

Die neue ZPO im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Solothurn

Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage

- 1.1 Einleitung
- 1.2 Wie kommt die ZPO ins VRG?
- 1.3 Interessante Fragen

2. Historisches

- 2.1 Am Anfang war die ZPO
- 2.2 Fragestellungen aus der Zeit der alten ZPO
- 2.3 Die neue ZPO im VRG
- 2.4 Fremdkörper im VRG

3. Einzelfragen

- 3.1 Parteistellung
- 3.2 Schlichtungsversuch oder „Sühneverhandlung“
- 3.3 Klage und Widerklage
- 3.4 Ablauf der Hauptverhandlung
- 3.5 Protokollierung
- 3.6 Neue Behauptungen und Beweismittel, Änderung der Rechtsbegehren
- 3.7 Vorsorgliche Massnahmen

4. Fazit

1. Ausgangslage

1.1 Einleitung

Als junger Anwalt hatte ich das Privileg, Herrn Walter Straumann als Gerichtspräsident am Amtsgericht Olten-Gösigen zu erleben, sowohl in Straf- als auch in Zivilsachen. Mit seiner sonoren Stimme und dem unverkennbaren Schwarzbubendialekt führte er in den Verhandlungen Regie – und wie! Bestimmt, aber einfühlsam zeigte er den Parteien (und ihren Anwälten), wie er die Sache sah. Die Eigenschaft verlor er in seiner ganzen beruflichen Karriere nie, sei es als Oberrichter oder als Regierungsrat. Das, gepaart mit seinem breiten Fachwissen in diesen sehr unterschiedlichen Funktionen, führte mich zur Frage, ob denn bei aller Spezialisierung eben doch ein roter Faden durch die Rechtsgebiete ziehe. Richter und Regierungsrat, öffentliches und privates Recht: Gibt es Verbindungen?

Dabei stiess ich auf das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren, das zwar im kantonalen Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 15. November 1970¹ integriert ist, aber aus Sicht der Parteirollen und der sachlichen Zuständigkeit einem zivilprozessualen Verfahren ähnelt. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber im VRG bewusst verwaltungsprozessrechtliche und zivilprozessrechtliche Elemente vorgesehen hat.

1.2 Wie kommt die ZPO ins VRG?

§ 58 Abs. 1 VRG hält fest:

Soweit nichts anderes bestimmt ist, finden auf das Verfahren vor den Verwaltungsgerichtsbehörden die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung sinngemäss Anwendung.

Und weiter in § 63 Abs. 1 VRG:

Die Hauptverhandlung findet in sinngemässer Anwendung der Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung statt.

¹ VRG; BGS 124.11.

Allerdings wollten die federführenden Instanzen das Tor dann doch nicht zu weit aufstossen. So schreibt der ehemalige Oberrichter Roland Walter unter Bezugnahme auf Botschaft und Entwurf des Regierungsrates² zur Einführungsgesetzgebung zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008³:

„Ziel der Revision war es, inhaltlich nach Möglichkeit nichts Neues aus der Schweizerischen ZPO zu übernehmen und nicht über das bereits geltende, kantonale öffentliche Verfahrensrecht hinauszugehen.“⁴

So heisst es in weiteren Paragraphen des VRG, die Schweizerische Zivilprozessordnung sei, soweit nichts anderes bestimmt, „sinngemäss“ anzuwenden⁵. Schon die Frage, was „sinngemäss“ in diesem Fall bedeutet, wäre tauglicher Gegenstand für eine umfassende wissenschaftliche Bearbeitung. Sagen wir es so: Der Gesetzgeber wollte wohl festhalten, die Regeln der ZPO seien so anzuwenden, dass sie ins Gesamtwerk des VRG passen. So hält denn auch Roland Walter fest, Bestimmungen der ZPO sollten nicht unbesehen im Verwaltungsverfahren angewendet werden⁶.

Diese Auffassung spiegelt sich auch in den Verfahrensgesetzen der Nachbarkantone wieder. Allerdings gehen diese, wie etwa das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989⁷ des Kantons Bern, in der konkreten Ausgestaltung des Verfahrens erheblich weiter. Darauf wird weiter unten noch Bezug genommen. Wo keine konkrete Ausgestaltung vorliegt, muss der Richter die Normen so zurechtbiegen, dass sie passen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage, wie weit denn das richterliche Ermessen geht, im Einzelfall die ZPO buchstabengetreu oder sinngemäss anzuwenden.

1.3 Interessante Fragen

Es stellen sich vorweg mehrere Fragen:

- Wie kam die ZPO überhaupt ins VRG? Hier drängt sich ein Blick in die Geschichte der Verwaltungsrechtspflege auf.
- Sind die Regeln der ZPO „VRG-kompatibel“?
- Wie wendet der Richter die ZPO „sinngemäss“ an?
- Welche Stolpersteine gibt es, insbesondere nach dem Inkrafttreten der neuen ZPO?

Dabei beschränken sich die nachfolgenden Überlegungen auf das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren.

2. Historisches

2.1 Am Anfang war die ZPO

Dr. Walter Luder blickt in SOG 1986 Nr. 25 zurück ins Jahr 1962, als das Verwaltungsgericht ins Leben gerufen wurde und gestützt auf das Gerichtsorganisationsgesetz „recht bescheidene Kompetenzen“ erhielt. Erst das Inkrafttreten des Verwaltungsrechtspflegegesetzes von 1970 „brachte den Durchbruch des Gedankens, dass die Verwaltungsrechtspflege ‚das Normale‘ sei.“ Die kantonale Zivilprozessordnung vom 11. September 1966⁸ hatte somit die kantonale Rechtsprechung beherrscht

² RRB Nr. 2009/2466 vom 22. Dezember 2009.

³ ZPO; SR 272.

⁴ WALTER ROLAND, 50 Jahre Verwaltungsgericht (Jubiläumsschrift), Solothurn 2011, 22; vgl. auch Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Einführungsgesetzgebung zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., 23.

⁵ Vgl. §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 1, 21 Abs. 3, 39^{ter}, 56 Abs. 1, 73 Abs. 1, 75, 76 Abs. 4, 77 und 79 VRG.

⁶ Vgl. WALTER, a.a.O., 22.

⁷ VRPG-BE; BSG 155.21.

⁸ ZPO-SO; GS 83, 25.

und das Verwaltungsrechtspflegegesetz war ein Pflänzchen, das sich erst spät und behutsam entwickelte. Kein Wunder, „markiert“ es nun selbstbewusst gegenüber der ZPO sein Revier!

2.2 Fragestellungen aus der Zeit der alten ZPO

Die alte solothurnische Zivilprozessordnung war ihrerseits in die Jahre gekommen: viele Revisionen hatten ihr zugesetzt und ein etwas unsystematisches, aber sympathisch offenes Verfahren geschaffen, das ausserkantonalen Anwälten manchmal sehr zusetzte. Sie warteten verdutzt auf einen ersten Parteivortrag, den sie säuberlich vorbereitet hatten, der aber mangels Grundlage in der ZPO-SO nie kam; sie lauschten entsetzt, wie die Richter sich an ihre Klientschaft wandten oder Gegenanwälte unverhofft noch Beweisanträge stellten.

2.3 Die neue ZPO im VRG

Im Rahmen der Expertengruppe, welche die gesetzlichen Grundlagen im Kanton Solothurn zur Einführung der neuen, eidgenössischen ZPO erarbeitete, stellte sich die interessante Frage, wie das Verwaltungsrechtspflegegesetz anzupassen sei. Dort fand sich jeweils der Verweis auf die *solothurnische* Zivilprozessordnung, welche „singemäss anzuwenden“ sei. Hätte man dies unverändert gelassen, wäre die durchaus interessante, aber längerfristig wohl unbefriedigende Situation entstanden, dass die ZPO-SO wie die alten Stämme zur Zeit der Völkerwanderungen aus den kantonalen Zivilgerichten „ausgewandert“ wäre und im Verwaltungsrechtspflegegesetz überlebt hätte. Die Expertengruppe kam einstimmig zum Schluss, dass es nur eine ZPO, nämlich die Neue, in Anwendung geben soll, denn schon innert kurzer Zeit wären Richter und Anwälte wohl nur noch mit der neuen ZPO vertraut. Deshalb wurden im VRG die entsprechenden Textstellen bereinigt und verweisen seit deren Inkrafttreten auf die neue ZPO.

2.4 Fremdkörper im VRG

Die verwaltungsgerichtliche Klage nach §§ 60 ff. VRG ist eigentlich ein Fremdkörper in diesem Gesetz und stammt aus einer Zeit, als Zivilprozess und Verwaltungsrechtspflege noch nicht getrennte Rechtsmaterien waren. Daraus ergeben sich einige Unzulänglichkeiten. Eigentlich müsste das Klageverfahren ganz der ZPO unterstellt werden. Das Verfahren richtet sich aber nach VRG. Dieses wiederum ist hoheitlich ausgerichtet. Das drückt sich speziell im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren aus (§§ 66 ff. VRG): Es kommt als Rechtsmittelverfahren gegen hoheitliche Entscheide der staatlichen Organe zur Anwendung, welche gerichtlich überprüft werden. Das Klageverfahren ist hingegen grundsätzlich ein erstinstanzliches gerichtliches Verfahren.

Wenn also in den §§ 48 ff. VRG allgemeine Vorschriften über das Verfahren vor den Verwaltungsgerichtsbehörden festgehalten sind, gelten diese sowohl für das hoheitlich strukturierte Beschwerdeverfahren als auch für das zivilprozessual orientierte Klageverfahren -und das Runde geht nun mal schwer ins Eckige.

Diese beiden Verfahrensarten unterscheiden sich erheblich. Der Gesetzgeber macht es sich nicht leicht, wenn er sie in einem Erlass zu regeln versucht. Da stehen unversehens Eventual- resp. Dispositionsmaxime und Untersuchungsmaxime – Grundsätze des Rechtsmittelverfahrens – einem erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren gegenüber. Konflikte sind damit vorprogrammiert. Zwar versucht der Gesetzgeber, das Problem zu entschärfen, indem er die ZPO für singemäss anwendbar erklärt. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, gelingt das aber nicht immer. Zudem läuft dem zuwider, dass die ZPO in erheblichen Punkten gleich wieder ausgehebelt wird.

3. Einzelfragen zum verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren

3.1 Parteistellung

Im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren ist Partei, wer klagt (Kläger) oder beklagt ist (Beklagter). Die Definition in § 11^{bis} VRG ist für das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren missglückt, denn das Gesetz führt zur Parteistellung in diesem Verfahren anders, als es der Wortlaut vermuten lässt, nichts aus. Im Übrigen gelten mangels anderweitiger Bestimmungen Art. 66 ff. ZPO. Anders als das VRPG-

BE äussert sich das VRG nicht über die Streitgenossenschaft, die Intervention und die Rechtsnachfolge. Somit sind die Bestimmungen der ZPO gestützt auf § 58 Abs. 1 VRG anwendbar. Art. 13 VRPG-BE hält für das bernische Verfahren anders als das VRG ausdrücklich fest, dass das Gericht von Amtes wegen Dritte beiladen kann. Mangels gesetzlicher Grundlage im VRG und in der ZPO ist dies im Verfahren nach §§ 60 ff. VRG nicht möglich.

3.2 Schlichtungsversuch oder „Sühneverhandlung“

- a. Während sich in der ZPO gesamtschweizerisch die Verpflichtung der Parteien durchsetzte, einen Schlichtungsversuch durchzuführen, um möglichst viele Verfahren ausserhalb eines ordentlichen Prozesses erledigen zu können, findet sich in § 60 Abs. 2 VRG eine „Kann-Bestimmung“: Ein Sühneversuch findet nur statt, wenn das Gericht auf Begehren oder von sich aus es befiehlt. Damit liegt der Entscheid über die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ausschliesslich in den Händen des Gerichts. Aus Sicht des Schreibenden ist aber nicht einzusehen, weshalb sich hier eine Abweichung zur Norm in der ZPO rechtfertigt. Nach welchen Kriterien entscheidet der zuständige Richter, ob er ein Schlichtungsverfahren anordnet? Versucht er aufgrund der spärlichen ihm zur Verfügung stehenden Informationen zu antizipieren, ob es sich überhaupt lohne, den Versuch zu unternehmen? Entscheidet er nach seiner Arbeitslast, ob er die nötige Zeit dafür findet? Oder sondiert er zuerst bei den Parteien?

Diese interpretationsbedürftige Regelung lässt befürchten, dass der Möglichkeit, die Parteien gleich zu Beginn des Verfahrens zu einer Einigung zu führen, keine erhebliche Bedeutung beigemessen wird. Dies ist in Anbetracht der Erledigungsquoten vor den Zivilgerichten (sei es nach den altrechtlichen Aussöhnungs- oder den neurechtlichen Schlichtungsverhandlungen) sehr bedauerlich.

Zudem wird auf diese Weise die Gleichwertigkeit von Schlichtungs- und Mediationsverfahren ausgehebelt, denn vorgesehen ist ja ausdrücklich nur der Sühneversuch. Ob dies ein gesetzgeberisches Versehen ist, kann mangels Quellen nicht beurteilt werden. Tatsächlich hält sich aber die richterliche „Begeisterung“ über das Mediationsverfahren in Grenzen. Befürchtet man, dass sich Mediatoren breitmachen, wo richterliche Kernkompetenzen liegen? Zweifelt man am Verfahren, dessen Wissenschaftlichkeit oder Seriosität? Diese Fragen kann der Schreibende nicht beantworten. Ein Diskurs fand bisher kaum statt. Das ist umso bedauerlicher, als die Mediation eine echte Alternative böte. Gerade im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren wäre es durchaus klug, dass sich die dortigen Parteien zusammenraufen und einvernehmliche Lösungen suchen. Mit dem gänzlichen Ausschluss dieses Verfahrens wird eine Chance vertan. Das Mediationsverfahren verdiente aber auch mehr Beachtung, wenn das Verfahren bereits hängig ist, wie es in Art. 226 ZPO sinngemäss vorgesehen ist.

- b. Nicht mehr zeitgemäss ist zudem die Bezeichnung „Sühneversuch“: sprachlich wird unter „Sühne“ eine Wiedergutmachung, eine Genugtuung, eine Leistung für ein begangenes Unrecht oder ein Verschulden verstanden. Wer soll denn „sühnen“, der Kläger oder der Beklagte? Wofür?

Der Begriff spiegelt ein hoheitliches Verhältnis zwischen Gericht und Parteien wider, das den Zivilprozess längst verlassen hat. Ältere unter uns erinnern sich noch an Gerichte, die erhöht und hinter viel getäfertem Holz vor den Parteien thronen und sich entsprechend verhielten. Es wäre an der Zeit, das VRG inhaltlich, aber auch sprachlich der ZPO anzugleichen und statt der Kann-Bestimmung die Verpflichtung aufzunehmen, dass stets ein Schlichtungs- oder Mediationsverfahren stattzufinden hat. Dies hätte zusätzlich den Vorteil, dass das Verfahren nicht mit einer vollständig begründeten Klage (die auf der Gegenseite die Neigung zur einvernehmlichen Lösung wohl kaum verbessern wird), sondern mit einem kurzen Gesuch eröffnet würde. Bekanntlich gibt es hierzu sogar ein Formular, das auch Laien auszufüllen in der Lage sind⁹.

⁹ <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/zivilprozessrecht/parteieingabenformulare/schlichtungsgesuch-d.pdf>.

3.3 Klage und Widerklage

§ 60 VRG erwähnt lediglich die Klage, nicht aber die Widerklage, während das bernische VRPG ausdrücklich auf die ZPO verweist. Nun stellt die Widerklage aber eine prozessuale Tätigkeit der Beklagtschaft dar, über die sie als eigenständiges Angriffsmittel im Zivilprozess grundsätzlich verfügen muss. In der Tatsache, dass die Beklagtschaft nicht selber das Verfahren einleitet, liegt kein Verzicht auf die klageweise Geltendmachung des Anspruchs. Der allgemeine Verweis auf die ZPO in § 58 Abs. 1 VRG führt ebenfalls zu Art. 224 ZPO. Damit ist es auch im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren nach den §§ 60 ff. VRG möglich, eine Widerklage einzureichen.

3.4 Ablauf der Hauptverhandlung

§ 63 Abs. 1 VRG hält zwar fest, die Hauptverhandlung finde „in sinngemässer Anwendung der Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung“ statt. Allerdings klammert sich die im nächsten Absatz folgende Vorschrift, zur Begründung der Anträge erhalte „jede Partei einmal das Wort“, noch allzu stark an die ZPO-SO. Dort war nämlich gar kein erster Parteivortrag vorgesehen und mancher ausserkantonale Anwalt blickte verduzt auf den Gerichtspräsidenten, wenn dieser unmittelbar nach Eröffnung der Verhandlung mit der Parteibefragung begann und das vorbereitete Referat des Anwalts Makulatur war.

Gehen wir einmal davon aus, § 63 Abs. 2 VRG betreffe den zweiten Parteivortrag. Vorweg fragt sich, warum das Wort zu Replik und Duplik nur „ausnahmsweise“ erteilt wird. Der Gesetzgeber wägt offenbar das Interesse des Richters, das Verfahren abzuklemmen, höher ab als das Recht der Parteivertretung, zu Ausführungen des Vorredners noch Stellung nehmen zu können. Das ist stossend: Die Parteivertretung kann nämlich gute Gründe haben, im zweiten Parteivortrag etwas nicht anzusprechen und abzuwarten, ob das Thema von der Gegenseite aufgegriffen wird. Diesfalls hat sie die Möglichkeit zur Replik. Damit ist es Sache der Parteivertretung, letzten Endes zu entscheiden, ob noch repliziert wird. Die Replik ist also ein eigentliches Parteirecht. So sieht es die Art. 232 Abs. 1 ZPO vor, und es ist nicht einsichtig, weshalb der Gesetzgeber im Fall des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens eine Ausnahme machen sollte.

Die ZPO geht in Art. 228 ff. davon aus, dass jede Partei im ersten Parteivortrag noch Ergänzungen zum Sachverhalt und den Beweismitteln vornehmen kann, sofern kein zweiter Rechtsschriftenwechsel stattfand, was nach § 61 Abs. 1 VRG auch im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren möglich wäre. Gerade im Lichte der Ausführungen zum Novenrecht sowie den Ergänzungen der Behauptungen und Beweismittel¹⁰ wäre zu begrüssen, die Parteien zu verhalten, solche Ergänzungen zu Beginn der Verhandlung vorzutragen, um Verzögerungen und plötzliche Änderungen der Prozessthemen möglichst zu unterbinden.

3.5 Protokollierung

Die Regelung der ZPO-SO waren zwar verfahrensökonomisch, aber umstritten: Partei- und Zeugenaussagen wurden lediglich in den Minuten des Gerichtsschreibers festgehalten und weder vorgelesen noch unterzeichnet (§§ 65 ff. ZPO-SO). Das hatte zur Folge, dass den Parteien in der Verhandlung selbst nicht bekannt war, was protokolliert wurde. Allerdings bot dies nur in Ausnahmefällen Grund zu nachträglichen Diskussionen und konnte zudem im zivilprozessualen Rechtsmittelverfahren gerügt werden.

Die neue ZPO sieht dies erheblich weniger „locker“ (Art. 176 ZPO): Die Aussagen werden in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll genommen und nach Vorlesen oder Durchlesen unterzeichnet.

Dies gab in den Gerichten und auch unter der Anwaltschaft schon im Rahmen der Vernehmlassung und den Beratungen in den eidgenössischen Räten viel zu reden: Man befürchtete nicht nur sog. „bernische Zustände“ mit entsprechend länger dauernden Verhandlungen, sondern die Frage führte sogar zu einer Demarche im Rahmen der Beratungen der neuen ZPO im Nationalrat: Es sollte

¹⁰ Vgl. unten, Ziff. 6.

ermöglicht werden, Partei- und Zeugenaussagen auch mit technischen Mitteln aufzunehmen. Die Reaktion war kühl, verwies man doch darauf, die solothurnischen Ängste seien unbegründet und die Protokollierung in verschiedenen Kantonen bereits Usus. Es blieb bei der heutigen Formulierung.

. § 56 Abs. 2 i.V.m. § 13^{ter} VRG verlangt nur für Zeugenaussagen und die mündliche Erstattung von Gutachten eine Protokollierung nach Art. 176 ZPO, während dies für die Parteibefragung weiterhin nicht gilt¹¹

So schlimm wie befürchtet kam es zwar in den Zivilprozessen vor solothurnischen Gerichten nicht. Fragwürdig ist aber schon, Aussagen vom Gerichtsschreiber händisch zu tippen (was unweigerlich den Gang der Verhandlungen verzögert), vorzulesen, zu korrigieren, auszudrucken und unterzeichnen zu lassen. Und siehe da: ZPO und StPO¹² sind kaum in Kraft, da wird dieser Punkt nach lauten Protesten der Gerichte (vor allem im Strafverfahren) schon wieder revidiert und anstelle der getippten Protokolle sollen Aufnahmen zugelassen werden! Gestützt auf eine parlamentarische Initiative unterbreitete die Rechtskommission des Nationalrats am 16. April 2012 (also lediglich ein gutes Jahr nach Inkrafttreten der ZPO) Bericht¹³, den bisherigen Art. 176 ZPO dahingehend abzuändern, dass auch eine technische Aufzeichnung der Aussagen der Parteien, Zeugen oder Gutachter möglich sein wird. Diese Vorlage passierte die beiden Räte in der Schlussabstimmung vom 28. September 2012¹⁴. Der Gesetzestext hält ausdrücklich fest, dass weder ein Vorlesen noch Unterzeichnen nötig sei. Damit wird die Aufzeichnung des wesentlichen Inhalts erheblich vereinfacht.

Bleibt zu hoffen, dass die kantonale Justizverwaltung und der Gesetzgeber diese technische Wohltat mutig aufgreifen und rasch umsetzen, um aus Gerichtsverhandlungen das zu machen, was sie sein sollen: mündlich geführte Auseinandersetzungen mit möglichst wenig schriftlichem Ballast! Auch das Verwaltungsverfahren könnte davon profitieren. Die ZPO (und mit ihr die StPO) machen es vor!

3.6 Neue Behauptungen und Beweismittel, Änderungen der Rechtsbegehren

Hier geht es um die Frage, wann Anträge, Behauptungen und Beweismittel vorgetragen werden müssen. Aus Sicht der Partei können taktische Überlegungen oder schlicht Nachlässigkeit dazu führen, dass dies möglichst lange zulässig sein soll. Dem steht das Interesse der anderen Partei entgegen, dass keine späten Überraschungsmanöver erfolgen und Gelegenheit besteht zur angemessenen Entgegnung.

Die geltende Regelung ist einerseits sehr grosszügig: Neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel können nach § 52 Abs. 2 VRG bis zum Schluss der Beweisverhandlung vorgetragen werden, wenn sie mit dem Streitgegenstand zusammenhängen. Diese Bestimmung fand sich auch im alten Zivilprozessrecht, ist also quasi ein Relikt und steht im Widerspruch zu Art. 229 ZPO. Das Gericht kann gemäss § 52 VRG sogar von Amtes wegen Beweiserhebungen anordnen und ist nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Damit wird eine der hartumkämpften Regelungen der ZPO zum ordentlichen Zivilprozess im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren nicht angewendet. Es besteht vielmehr eine Nähe zum vereinfachten Verfahren der ZPO (vgl. Art. 247 ZPO). Das ist aber nicht gewollt, denn das Verfahren orientiert sich eben noch an jenem der ZPO-SO! Damit sind im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren neue Behauptungen, Beweisanträge und Klageänderungen bis zum Schluss des Beweisverfahrens zulässig.

Andererseits hält § 52 Abs. 2 i.V.m. § 31^{bis} Abs. 2 VRG ausdrücklich fest, dass jene Partei, die verspätet agiert, auch die Kostenfolgen ihres Handelns tragen soll. Leider stellt dies im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren nach wie vor eine ungenügende Konsequenz dar, wenn eine Partei – bewusst oder aus Nachlässigkeit – versucht, das Verfahren mit neuen Behauptungen und Beweismitteln auf den Kopf zu stellen oder zu verzögern. Das Argument, im Gegensatz zum Zivilprozess gelte hier keine Eventualmaxime, sticht nicht: Es ist nicht einzusehen, weshalb eine Partei im Klageverfahren (anders als im Beschwerdeverfahren) geschont werden soll.

¹¹ Vgl. Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Einführungsgesetzgebung zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., 24 f.

¹² Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

¹³ BBl 2012 5707.

¹⁴ BBl 2012 8149.

3.7 Vorsorgliche Massnahmen

§ 54 VRG regelt das Vorgehen bei vorsorglichen Beweisaufnahmen und Beweissicherungen. Die Bestimmung entspricht weitgehend Art. 158 ZPO. Gibt es Abweichungen? Gestützt auf § 58 Abs. 1 VRG ergänzt Art. 158 ZPO die Regelung nach § 54 VRG.

Keine Bestimmung findet sich aber im VRG – anders als im bernischen VRPG – zu den übrigen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO: Die gesuchstellende Partei muss glaubhaft machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Eine vorsorgliche Massnahme kann nach Art. 262 ZPO jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, insbesondere:

- a. ein Verbot;
- b. eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands;
- c. eine Anweisung an eine Registerbehörde oder eine dritte Person;
- d. eine Sachleistung;
- e. die Leistung einer Geldzahlung in den vom Gesetz bestimmten Fällen.

Diese Bestimmungen sind wiederum gestützt auf § 58 Abs. 1 VRG als subsidiäres Recht zum VRG anwendbar.

Ist das Verfahren rechtshängig, ergehen vorsorgliche Massnahmen in einer selbständigen Zwischenverfügung, welche wiederum anfechtbar ist. Die Anordnungen können mit einer Sicherheitsleistung der gesuchstellenden Partei verbunden werden. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang, dass der Kläger alleine aufgrund des Glaubhaftmachens Massnahmen erwirken kann, welche anders als im zivilprozessualen Verfahren nicht eigentlich berufungsfähig sind, weil es an einem innerkantonalen Instanzenzug fehlt. Mit der Beschränkung der Kognition im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht entfällt die Möglichkeit, solche Entscheide inhaltlich zu überprüfen. Man kann einwenden, vorsorgliche Massnahmen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren seien eine Rarität. Das kann aber im Einzelfall kein Massstab sein, ob ein Entscheid es wert ist, mit einem umfassenden Rechtsmittel überprüft zu werden. Immerhin können vorsorgliche Massnahmen sehr einschneidend sein und sogar eine präjudizierende Wirkung auf den Endentscheid haben.

Dieser Gefahr ist zu begegnen, indem

- die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen verschärft werden: Hier fehlt es aber an der gesetzlichen Grundlage, weil derzeit Art. 261 ff. ZPO gelten;
- oder eine innerkantonale Instanz besteht, welche solche Entscheide inhaltlich auf dem Berufungsweg überprüft. Hier wiederum wäre problematisch, wenn dafür die Zivilkammer des Obergerichts zuständig wäre, welche organisatorisch wohl kaum dem Verwaltungsgericht übergeordnet werden kann. Zudem bestünde derzeit die Möglichkeit personeller Verflechtungen.

Ob es sich um ein akutes Problem handelt, wird sich zeigen. Immerhin sollte es aufgrund der eingeschränkten Anfechtbarkeit die Regel sein, dass die gesuchstellende Partei Sicherheit leistet.

4. Fazit

Als Fazit kann zusammenfassend Folgendes festgestellt werden:

- a. Die Verfahrensregeln des VRG zur verwaltungsgerichtlichen Klage stammen teils aus dem hoheitlichen Verwaltungsrecht. Andererseits wurde die Geltung der ZPO massiv eingeschränkt. Das Verfahren ist somit insbesondere von zwei Grundhaltungen gekennzeichnet:
 - der Untersuchungsmaxime einerseits sowie der weitgehend fehlenden Eventualmaxime;
 - einer vielfach rudimentären Regelung, die dem Richter ein gegenüber der ZPO weitreichendes Ermessen gewährt.

- b. Das erscheint überall dort unproblematisch, wo das Verfahren einfach und rasch durchführbar ist. Es nähert sich damit dem vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO an, wo die gründliche Strukturierung des Verfahrens und die Geltung der Dispositions- und Eventualmaxime ebenfalls stark relativiert sind.
- c. Anders sieht es in jenen Verfahren aus, die zeitlich und materiellrechtlich aufwändig oder insbesondere in den oben aufgeworfenen Einzelfragen komplex sind: Gerade in solchen Verfahren ist es für alle Verfahrensbeteiligten wichtig, nach klaren Spielregeln handeln zu können. Die sinngemässe Anwendung, wie sie §§ 56 und 58 VRG vorschreiben, ist wenig griffig und legt die Gestaltung des Prozesses zu sehr in die Hand des Richters statt in jene des Gesetzgebers.
- d. Dazu kommt, dass die Bestimmung, wonach bis zum Schluss des Beweisverfahrens neue Behauptungen und Beweismittel eingereicht werden können, ein Relikt der ZPO-SO ist. Aufgrund der Parteirollen und des zivilprozessualen Charakters des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens ist aber nicht ersichtlich, weshalb hier von der Regelung der ZPO abgewichen wird.

Ein derartiger Spielraum ist rechtsstaatlich problematisch. Selbstverständlichkeiten wie die Schlichtungsverhandlung, erster und zweiter Parteivortrag, Gewährleistung einer effizienten Prozessführung ohne verspätete, aber trotzdem zulässige Beweisanträge liegen vollständig im Ermessen des Richters. Ihm kommt damit eine viel stärkere prozessuale Position als im ordentlichen Zivilprozess zu. Wie das begründet wird, bleibt unklar. Fürchten müsste sich der gewiefte Verwaltungsrichter jedenfalls vor der neuen ZPO nicht: entgegen aller Bedenken hat sich dieses Regelwerk erstaunlich schnell etabliert. Warum gilt es also nicht generell? Warum wurde für das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren überhaupt eine spezielle Norm geschaffen, welche die ZPO nicht ergänzt, sondern vielfach aushebelt? Weshalb wurden Relikte der ZPO-SO bewahrt, die im Widerspruch zur ZPO stehen?

De lege ferenda: Diese Diskussion muss der Gesetzgeber führen. Statt die bestehende, nicht befriedigende Systematik des VRG zum verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren laufend zu ergänzen, verdiente dieses Verfahren eine eigene, auf der ZPO basierende tragfähigere Lösung, welche das Verfahren detailliert regelt. Ob sich diese Lösung dann am vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO oder dem ordentlichen Verfahren orientieren wird, ist ebenfalls eine interessante Frage. Sofern es gute Gründe gäbe, die Eventualmaxime abzuschwächen oder die Untersuchungsmaxime vorzusehen, böte dieses vereinfachte Verfahren eine Option. Denkbar wäre zudem, die Streitwertgrenzen der ZPO zu übernehmen und damit auch im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren vorzusehen, das vereinfachte *und* das ordentliche Verfahren anzuwenden. Immerhin ist der Streitwert ein wesentliches Instrument, den prozessualen Aufwand des Gerichts und der Parteien höher oder tiefer zu halten. Für die Parteien ist es erst recht unbefriedigend, wenn in Bezug auf das Kostenrisiko alles über den gleichen Leist geschlagen wird. Eine Überarbeitung der geltenden Regelung nach §§ 60 ff. VRG ist fällig. In diesem Verfahren soll mehr ZPO und weniger altes Prozessrecht zur Anwendung kommen.

Das Verwaltungsgericht braucht auch künftig Juristen wie Walter Straumann, die im Zivilprozess ebenso bewandert sind wie im Verwaltungsrecht.