

# IDÉ

---

Institut Droit et Economie  
Institut für Recht und Wirtschaft  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.)

## **8. Forum für Verwaltungsrecht**

### **Brennpunkt «Verfügung»**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

© Growth Publisher Law, Bern 2022  
ISBN 978-2-9701573-0-4 (Growth Publisher Law)

[www.growthpublisher-law.ch](http://www.growthpublisher-law.ch)

# Die Feststellungsverfügung

*Gregor Bachmann*

## Inhalt

- I. Einleitung
- II. Allgemeines
  - A. Begriff und Abgrenzungen
  - B. Verfahren
    - 1. Keine besondere gesetzliche Verfahrensordnung
    - 2. Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung insbesondere
  - C. Funktionen und Rechtsfolgen
- III. Feststellungsgegenstand
  - A. Feststellung der Rechtslage . . .
    - 1. Unmittelbar anwendbares öffentliches Recht
    - 2. Keine Begründung von Rechten und Pflichten
    - 3. Im Rahmen von Rechtsverhältnissen
    - 4. Abgrenzungen
  - B. . . in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt
    - 1. Feststellungsverfügung als Akt der Rechtsanwendung
    - 2. Abgrenzung zu blossen Sachverhaltsfeststellungen
    - 3. Zukünftige Sachverhalte insbesondere
- IV. Feststellungsinteresse
  - A. Allgemeine Voraussetzungen
    - 1. Subsidiarität der Feststellungsverfügung
    - 2. Weitere allgemeine Voraussetzungen?
  - B. Voraussetzungen bei Gesuchen Privater
    - 1. Besonderes Berührtsein
    - 2. Schutzwürdiges Interesse
  - C. Voraussetzungen beim Erlass von Amtes wegen

## I. Einleitung

In der Verwaltungspraxis kommt der Feststellungsverfügung eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Sie dient dazu, Verwaltungsrechtsverhältnisse festzustellen und damit Rechtssicherheit zu schaffen. Die Feststellungsverfügung wird in der Lehre als

«gewöhnliche Verfügung»<sup>1</sup> bezeichnet, beruht sie doch auf denselben gesetzlichen Grundlagen und verfahrensrechtlichen Prinzipien wie die allgegenwärtige Gestaltungsverfügung, welche auf die Veränderung der Rechtslage gerichtet ist. Die Nähe zur Gestaltungsverfügung<sup>2</sup> täuscht allerdings darüber hinweg, dass sich in Rechtsprechung und Lehre für die Feststellungsverfügung zahlreiche besondere Verfahrensregeln herausgebildet haben. Diese betreffen primär den Gegenstand – was kann überhaupt verfügungsweise festgestellt werden? – und das hierzu notwendige Feststellungsinteresse.

Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, die verfahrensrechtlichen Besonderheiten der Feststellungsverfügung, insbesondere gegenüber der Gestaltungsverfügung, herauszuarbeiten. Er bezieht sich zwar in erster Linie auf das Verfahrensrecht des Bundes (insb. VwVG),<sup>3</sup> die Erkenntnisse können jedoch auch auf das kantonale Verfahrensrecht übertragen werden.<sup>4</sup> Nach einer allgemeinen Einführung (II.) fokussiert die Darstellung auf den Gegenstand der Feststellungsverfügung (III.) und das Feststellungsinteresse (IV.).

## II. Allgemeines

### A. Begriff und Abgrenzungen

Der materielle Verfügungsbegriff, der auch die Feststellungsverfügung umfasst, wird in Art. 5 VwVG definiert. Bei Verfügungen handelt es sich in der Terminologie des Bundesgerichts um «autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht erlassen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind.»<sup>5</sup> Die Feststellungsverfügung erfüllt die genannten Strukturelemente des materiellen Verfügungsbegriffs von Art. 5 VwVG.<sup>6</sup> Mit Blick auf den Verfügungsbegriff lässt sich auch der zusätzlichen Bestim-

1 So KLEY, Feststellungsverfügung, S. 246; vgl. auch MÜLLER, ZBI 2015, S. 66; WIEDERKEHR/EGLI, recht 2021, S. 48.

2 So wird die Feststellungsverfügung gegenüber der Gestaltungsverfügung auch als «mindere Art» bezeichnet (KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 201).

3 Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Feststellungsverfügung auch die Kantone binden, soweit sie Bundesrecht anwenden (BGer, Urteil 2C\_608/2017 vom 24.8.2018 E. 5.3; vgl. WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 34).

4 Die Kantone anerkennen i.d.R. die Handlungsform der Feststellungsverfügung auch ohne besondere Grundlage im kantonalen Verfahrensrecht.

5 BGE 141 II 233 E. 3.1; BGE 139 V 143 E. 1.2; BGE 135 II 38 E. 4.3. Anzuführen ist, dass sich diese Definition nur auf Individualverfügungen bezieht, nicht jedoch auf generell-konkrete Allgemeinverfügungen. Generell-konkrete Allgemeinverfügungen sind aber nicht ausgeschlossen (siehe dazu in den nachfolgenden Abschnitten).

6 WIEDERKEHR/EGLI, recht 2021, S. 48.

mung zur Feststellungsverfügung in Art. 25 VwVG nichts Weitergehendes entnehmen.<sup>7</sup> Die *Eigenheit* der Feststellungsverfügung liegt im Strukturelement der Ausrichtung auf *Rechtswirkungen*.<sup>8</sup>

Während sich die *Gestaltungsverfügung* auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten bezieht (Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG), richtet sich die Feststellungsverfügung auf die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfangs von Rechten oder Pflichten (Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG).<sup>9</sup> Der Unterschied liegt im *Regelungsgegenstand* («Rechtswirkungen»), also der Feststellung gegenüber der Gestaltung bzw. Änderung der Rechtslage.

Zur *Allgemeinverfügung* ist keine gesonderte Abgrenzung möglich, zumal sich diese Verfügungsart nicht hinsichtlich des Gegenstands, sondern des Adressatenkreises von den anderen Verfügungsarten unterscheidet.<sup>10</sup> Entsprechend sind denn auch ohne weiteres Allgemein-Feststellungsverfügungen denkbar.

*Beispiel:* Der Prototyp der Feststellungsverfügung – die Waldfeststellungsverfügung – weist zugleich den Charakter einer Allgemeinverfügung auf, da sie sich an einen offenen, unbestimmten Adressatenkreis richtet. Die Feststellung, dass eine bestimmte Fläche Wald i.S. des Waldgesetzes darstellt, entfaltet Wirkung gegenüber allen aktuellen und zukünftigen Eigentümern wie auch Benutzern.

Die *Verfügung über Realakte* (Art. 25a VwVG) bezieht sich – quasi als Konterpart zu den Verfügungen nach Art. 5 VwVG und mithin auch zur Feststellungsverfügung – auf das verfügungsfreie Verwaltungshandeln.<sup>11</sup> Zwar sieht Art. 25a Abs. 1 lit. c VwVG vor, dass im Rahmen der Verfügung über Realakte die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer staatlichen Handlung verlangt werden kann. Dieser Feststellungstatbestand verfolgt jedoch eine andere Zielsetzung.<sup>12</sup> Überdies folgt das Verfah-

7 KLEY, Feststellungsverfügung, S. 246; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al. Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 2. Siehe zur verfahrensrechtlichen Bedeutung von Art. 25 VwVG nachfolgend B. I.

8 Dieses Strukturelement wird in der Lehre auch als die «Regelung eines Rechtsverhältnisses» bezeichnet (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 25 ff.).

9 Werden Gesuche um Erlass einer Gestaltungs- oder Feststellungsverfügung abgewiesen, liegt eine negative Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG vor.

10 Während sich die Individualverfügung («individuell-konkret») an eine oder mehrere bestimmte Personen richtet, entfaltet die Allgemeinverfügung («generell-konkret») gegenüber einem nicht näher bestimmten Adressatenkollektiv Rechtswirkungen (siehe hierzu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 48 ff.).

11 Aus einer verfahrensrechtlichen Optik empfiehlt es sich, dann von einem Realakt i.S.v. Art. 25a VwVG auszugehen, wenn eine staatliche Handlung nicht der Handlungsform der Verfügung oder des verwaltungsrechtlichen Vertrags zugeordnet werden kann oder aber besonderen Verfahrensbestimmungen unterliegt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1430; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 363).

12 Siehe dazu unten III.A.4.

ren auf Erlass einer Verfügung über Realakte gänzlich anderen Regeln als das Verfahren auf Erlass einer Feststellungsverfügung.<sup>13</sup>

Soweit die Kantone (noch) keine Rechtsschutzmöglichkeit gegen *kantonale Realakte* geschaffen haben, dient die Feststellungsverfügung dazu, den Zugang zum Rechtsschutz zu öffnen.<sup>14</sup> Dabei handelt es sich allerdings nur um eine dogmatisch unbefriedigende Hilfskonstruktion, um der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) bei Realakten zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>15</sup>

## B. Verfahren

### 1. Keine besondere gesetzliche Verfahrensordnung

Das VwVG sieht – entgegen der diesbezüglich etwas missverständlichen Marginale «Feststellungsverfahren» von Art. 25 VwVG – keine besonderen Verfahrensbestimmungen betreffend die Feststellungsverfügung vor.<sup>16</sup> Namentlich keine Abweichung von den allgemeinen Voraussetzungen der Parteistellung liegt im Begriff des schutzwürdigen Interesses nach Art. 25 Abs. 2 VwVG. Aufgrund der Einheit des Verfahrens (Art. 111 Abs. 1 BGG) kommt dieser Bestimmung kein über die allgemeinen Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 6 bzw. 48 VwVG und Art. 89 Abs. 1 BGG hinausgehender Gehalt zu.<sup>17</sup>

Das Verfahren auf Erlass einer Feststellungsverfügung folgt den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrenrechts. *Zuständig* ist diejenige Behörde, welche für die Rechtsanwendung bzw. den Vollzug im betroffenen Sachbereich verantwortlich zeichnet.<sup>18</sup> Die Behörde hat namentlich den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Art. 12 ff. VwVG), das rechtliche Gehör zu gewähren (Art. 26 ff. VwVG) und die Verfügung ordnungsgemäss zu eröffnen (Art. 34 ff. VwVG). Schliesslich unterliegt die Feststellungsverfügung der Beschwerde (Art. 44 VwVG).

Der Umstand, dass der Gesetzgeber keine besonderen Verfahrensbestimmungen für die Feststellungsverfügung im VwVG erlassen hat, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Lehre und Rechtsprechung mit Blick auf die Eigenheiten dieser Ver-

13 Insbesondere die Anforderungen an die Parteistellung weichen erheblich vom Verfahren auf Erlass einer Verfügung nach Art. 5 VwVG ab (vgl. statt vieler BGE 140 II 315 E. 4).

14 Vgl. namentlich für den Kanton Bern VGer BE, Urteil vom 2.4.2007, in: BVR 2007, S. 441 E. 4.

15 MÜLLER, BTJP 2006, S. 335–337.

16 Vgl. HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskomm. VwVG, Art. 25 Rz. 27.

17 HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskomm. VwVG, Art. 25 Rz. 17; KLEY, Feststellungsverfügung, S. 240; BACHMANN, Anspruch, S. 94 f.

18 Vgl. den Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 VwVG, welcher von der «in der Sache zuständige[n] Behörde» spricht. Siehe auch WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 12.

fügungsart zahlreiche *spezifische Verfahrensregeln* entwickelt haben. Demnach ist es erforderlich, die allgemeinen Regeln, welche für den Erlass von Verfügungen im Allgemeinen gelten, mit Blick auf die Besonderheiten der Feststellungsverfügung zu modifizieren (siehe dazu nachstehende Ziff. III und IV).

## 2. Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung insbesondere

Nach dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Daraus folgt, dass ein Privater Anspruch darauf hat, dass die Behörde sein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung prüft und – sofern die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind – dieses materiell beurteilt und einen entsprechenden Rechtsakt erlässt. Dieser Anspruch stellt jedoch keine verfahrensrechtliche Besonderheit der Feststellungsverfügung dar, sondern bezieht sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch auf Gestaltungsverfügungen.<sup>19</sup> Soweit in einem laufenden Verfahren auf Erlass einer Gestaltungsverfügung eine Klärung von Vorfragen mittels einer Feststellungsverfügung erreicht werden soll, bedarf es eines entsprechenden *Verfahrensantrags*.

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht unter folgenden (Eintretens-) *Voraussetzungen*: Das Begehren des Privaten muss erstens auf den Erlass einer Feststellungsverfügung gerichtet sein und Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein können (siehe hierzu nachfolgend III.), die Behörde muss zweitens hierzu zuständig sein,<sup>20</sup> und drittens bedarf der Private der Parteistellung (siehe hierzu nachfolgend IV.).<sup>21</sup> Tritt die angerufene Behörde zu Unrecht nicht auf das Gesuch ein oder bleibt untätig, begehrt sie eine formelle Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV). Dieser Umstand kann mittels Beschwerde (Art. 44 VwVG) geltend gemacht werden. Sofern die Behörde gänzlich untätig bleibt und keine anfechtbare Verfügung erlässt, steht die Rechtsverweigerungsbeschwerde (Art. 46a VwVG) offen.<sup>22</sup>

Aus der Erkenntnis, dass die Feststellungsverfügung ihre Grundlage im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht und mithin im VwVG findet, folgt, dass im Rahmen *spezieller Verfahren*, die ausserhalb des Anwendungsbereichs des VwVG stehen, grundsätzlich *kein Anspruch* auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht:

19 BGE 146 V 38 E. 4.2; BGE 120 Ib 351 E. 3a; BGE 98 Ib 53 E. 3. Das Bundesgericht spricht in diesem Kontext zusätzlich von «Leistungsverfügungen». Dabei handelt es sich um eine Unterart der Gestaltungsverfügung, da der Verfügungsgegenstand in einer *Leistungspflicht* besteht und mithin unter Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG fällt (vgl. BINDER, Verwaltungsrechtspflege, Rz. 46).

20 Siehe hierzu oben II.B. I.

21 BGE 146 V 38 E. 4.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, Rz. 359; zum Ganzen BACHMANN, Anspruch, S. 27 ff. Vgl. hierzu den Beitrag von BERNHARD WALDMANN in diesem Band.

22 Vgl. BGE 130 II 521 E. 2.5 und E. 2.8.

*Beispiele:* Die Durchführung eines «Health Technology Assessments» (HTA) durch das Bundesamt für Gesundheit (BAG) ist nicht auf den Erlass einer Verfügung gerichtet und stellt kein Verwaltungsverfahren dar. Es handelt sich um ein Instrument zur Erarbeitung einer Entscheidungsgrundlage, das möglicherweise, aber nicht zwingend zur Einleitung eines Arzneimittelüberprüfungsverfahrens nach KVV führt. Es besteht kein Anspruch auf Erlass einer Verfügung nach Art. 25 oder Art. 25a VwVG.<sup>23</sup>

Im Rahmen des *Melde- und Widerspruchsverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG* bleibt kein Raum für den Erlass einer Feststellungsverfügung über die Zulässigkeit einer geplanten Wettbewerbsabrede. Es handelt sich um ein kartellrechtliches Sonderverfahren ausserhalb des Anwendungsbereichs des VwVG.<sup>24</sup>

Im Bereich der *direkten Bundessteuer* ist das VwVG und damit die Regelung der Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht anwendbar.<sup>25</sup> Entsprechend sind Feststellungsverfügungen im Rahmen der direkten Bundessteuer nur ausnahmsweise – nämlich betreffend die subjektive Steuerpflicht und den Steuer- oder Veranlagungsort – zulässig.<sup>26</sup>

### C. Funktionen und Rechtsfolgen

Die Feststellungsverfügung dient primär dazu, *Rechtssicherheit* herzustellen.<sup>27</sup> Bei Vorliegen einer unklaren Rechtslage soll mit Blick auf geschäftliche oder sonstige private Dispositionen Klarheit geschaffen werden.<sup>28</sup> Dem entspricht der Wortlaut von Art. 25 Abs. 3 VwVG, wonach keiner Partei daraus Nachteile erwachsen dürfen, dass sie im berechtigten Vertrauen auf eine Feststellungsverfügung gehandelt hat. In dieser Hinsicht präsentiert sich die Feststellungsverfügung als *verstärkte, formalisierte Form* der – grundsätzlich formlosen – *Auskunfts*.<sup>29</sup> Sodann dient die Feststellungsverfügung auch der *Prozessökonomie*, indem Grundsatzfragen vorab – und ohne das gesamte or-

23 BGE 146 V 38 E. 7.

24 BGE 135 II 60 E. 3.3.

25 BGE 121 II 473 E. 2d.

26 BGE 121 II 473 E. 2d; BGE 124 II 383 E. 2; bestätigt in BGE 141 I 161 E. 3.4.1.

27 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Verfahrensrecht, Rz. 394.

28 BGE 129 III 503 E. 3.5; KLEY, Feststellungsverfügung, S. 229 und 244 f.

29 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Verfahrensrecht, Rz. 403; vgl. WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 38; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHÉ, Verwaltungsverfahren, Rz. 339. Vgl. auch BGE 129 III 503 E. 3.5: «Die Feststellungsverfügung unterscheidet sich von einfachen behördlichen Auskünften und Stellungnahmen dadurch, dass sie eine förmliche Verfügung darstellt, die auf dem Rechtsmittelweg angefochten werden kann.»



dentliche Verfahren durchlaufen zu müssen – verbindlich entschieden werden können.<sup>30</sup>

### III. Feststellungsgegenstand

Der Gegenstand der Feststellungsverfügung lässt sich – in allgemeiner Hinsicht – als die Feststellung der *Rechtslage* (A.) in Bezug auf einen *konkreten Sachverhalt* (B.) definieren.

#### A. Feststellung der Rechtslage...

##### 1. Unmittelbar anwendbares öffentliches Recht

Ausgangspunkt der Feststellungsverfügung bildet das massgebliche Gesetzes- und Verordnungsrecht. Mit der Feststellungsverfügung wird eine Rechtslage konkretisiert, welche bereits unabhängig vom Erlass der Feststellungsverfügung selbst, d.h. kraft unmittelbar anwendbaren öffentlichen Rechts (*ex lege*), besteht.<sup>31</sup> Ein Umsetzungsakt – in Form einer Gestaltungsverfügung – ist nicht erforderlich.

##### 2. Keine Begründung von Rechten und Pflichten

Die Feststellungsverfügung ist zwar durchaus mit *Rechtsfolgen* verbunden.<sup>32</sup> Durch ihren Erlass entsteht Klarheit über die im Einzelfall massgebenden Rechte und Pflichten. Sie begründet diese Rechtsfolgen jedoch nicht selbst; der Bestand an Rechten und Pflichten bleibt gleich.<sup>33</sup>

*Beispiel:* Ein Gesuch an die Ausgleichskasse um Anschluss und Registrierung als Selbständigerwerbender ist nicht feststellender, sondern rechtsgestaltender Natur. Gemäss Bundesgericht will die versicherte Person «in ein Rechtsverhältnis mit der (zuständigen) Ausgleichskasse treten im Hinblick auf die Entrichtung persönlicher Beiträge, wozu sie gleichzeitig verpflichtet und berechtigt ist.»<sup>34</sup>

30 KLEY, Feststellungsverfügung, S. 230; vgl. WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 11.

31 KRACHT, Feststellender Verwaltungsakt, S. 105 f.; vgl. WALDMANN/WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 144.

32 Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 144.

33 WALDMANN/WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 144; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 889; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 6.

34 BGE 132 V 257 E. 2.4.2.

### 3. Im Rahmen von Rechtsverhältnissen

Feststellungsgegenstand sind in erster Linie Rechtsverhältnisse, d.h. verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten im Verhältnis von Staat und Privaten.<sup>35</sup> Erforderlich ist dabei, dass es sich um Rechte und Pflichten mit *Aussenwirkung* handelt. Rechte und Pflichten, welche sich lediglich im Innern der Verwaltung auswirken, begründen kein Rechtsverhältnis und sind der Feststellungsverfügung nicht zugänglich.<sup>36</sup> *Realakte* begründen ebenfalls grundsätzlich kein Rechtsverhältnis, da sie nicht auf Rechtswirkungen, sondern einen Taterfolg ausgerichtet sind.<sup>37</sup>

Art. 25 Abs. 1 VwVG unterscheidet zwischen dem *Bestand*, dem *Nichtbestand* und dem *Umfang* öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten. Ausgehend hiervon lassen sich die Arten von feststellbaren Rechtsverhältnissen nachfolgend weiter ausdifferenzieren.<sup>38</sup>

#### a. Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsverhältnisses

Ob ein Rechtsverhältnis besteht, bestimmt sich nach denjenigen rechtlichen Kriterien, welche dieses begründen bzw. im Umkehrschluss untergehen lassen. Der Bestand eines Rechtsverhältnisses lässt sich in diesem Sinne auch als *«Grundverhältnis»* bezeichnen. In der Regel betrifft dies die Frage danach, ob eine natürliche bzw. juristische Person oder Sache unter ein bestimmtes rechtliches Regime fällt (z.B. Steuer- und Abgabepflicht) bzw. vom Geltungsbereich eines spezifischen Gesetzes oder einer Verordnung (z.B. Verbandsbeschwerderecht) erfasst wird.

*Beispiele:* Insbesondere im Steuer- und Abgaberecht<sup>39</sup> lässt sich gut zwischen dem die Steuer- und Abgabepflicht begründenden Grundverhältnis und den daraus folgenden Rechtsfolgen unterscheiden. So ist die Feststellung der subjektiven Steuer- und Abgabepflicht durch die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) im Rahmen der Veranlagung der indirekten Bundessteuern – Mehrwertsteuer, Stempelabgabe sowie Verrechnungssteuer – gesetzlich vorgese-

35 MÜLLER, ZBI 2015, S. 66 f.; KRACHT, Feststellender Verwaltungsakt, S. 106; WIEDERKEHR/EGLI, recht 2021, S. 49 f. Zum Begriff des Rechtsverhältnisses allgemein siehe TSCHANNEN, Systeme, Rz. 174 ff.; WIEDERKEHR/EGLI, recht 2021, S. 41; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 736.

36 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 26; vgl. BGE 121 II 473 E. 3a.

37 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 26. Siehe aber unten III.4.

38 Vgl. KRACHT, Feststellender Verwaltungsakt, S. 106.

39 Siehe zum Anwendungsbereich der Feststellungsverfügung im Steuerrecht SCHREIBER/JAUN/KOBIERSKI, ASA 2011, S. 315 ff; MUSTER/HALDIMANN, ASA 2014, S. 349 ff.

hen.<sup>40</sup> Im Bereich der direkten Bundessteuer lässt das Bundesgericht Feststellungsverfügungen zur Abklärung der subjektiven Steuerpflicht und des Veranlagungsortes auch durch kantonale Behörden zu.<sup>41</sup>

Die Frage, ob ein konkreter Sachverhalt vom *Geltungsbereich* einer gesetzlichen Regelung erfasst wird (und folglich ein Rechtsverhältnis vorliegt), kann Gegenstand einer Feststellungsverfügung bilden. So hat das Bundesgericht entschieden, dass im Rahmen von Feststellungsverfügungen darüber entschieden werden kann, ob bestimmte staatliche Akte – konkret: Abschussanordnungen des Jagdinspektorates des Kantons Bern betreffend Graureiher und Gänsesäger – in den Anwendungsbereich des besonderen *Beschwerderechts von Art. 12 NHG* fallen.<sup>42</sup> Im Rahmen von Feststellungsverfügungen kann einzelfallweise auch über den Bestand von *Ansprüchen* entschieden werden, wenn auch die Abgrenzung zur Gestaltungsverfügung zu beachten ist. Das Bundesgericht hatte diesbezüglich zu beurteilen, ob ein konventionsgeschützter öffentlich-rechtlicher *Anspruch auf Zugang zum Werbefernsehen* besteht.<sup>43</sup>

#### b. Umfang des Rechtsverhältnisses

Die Frage nach dem Umfang des Rechtsverhältnisses betrifft die einzelnen daraus folgenden *Rechte und Pflichten* und stellt sich erst, wenn der Bestand des Grundverhältnisses – als Vorbedingung – geklärt ist.

*Beispiel:* Nach Feststellung der zollrechtlichen Abgabepflicht – und mithin des Grundverhältnisses – betrifft die Frage nach der Einreihung einer Ware im Zolltarif<sup>44</sup> dessen Umfang.

### 4. Abgrenzungen

Rechtsverhältnisse können auch dadurch begründet werden, dass Rechte und Pflichten Privater durch staatliches Handeln berührt werden bzw. sich staatliches Handeln reflexweise auf individuelle Rechtspositionen auswirkt.<sup>45</sup> Einer Feststellung sind derlei

40 Art. 82 Abs. 1 lit. f MWSTG; Art. 38 lit. b StG; Art. 41 lit. b VStG; vgl. BGer, Urteil 2C\_166/2016 vom 27.10.2017 E. 2.

41 BGE 126 II 514 E. 3d.

42 BGE 141 II 233.

43 BGE 123 II 402 E. 4b/aa.

44 Art. 20 ZG.

45 WIEDERKEHR/EGLI, recht 2021, S. 41; vgl. auch MÜLLER, ZBI 2017, S. 448, welcher im Kontext der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) neben «Rechts(verhältnis)streitigkeiten» auch von «Rechts(berührungs)- und Rechts(reflex)streitigkeiten» spricht.

Rechtsverhältnisse insofern zugänglich, als es darum geht, die *Widerrechtlichkeit* staatlichen Handelns festzustellen. Für diese Fälle sind i.d.R. spezielle Verfügungstatbestände geschaffen worden, so namentlich betreffend Realakte und im Datenschutzrecht.<sup>46</sup> Es bleibt damit kein Raum für eine Erfassung dieser Fälle im Rahmen einer Feststellungsverfügung.

## B. ... in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt

### 1. Feststellungsverfügung als Akt der Rechtsanwendung

Die Feststellungsverfügung ist ein Akt der Rechtsanwendung;<sup>47</sup> mithin zielt sie auf die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter die anwendbaren Rechtsnormen.<sup>48</sup> Die Feststellung der Rechtslage muss sich auf einen hinreichend bestimmten *konkreten Einzelfall* beziehen. Abstrakte, theoretische Rechtsfragen können nicht zum Gegenstand einer Feststellungsverfügung gemacht werden.<sup>49</sup> Daran ändert nichts, dass die im Einzelfall getroffene Feststellung auch für andere Fälle Präjudizwirkung entfaltet.<sup>50</sup> In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Feststellungsverfügung nicht von der Gestaltungsverfügung, sondern erscheint vielmehr als deren Vorstufe, erfordert die Änderung der Rechtslage mittels einer Anordnung doch auch deren vorgängige Feststellung.<sup>51</sup>

### 2. Abgrenzung zu blossen Sachverhaltsfeststellungen

Nicht Gegenstand der Feststellungsverfügung sind blossе Sachverhaltsfeststellungen.<sup>52</sup> Unzulässig sind damit Begehren, die Behörde habe im Rahmen einer Feststellungsverfügung einen bestimmten Sachverhalt festzustellen, ohne dass damit zugleich eine rechtliche Beurteilung bzw. Qualifikation verbunden wäre. Einfluss auf die Sachverhaltsfeststellung können Private über die *Mitwirkungsrechte* des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) – wie namentlich das Recht, Beweisanträge zu stellen – nehmen. Ebenso unzulässig – auch wenn in der Praxis verbreitet – ist es, Feststellungen über den Sachverhalt in das Dispositiv einer Verfügung oder eines Entscheids aufzunehmen. Ein solches Vorgehen führt mit Blick auf die Anfechtung zu

46 Art. 25a Abs. 1 lit. c VwVG; Art. 25 Abs. 1 lit. c DSG.

47 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 28 Rz. 25.

48 BGE 130 V 388 E. 2.5; HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskomm. VwVG, Art. 25 Rz. 7.

49 BGE 130 V 388 E. 2.5; BGE 131 II 13 E. 2.2; BGE 135 II 60 E. 3.3.2; BVGE 2015/35 E. 2.2.4; WEBER-DÜRER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 3; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, Rz. 398.

50 BGE 131 II 13 E. 2.3.

51 KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 201.

52 KLEY, Feststellungsverfügung, S. 237; MÜLLER, ZBI 2015, S. 68.

Problemen und Unsicherheiten. An der Aufhebung oder Änderung einer blossen Sachverhaltsfeststellung besteht denn auch ohne eine gleichzeitige rechtliche Beurteilung, welche sich auf die Rechtsstellung des Einzelnen auswirkt, kein Rechtsschutzinteresse.

Der Feststellung zugänglich sind jedoch Tatsachen, an welche *juristische Qualifikationen* geknüpft bzw. die mit Rechtsfolgen verbunden sind.<sup>53</sup> Im Einzelfall kann die Abgrenzung von tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen Mühe bereiten. Dies trifft namentlich zu bei Rechtsbegriffen, welche zugleich auch Tatsachen umschreiben.

Ein *Beispiel* für die bisweilen auftretende Kongruenz zwischen Sachverhalt und Rechtslage ist die Waldfeststellungsverfügung, mit der festgestellt werden soll, ob eine bestimmte Fläche Wald im Sinne des Waldgesetzes darstellt. Zwar kann sich auf der Sachverhaltsebene jedermann etwas unter dem Begriff «Wald» vorstellen. Dieser ausserrechtlichen Vorstellung steht jedoch der Waldbegriff nach Art. 2 WaG gegenüber, wonach als Wald «jede Fläche, die mit Waldbäumen bestockt ist und Waldfunktionen erfüllen kann», gilt. «Wald» ist folglich sowohl Tatsache wie Rechtsbegriff. Entsprechend kann nach Art. 10 Abs. 1 WaG eine Feststellungsverfügung über die Frage verlangt werden, ob eine bestimmte Fläche als Wald im Sinne des Waldgesetzes qualifiziert.

### 3. Zukünftige Sachverhalte insbesondere

Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten, die auf einem erst in der Zukunft zu verwirklichenden Sachverhalt beruhen, sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig.<sup>54</sup> Erforderlich ist jedoch, dass der zukünftige Sachverhalt bereits im Zeitpunkt des Feststellungsbegehrens *hinreichend konkretisiert* ist.<sup>55</sup> Unzulässig sind deshalb Gesuche, «mit denen die verfügenden Behörden und die Rechtsmittelinstanzen sich – unter Umständen wiederholt – zu theoretischen Vorgehensvarianten äussern müssten, um der gesuchstellenden Person eine optimale Gestaltung ihrer Verhältnisse zu ermöglichen.»<sup>56</sup> Ausnahmsweise können jedoch auch Feststel-

53 KRACHT, Feststellender Verwaltungsakt, S. 107, spricht diesbezüglich von «rechtlich erheblichen Tatsachen». Vgl. BVGE 2015/35 E. 2.2.4 und 5.2. Siehe ferner BGE 135 II 60 E. 3.3.2: «Im kartellrechtlichen Verfahren sind Sachverhalt und rechtliche Konsequenz derart eng verknüpft, dass die Verfügung über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Verhaltensweise gleichzeitig weitgehend (auch) die Feststellung des rechtsrelevanten Sachverhalts beschlägt [...]».

54 BGE 135 II 60 E. 3.3.3; BGE 98 Ib 457 E. 6b; BGE 108 Ib 540 E. 3.

55 BGE 135 II 60 E. 3.3; BGE 126 II 514 E. 3; HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskomm. VwVG, Art. 25 Rz. 9; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 2433.

56 BGE 135 II 60 E. 3.3.3. Vgl. auch für das Steuerrecht folgende Erwägung aus BGE 121 II 473 E. 2d: «Es kann jedenfalls nicht Aufgabe der Behörden sein, die Steuerpflichtigen im Hinblick auf geplante Geschäfte steuerlich zu beraten.»

lungsverfügungen über die Zulässigkeit *mehrerer Vorgehensvarianten* zulässig sein. Diesbezüglich ist jedoch erforderlich, dass das Interesse der Privaten der Verwaltungsökonomie vorgeht.<sup>57</sup> Bei Feststellungsverfügungen über zukünftige Sachverhalte kommt dem Rechtsschutzinteresse besondere Bedeutung zu.<sup>58</sup>

#### IV. Feststellungsinteresse

Damit Rechte und Pflichten festgestellt werden können, ist ein hinreichendes Interesse der Gesuchsteller oder der von Amtes wegen tätig werdenden Behörde erforderlich. Dieses Feststellungsinteresse lässt sich ausdifferenzieren in allgemeine (A.) und – je nachdem, ob die Feststellungsverfügung auf Gesuch hin oder von Amtes wegen erlassen wird – spezifische Voraussetzungen (B. und C.).

##### A. Allgemeine Voraussetzungen

###### 1. Subsidiarität der Feststellungsverfügung

Kein eigenständiges Feststellungsinteresse besteht, wenn dem Rechtsbegehren mit einer Gestaltungsverfügung besser entsprochen werden kann.<sup>59</sup> Dient ein Feststellungsbegehren lediglich als Zwischenschritt im Hinblick auf eine spätere Gestaltung der Rechtslage, ist die Feststellungsverfügung ausgeschlossen.<sup>60</sup> Die Möglichkeit, im betreffenden Fall auch eine Gestaltungsverfügung verlangen zu können, schliesst den Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung aber nicht gänzlich aus. Erforderlich ist jedoch, dass die Regelung auf dem Weg der Feststellungsverfügungen gegenüber dem Erlass einer Gestaltungsverfügung *mit Vorteilen verbunden* ist.<sup>61</sup> Im Vordergrund stehen dabei prozessökonomische Aspekte, so namentlich bei Vorbescheiden über Grundsatzfragen, sofern über den Erlass einer Feststellungsverfügung ein aufwendiges Verfahren über Gestaltungsbegehren verhindert werden kann.<sup>62</sup> Dasselbe gilt, wenn der Erlass rechtsgestaltender Verfügungen mit einem ausserordentlich hohen *Aufwand* verbunden wäre:

57 BGE 135 II 60 E. 3.3.3; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 345.

58 Siehe dazu unten Ziff. IV.

59 GUENG, SJZ 1971, S. 373 f.; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., *Komm. VwVG*, Art. 25 Rz. 20.

60 WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 2434; vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, *Verfahrensrecht*, Rz. 397.

61 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 352.

62 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, Rz. 352; BGER, Urteil 2C\_403/2017 vom 4.12.2018 E. I.2.

*Beispiele:* Das Bundesgericht sprach einem Krankenversicherer ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung zu, dass 29'000 Versicherte, in deren Namen der Verein Pro Life die obligatorischen *Krankenversicherungsverhältnisse gekündigt* hatte, weiterhin bei ihm versichert seien. Dies, da das angestrebte Ziel über den Erlass rechtsgestaltender Verfügungen nicht hätte erreicht werden können: Der betroffene Krankenversicherer war erstens nicht befugt, gegenüber einem anderen Krankenversicherer eine Verfügung zu erlassen, und zweitens wäre der Erlass von über 29 000 an die Versicherten gerichtete Verfügungen aus prozessökonomischen Gründen unzumutbar gewesen.<sup>63</sup>

Ähnlich entschied das Bundesgericht in einem Fall, wo es um die *AHV-Beitragspflicht* mehrerer hundert ausländischer Investoren in eine Kommanditgesellschaft ging. Es hielt ausgehend von der hohen Zahl von Betroffenen fest, dass das Feststellungsbegehren zulässig sei, auch wenn direkt der Eintrag in das entsprechende Register der Ausgleichskasse hätte verlangt und damit ein Leistungsbegehren gestellt werden können.<sup>64</sup>

Ebenfalls keine Rolle spielen kann der Grundsatz der Subsidiarität, wenn es um *nachteilige Dispositionen* geht, dient doch die Feststellungsverfügung gerade dazu, etwaige Unsicherheiten mit Blick auf ein zukünftiges Verfahren rechtsgestaltender Natur zu beseitigen.<sup>65</sup> Dies ist namentlich dann der Fall, wenn nicht nur über eine bereits fällige Leistung befunden, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder das Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen auch für die Zukunft festgestellt werden soll.<sup>66</sup>

## 2. Weitere allgemeine Voraussetzungen?

Das in sozialversicherungsrechtlichen Entscheiden zu findende Erfordernis, dass dem schutzwürdigen Interesse *keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen* entgegenstehen dürfen,<sup>67</sup> hat in der Praxis keine eigenständige Bedeutung erlangt und bringt vielmehr zum Ausdruck, dass die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Feststellungsinteresses letztlich auf einer Interessenabwägung beruht.<sup>68</sup>

63 BGE 132 V 166 E. 7.

64 BGE 131 V 97 E. 1.

65 Vgl. WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 20.

66 BVGer, Urteil A-5557/2015 vom 17.11.2015 E. 1.2.2.1; BVGer, Urteil A-3570/2016 vom 14.12.2016 E. 2.2.

67 BGE 132 V 166 E. 7; BGE 132 V 257 E. 1; BGer, Urteil 8C\_949/2015 vom 7.9.2016, E. 4.

68 WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 27; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, Verwaltungsverfahren, Rz. 347. Differenzierend WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 2383 und 2385.

Ebenfalls keine eigenständige Bedeutung weist das in der Lehre teilweise genannte Kriterium<sup>69</sup> auf, dass kein Feststellungsinteresse besteht, wenn über den Erlass einer Feststellungsverfügung *formell rechtskräftige Verfügungen* in Frage gestellt werden sollen. Hierfür stehen Privaten die ausserordentlichen Rechtsmittel der Wiedererwägung oder – bei Rechtsmittelentscheiden – der Revision zur Verfügung. Im Ergebnis erweisen sich die beiden Voraussetzungen als *entbehrlich*.

## B. Voraussetzungen bei Gesuchen Privater

Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Die Bestimmung bezieht sich zwar in erster Linie auf private Gesuchsteller, doch sind die Voraussetzungen sinngemäss auch bei Gemeinwesen anzuwenden, welche um den Erlass einer Feststellungsverfügung ersuchen.<sup>70</sup>

Der Begriff des «schutzwürdigen Interesses» nach Art. 25 Abs. 2 VwVG weicht nicht von den allgemeinen Voraussetzungen der Parteistellung im Verwaltungsverfahren ab.<sup>71</sup> Ein Anspruch auf eine Feststellungsverfügung besteht damit i.S.v. Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG nur, wenn der Gesuchsteller von der beantragten Feststellungsverfügung *besonders berührt* wird (1.) und überdies ein *schutzwürdiges Interesse* (2.) nachweist. Diese auf das Beschwerdeverfahren ausgerichteten Legitimationsvoraussetzungen sind für das Verwaltungsverfahren entsprechend zu modifizieren.

### 1. Besonderes Berührtsein

Nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrensrechts ist zur Begründung der Parteistellung zunächst ein im Verhältnis zur Allgemeinheit besonders *enges, spezifisches Verhältnis* des Gesuchstellers zum Gegenstand der angestrebten Verfügung erforderlich.<sup>72</sup> Der Gesuchsteller muss durch den Nichterlass der beantragten Verfügung gegenüber einem beliebigen Dritten besonders berührt werden.<sup>73</sup>

In Bezug auf die Feststellungsverfügung haben diese allgemeinen Voraussetzungen der Parteistellung zur Konsequenz, dass der Gesuchsteller durch eine *Rechtsunsicherheit* mit Blick auf seine persönliche Situation beschwert sein muss, welche insbeson-

69 WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 21.

70 Vgl. z.B. BGE 139 V 143 E. 1 und 2.

71 Siehe oben Ziff. II.B.1.

72 BVGE 2016/20 E. 6; ähnlich BGE 139 II 328 E. 4.1; vgl. HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxis-komm. VwVG, Art. 25 Rz. 19. Siehe allgemein zum Kriterium des «besonderen Berührtseins» im öffentlichen Verfahrensrecht WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis, Rz. 1742.

73 BACHMANN, Anspruch, S. 87.



dere die Gefahr schafft, dass nachteilige Dispositionen getroffen oder günstige Dispositionen unterlassen würden.<sup>74</sup>

*Beispiel:* Ein Privater ersuchte die Oberzolldirektion (OZD) um den Erlass einer Feststellungsverfügung über die Frage, ob ein *Anspruch* auf *schriftliche Eröffnung* von Zoll- und Einfuhrsteuerveranlagungsverfügungen bestehe. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte die besondere Beziehungsnähe zum Gegenstand der angestrebten Feststellungsverfügung und ging entsprechend davon aus, dass der Beschwerdeführer durch eine Rechtsunsicherheit in seiner persönlichen Situation beschwert war: Der Beschwerdeführer habe in der Vergangenheit unbestrittenermassen mit einer gewissen Regelmässigkeit Einfuhren getätigt und es sei vor diesem Hintergrund mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass er auch in Zukunft entsprechende Einfuhren veranlassen werde. Es gehe ihm darum, rechtzeitig Kenntnis vom Inhalt der Verfügungen zu erlangen und allenfalls Rechtsmittel gegen diese erheben zu können.<sup>75</sup>

## 2. Schutzwürdiges Interesse

Neben der spezifischen Beziehungsnähe zum Gegenstand der Verfügung ist erforderlich, dass das Rechtsschutzinteresse schutzwürdig erscheint. Dies ist der Fall, wenn der Erlass der beantragten Verfügung für den Gesuchsteller mit einem *praktischen Nutzen* verbunden ist.<sup>76</sup> Ein rechtlich geschütztes Interesse ist nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn die – eigene – tatsächliche Situation des Gesuchstellers durch den Erlass der beantragten Verfügung positiv beeinflusst werden kann und geeignet ist, einen aktuell bestehenden Nachteil abzuwenden.<sup>77</sup>

Mit Blick auf die Feststellungsverfügung bedeutet dies, dass durch den Erlass der Feststellungsverfügung eine konkret bestehende *Rechtsunsicherheit beseitigt* werden kann. Hieraus muss der Gesuchsteller einen eigenen praktischen Nutzen nachweisen, der im Verfügungszeitpunkt noch aktuell ist.<sup>78</sup> Konkret ist erforderlich, dass der Gesuchsteller die beabsichtigten Dispositionen treffen kann, ohne Rechtsnachteile fürchten zu müssen. Der praktische Nutzen muss unmittelbar beim Gesuchsteller –

74 GUENG, SJZ 1971, S. 372 f.; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 15; HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskomm. VwVG, Art. 25 Rz. 17. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHLI, Verwaltungsverfahren, Rz. 340; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, Rz. 398.

75 BVGE 2015/35 E. 5.3.

76 BGE 142 II 451 E. 3.4.1; BGE 139 II 279 E. 2.2; WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis, Rz. 1741. Die Legitimationsanfordernisse des Beschwerdeverfahrens gelten auch im Verwaltungsverfahren.

77 KLEY, Feststellungsverfügung, S. 240.

78 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHLI, Verwaltungsverfahren, Rz. 341; HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskomm. VwVG, Art. 25 Rz. 17.

mithin hinsichtlich *eigener* Dispositionen – eintreten, womit Gesuche von Dritten kaum erfolgsversprechend erscheinen.<sup>79</sup>

*Beispiel:* Eine Gemeinde ist nicht legitimiert, über die Zuteilung zu einer Prämienregion der Krankenversicherung eine Feststellungsverfügung zu verlangen, da sie nicht in eigenen Rechten betroffen ist. Von einer möglichen Prämienerrhöhung betroffen sind vielmehr die einzelnen Versicherten. Der Erlass einer Feststellungsverfügung ist damit von vornherein nicht geeignet, die Rechtsstellung der Gemeinde zu verbessern.<sup>80</sup>

### C. Voraussetzungen beim Erlass von Amtes wegen

Will eine Behörde von Amtes wegen eine Feststellungsverfügung erlassen, bedarf es – über den Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 VwVG hinaus – eines spezifischen öffentlichen Feststellungsinteresses.<sup>81</sup> Dieses ist in aller Regel prozessökonomischer Natur und bezweckt, in einem laufenden Verwaltungsverfahren eine *wichtige Teil- bzw. Grundsatzfrage* vorab zu klären.<sup>82</sup>

*Beispiel:* Eine Gemeinde ist befugt, über die Haftpflicht einer Firma für Bodenverschmutzungen eine Feststellungsverfügung zu erlassen. Erst nach Ausräumung der Ungewissheit über die Ersatzpflicht wird ein einvernehmliches Vorgehen ermöglicht; ausserdem können widersprüchliche Gestaltungsverfügungen über einzelne Sanierungsmassnahmen vermieden werden.<sup>83</sup>

Auch wenn mit der Prozessökonomie primär ein öffentliches Interesse angesprochen ist, erscheint es nicht als ausgeschlossen, dass sich auch Private im Rahmen eines Gesuchs um Erlass einer Feststellungsverfügung auf das öffentliche Feststellungsinteresse berufen. Eine Feststellungsverfügung, mit welcher vorfrageweise eine Grundsatzfrage entschieden wird, stellt sodann entgegen der früheren Praxis zum aOG<sup>84</sup> eine *Zwischenverfügung* dar, welche nur bei Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils angefochten werden kann (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG; Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG).<sup>85</sup>

79 HÄNER, Beteiligte, Rz. 700; vgl. auch HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskomm. VwVG, Art. 25 Rz. 18.

80 BGE 139 V 143 E. 3.

81 BGE 137 II 199 E. 6.5.1; BGE 130 V 388 E. 2.4; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, Rz. 400.

82 WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer et al., Komm. VwVG, Art. 25 Rz. 9; KLEY, Feststellungsverfügung, S. 230; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, Rz. 401; siehe zum Ganzen auch KÜNG, Prozessmaximen, Rz. 172 ff.

83 BGE 114 Ib 44 E. 3.

84 BGE 131 II 13 E. 2.4.

85 BGE 135 II 30 E. I.3.1; BGE 133 V 477 E. 4.1.3; BGE 134 II 137 E. I.3.2. Vgl. hierzu auch den Beitrag von ISABELLE HÄNER in diesem Band.