abwendung des materiellen oder ideellen Nachteils, den die Verfügung zur Folge hätte<sup>72</sup>. Das Interesse muss im Zeitpunkt des Feststellungsbegehrens schon hinreichend bestimmt sein<sup>73</sup>. Der Gesuchsteller muss darlegen, dass er einen besonderen Nachteil erleidet, wenn die Behörde seinem Begehren nicht entspricht oder auf dasselbe nicht eintritt. Der Nachteil entsteht deshalb, weil der Gesuchsteller in seinen Dispositionen gehindert ist, wenn er nicht *jetzt* von der Behörde eine verbindliche Feststellung erhält. Diese beseitigt für den Gesuchsteller die Unsicherheiten und bietet die Grundlage für seine weiteren Dispositionen. In gewissen Sachbereichen, wie etwa im Baubewilligungsverfahren, wird das aktuelle Rechtsschutzinteresse für jeden konkret Bauwilligen und Baufähigen schlicht vorausgesetzt. In dem Sinne wird die Bewilligungsbehörde auf jedes formal korrekte Baugesuch eintreten.

Der Gesuchsteller muss *mehr berührt sein als jedermann*. Er muss ein faktisches Interesse am Erlass der Verfügung haben, wobei er allerdings nicht Adressat der Verfügung zu sein braucht<sup>74</sup>. Das Bundesgericht hatte zunächst bei Art. 25 Abs. 2 VwVG ein rechtlich geschütztes Interesse verlangt, obwohl dies aus dem Wortlaut der genannten Bestimmung keineswegs hervorging. Es handelte sich um eine Nachwirkung der früher verbreiteten Schutznormtheorie und der unberechtigten Übertragung der Regelung von Art. 25 BZP auf das Verwaltungsverfahren<sup>75</sup>. *Art. 25 Abs. 2 VwVG verlangt eben gerade kein rechtlich geschütztes Interesse*. Vielmehr genügt ein rechtliches oder tatsächliches, besonderes, aktuelles und direktes Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, sofern keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen<sup>76</sup>. Die Regelung der Beschwerdelegitimation erfolgt nicht mehr über die Schutznormtheorie. Sie wurde von den Verfassungsgesetzgebern von Bund und fast allen Kantonen fallengelassen. Der Grundsatz der *Einheit des Prozesses* verlangt, dass die Art. 6, Art. 25 Abs. 2, Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a VwVG im gleichen Sinne auszulegen sind.

- 72 VPB 1995 Nr. 105, S. 860; vgl. KÖLZ/HÄNER (FN 13), N. 235.  
 73 Vgl. BGE 108 Ib 546.  
 74 Vgl. BGE 98 Ib 53, VPB 1977 Nr. 55.  
 75 Noch in BGE 98 Ib 276, 100 Ib 327, 102 V 150 wurde (unter Hinweis auf Art. 25 BZP) ein "rechtliches Interesse an sofortiger Feststellung" verlangt. Diese Rechtsprechung wurde in BGE 107 Ib 251, 108 Ib 546, 112 V 84 aufrechterhalten, ohne dass noch auf Art. 25 BZP verwiesen wurde. Das Beispiel zeigt, dass die zivilprozessualen Institute nicht unbeachtet übernommen werden können.  
 76 Vgl. erstmals BGE 114 V 203 (Änderung der Rechtsprechung); 115 V 373; 119 V 13, 120 Ib 355, 121 V 317 f.; VPB 1996 Nr. 63, S. 524 m.H.; 1993 Nr. 19, S. 188; VPB 1995 Nr. 107, S. 876.

Heute befolgen nur noch Zug und Waadt in kantonalen Angelegenheiten die Schutznormtheorie<sup>77</sup>. In diesen Kantonen ist es berechtigt, die kantonalrechtliche Feststellungsverfügung nur bei Vorliegen eines rechtlich geschützten Interesses zu erlassen. Der Kanton Zürich hat an der Volksabstimmung vom 8. Juni 1997 seine Beschwerdelegitimation jener des Bundes angepasst. Damit ist es bei Feststellungsklagen und -verfügungen nicht mehr zulässig, auf das rechtliche Interesse abzustellen<sup>78</sup>.

Das schutzwürdige Interesse an der Feststellungsverfügung hängt nicht von der materiellen Rechtsfrage ab. Ob den Gesuch Entsprochen wird, ist – bei gegebenem Interesse – an Hand der einschlägigen Gesetzgebung zu entscheiden<sup>79</sup>.

Würden die angebehrten Feststellungen bereits früher in Verfügungen festgelegt, so scheidet die Feststellungsverfügung aus. Materieell rechtskräftige Verfügungen können nicht auf dem Wege von Feststellungsverfügungen wieder hinterfragt werden. Es besteht kein schutzwürdiges Interesse an der neuen Entscheidung bereits erledigter und materiel rechtskräftiger Verfügungen<sup>80</sup>. Soll die Rechtsfrage in einem bereits hängigen Verfahren entschieden werden, so scheidet das Feststellungsbegehren ebenfalls aus<sup>81</sup>.

Das schutzwürdige Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung wurde in folgenden Fällen verneint:

- Ein Grundeigentümer kann nicht losgelöst von einem konkreten Pachtverhältnis den höchstmöglichen Pachtzins bestimmen lassen<sup>82</sup>;
- Ebensowenig kann über ein Feststellungsbegehren die Rechtsauffassung einer Behörde in Erfahrung gebracht werden<sup>83</sup>;
- Der Arbeitgeber kann keine von seiner Person unabhängige Arbeitsbewilligung als feststellende Grundsatzbewilligung erhalten<sup>84</sup>.

- 77 Vgl. ANDREAS KLEY, Anforderungen des Bundesrechts an die Verwaltungsrechtspflege der Kantone bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht, AJP 1995, 148 ff. (152 FN 39).  
 78 Vgl. die bisherige Praxis, die etwa bei Feststellungsklagen (in Analogie zu § 59 der Zivilprozessordnung vom 13.6.1976) ein rechtliches Interesse verlangte, ZBl 1986, 319; 1995, 383.  
 79 Vgl. VPB 1983 Nr. 23.  
 80 Vgl. BGE 112 V 85; VPB 1977 Nr. 8; GUENG (FN 1), 374.  
 81 Vgl. BVR 1980, 168.  
 82 Vgl. BGE 107 Ib 250.  
 83 Vgl. BVR 1989, 306.  
 84 Vgl. VPB 1989 Nr. 31. Vgl. ähnlich den "Grundsatzentscheid" des Bundesamtes für Adjutantur betreffend die Dienstbefreiung der Mitglieder der Vereinigung X, VPB 1993 Nr. 19 ("Scheinverfügung").

– Ein gegebenes Feststellungsinteresse kann während des Beschwerdeverfahrens nachträglich wegfallen, wenn die Beschwerdeführerin Dispositionen trifft, welche keine Rücksicht auf den Ausgang des Feststellungsverfahrens nehmen<sup>85</sup>.

## II. Schutzwürdiges Interesse bei Gestaltungs- oder Leistungsverfügungen

Das Bundesgericht hat den Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung bei einem vorhandenen schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG auch auf die *Gestaltungs- und Leistungsverfügung* erstreckt<sup>86</sup>. Das Bundesgericht begründet dies in BGE 98 Ib 58 f. mit systematischen Überlegungen. Art. 5 VwVG definiert die Verfügung. Zur Beschwerde sei legitimiert, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung habe (Art. 48 lit. a VwVG, Art. 103 lit. a OG). Diese beiden Bestimmungen sowie Art. 6 VwVG über die Verfahrensparteien und Art. 25 Abs. 2 VwVG hingen eng zusammen. In Art. 6 sowie in Art. 25 Abs. 2 VwVG sei von der Stellung des Privaten im Verwaltungsverfahren die Rede, und die zweite Bestimmung stelle wie Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG darauf ab, ob der Private ein schutzwürdiges Interesse habe. Art. 6 und Art. 48 lit. a VwVG sowie Art. 103 lit. a OG bezögen sich aber auf Verfügungen aller in Art. 5 VwVG genannten Arten, insbesondere auch auf Leistungs- und Gestaltungsverfügungen. Es dränge sich daher die Annahme auf, dass die in der Sache zuständige Verwaltungsbehörde auf das von einem Privaten gestellte Begehren um Durchführung eines auf Erlass einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gerichteten Verfahrens eintreten müsse, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweise.

Diese Überlegungen treffen den Kern der Sache. Im Grunde genommen handelt es sich bei der Feststellungsverfügung um nichts anderes als um eine gewöhnliche Verfügung, die zu erlassen ist, wenn die betreffende Partei ein schutzwürdiges Interesse daran nachweist. Ansonsten würde die zuständige Behörde eine Rechtsverweigerung begehen. Dass es sich um eine Feststellungsverfügung handelt, ist dabei unwesentlich, denn je nach materieller Rechtslage und je nach den Begehren des Gesuchstellers kommt die *eine oder andere Verfügungsart in Frage*<sup>87</sup>. Das dabei vorauszusetzende schutzwürdige Interesse, welches in

Art. 25 Abs. 2 VwVG speziell hervorgehoben wird, ist für die Feststellungsverfügung nicht wesentlich. Es handelt sich um nichts anderes als die Umschreibung der Parteiqualität im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 6 VwVG. Art. 25 Abs. 2 VwVG verschafft die Parteistellung gemäss Art. 6 VwVG bzw. Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG. Es ist in diesem Zusammenhang nur folgerichtig, dass das Bundesgericht die Parteifähigkeit gemäss Art. 6 VwVG am schutzwürdigen Interesse des Art. 48 lit. a VwVG misst<sup>88</sup>. Art. 6 VwVG verlangt nach der Rechtsprechung ein schutzwürdiges Interesse, um beim nicht-streitigen, erstinstanzlichen Verfahren beteiligt zu werden. Das Entsprechende gilt gemäss Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG für das Beschwerdeverfahren. Das Erfordernis des schutzwürdigen Interesses beim Erlass einer Feststellungsverfügung bezieht sich demnach zu Recht auch auf Gestaltungs- und Leistungsverfügungen. Art. 50 Abs. 2 des bernischen Verwaltungsverfahrensrechts vom 23.5.1989 verlangt, dass die Behörden auf ein Gesuch um Erlass einer Verfügung eintreten, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen wird. Das Gesetz drückt in diesem Sinn einen allgemeinen Grundsatz des schweizerischen Verwaltungsverfahrensrechts aus. Das schutzwürdige Interesse am Erlass der Feststellungsverfügung bräuchte damit – genau besehen – in Art. 25 Abs. 2 VwVG nicht erwähnt zu werden.

## D. Subsidiarität der Feststellungsverfügung

Die Feststellungsverfügung ist nach ständiger Rechtsprechung nur zulässig, wenn dem Rechtsbegehren nicht in einer gestaltenden oder Leistungsverfügung entsprochen werden kann. Die Feststellungsverfügung ist damit zu diesen beiden Verfügungen *subsidiär*<sup>89</sup>. Können ferner mit einer Feststellungsverfügung gewisse Fragen vorweg und ohne Durchführung eines aufwendigeren Verfahrens auf

88 Vgl. BGE 115 Ib 433; BGE 121 II 180. Als Partei im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren ist zugelassen, wer "in einer beachtenswerten, nahen Beziehung zum Bewilligungsverfahren" steht. "Blosse Gefahren von einer gewissen Bedeutung und Wahrscheinlichkeit vermögen eine Legitimation zu begründen, nicht jedoch rein theoretische und weit entfernt mögliche, weil sonst eine sinnvolle Abgrenzung zur Popularbeschwerde kaum möglich ist" (Betreffend Bewilligungsverfahren um Transporte atomarer Brennstäbe).

89 Vgl. BGE 122 V 30 f., 121 V 318, 120 V 302, 119 V 13, 114 V 203, 112 V 84; 108 Ib 546, 99 Ib 276; VPB 1993 Nr. 19, S. 188; 1983 Nr. 23; 1989 Nr. 31, S. 201; 1996 Nr. 57, S. 492; ZBl 1995, 383, 1986, 319; BVR 1986, 291; Kötz/Häner (FN 13), 69; Güeng (FN 1), 373; Rhinow/Koller/Kiss (FN 13), 228.

85 Vgl. VPB 1996 Nr. 56 betreffend Abgaben auf Fleischimporte.

86 Vgl. auch VPB 1983 Nr. 23, S. 130; 1989 Nr. 53, S. 201; 1977 Nr. 55.

87 Ähnl. VPB 1983, Nr. 23, S. 130.

"Rechtswohlat". Sie bietet eine Grundlage für Dispositionen und als verfahrensökonomisches Instrument nimmt sie nicht nur der Verwaltung, sondern insbesondere den Rechtsunterworfenen verfahrensrechtliche Lasten und Prozessrisiken ab.

Die Feststellungsverfügung gehorcht den Grundsätzen wie sie für Verfügungen im allgemeinen gelten. Ihr feststellender Charakter ist entweder auf die besondere verfahrensrechtliche Situation oder auf das materielle Recht ausgerichtet. Art. 25 VwVG und die entsprechenden kantonalen Regelungen wiederholen in diesem Sinne nur Grundsätze, die ohnehin im Verwaltungs-(verfahrens-)recht gelten:

- Art. 25 Abs. 1 VwVG hebt den möglichen Regelungsgehalt der Verfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b und c VwVG hervor;
- Art. 25 Abs. 2 VwVG wiederholt die Parteifähigkeit im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 6 VwVG und Art. 48 lit. a VwVG: Sie ist ein Grundsatz, der für jede Verfügung gilt, die auf Gesuch hin erlassen wird;
- Der in Art. 25 Abs. 3 zugesicherte Vertrauensschutz ist ein (teilweise) ungeschriebener Rechtsgrundsatz des Verwaltungsrechts, der sich aus Art. 4 BV ergibt.

Die spezielle *Hervorhebung* der Feststellungsverfügung in den Verfahrensgesetzen ist trotzdem bedeutsam. Sie erinnert die Verwaltung und die Rechtsunterworfenen gleichsam an die *Möglichkeit* der Feststellungsverfügung und die damit verbundenen Erleichterungen. Die Rechtfertigung des Art. 25 VwVG und der entsprechenden kantonalen Bestimmungen besteht darin, dass sie besonders der Rechtssicherheit dienen und Lücken des Verwaltungsrechtsschutzes zu schliessen vermögen, die mit der Verfügung als Anfechtungsobjekt der Verwaltungsrechtspflege zusammenhängen. Im übrigen ist die Feststellungsverfügung nicht eine besondere Art der Verfügung, die andern Regeln gehorcht, sondern eine "ganz gewöhnliche" Verfügung.