

Markus Müller / Yannick Fuchs*

Behördenbeschwerde des Bundes

**- Bedingungen wirksamer Bundesaufsicht im Landwirtschaftsrecht und im bäu-
erlichen Bodenrecht -**

Gutachten zuhanden des Bundesamts für Landwirtschaft, Schwarzenburgstrasse 165, 3003
Bern

Bern, 17. November 2022

Prof. Dr. Markus Müller

Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht
sowie öffentliches Verfahrensrecht

Tel. +41 (0)31 684 88 94 (Sekretariat)
E-Mail: markus.mueller@oefre.unibe.ch

Yannick Fuchs

BLaw, Hilfsassistent

Tel. +41 (0)31 684 45 98
E-Mail: yannick.fuchs@oefre.unibe.ch

Schanzeneckstrasse 1
Postfach 3444
CH-3001 Bern
www.oefre.unibe.ch

* Die Autoren danken LORENA BUR, MLaw, für die aufmerksame Durchsicht des Gutachtens.

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen: Auftrag und Fragestellung.....	3
II. Ausgangslage	4
1. Bundesaufsicht.....	4
1.1. Bundesaufsicht als Pflicht.....	4
1.2. Massnahmen der Bundesaufsicht.....	5
1.3. Bundesaufsicht mittels Beschwerdeführung	7
2. Fehlende Eröffnung kantonaler Verfügungen als Aufsichtshindernis	8
2.1. Zwei Problemkonstellationen.....	8
2.2. Eintritt der formellen Rechtskraft	9
a. ... im Allgemeinen	9
b. ... bei fehlender Eröffnungspflicht	10
3. Exkurs: Bundesrechtskonformität der Verordnung?	11
4. Fazit und Überleitung	12
III. Aufsichtsrechtliche Informationsbeschaffung.....	13
1. Aufsichtsrechtliches Zustellungsbegehren	13
1.1. Gesetzliche Grundlage	13
1.2. Rechtliche Charakterisierung.....	15
1.3. Einwand des Amtsgeheimnisses	16
2. Gesuch um Beteiligung am (laufenden) Verfahren.....	17
IV. Aufsichtsrechtliche Wiedereröffnung eines Verfahrens	18
1. Wiedereröffnung des Verfahrens als repressive Aufsichtsmassnahme	18
1.1. Gesetzliche Grundlage	18
1.2. Rechtliche Charakterisierung.....	19
2. Analoge Anwendung des Wiedererwägungs- und Widerrufsverfahrens.....	20
2.1. Wiederaufnahmeverfahren des Kantons Bern	21
a. Verfahrensrechtlicher Prüfschritt	21
b. Materiellrechtlicher Prüfschritt	22
2.2. Aufsichtsrechtliche Wiedereröffnung eines Verfahrens.....	23
a. Verfahrensrechtlicher Prüfschritt	23
b. Materiellrechtlicher Prüfschritt	26
c. Abschluss der materiellen Prüfung	28
d. Schadenersatzpflicht	28
V. Beantwortung der Gutachtensfragen	29
Literaturverzeichnis	32
Materialienverzeichnis.....	34

I. Vorbemerkungen: Auftrag und Fragestellung

- 1 Das Bundesamt für Landwirtschaft beauftragte die Unterzeichnenden am 11. April 2022 mit der Erstellung eines *Gutachtens* zu folgenden Fragen:
- (1) Wann erwachsen erstinstanzliche kantonale Verfügungen für Bundes(aufsichts)behörden in formelle Rechtskraft?
 - (2) Kann eine Bundes(aufsichts)behörde trotz fehlender Eröffnungspflicht von einer kantonalen Behörde verlangen, dass ihr gewisse Verfügungen und Entschiede künftig dennoch eröffnet werden? Oder kann sich die Bundesbehörde lediglich in bereits laufenden Verfahren nachträglich als Partei konstituieren?
 - (3) Angenommen, der Bundesbehörde stehen die in Frage 2 erwähnten Aufsichtsmassnahmen (Zustellungsbegehren; Verfahrenseteiligung) im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenz grundsätzlich zur Verfügung: Unter welchen Voraussetzungen dürfen die Kantone sich ihnen entgegenstellen?
 - (4) Kann die zuständige Bundesbehörde eine bereits in formelle Rechtskraft erwachsene erstinstanzliche kantonale Verfügung noch anfechten? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?
- 2 Zur Beantwortung der gestellten Fragen ist zunächst die Ausgangslage bzw. Grundproblematik (fehlende Eröffnung erstinstanzlicher kantonalen Verfügungen) darzustellen (II.). Ausgehend davon wird sodann der zentralen Frage nachgegangen, wie die zuständigen Bundesbehörden rechtlich in die Lage versetzt werden können – trotz fehlender Eröffnungspflicht –, ihre Aufsichtspflicht effektiv wahrzunehmen (III./IV.). Gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse werden abschliessend die eingangs aufgelisteten Gutachtensfragen in geraffter Form beantwortet (V.).

II. Ausgangslage

1. Bundesaufsicht

1.1. Bundesaufsicht als Pflicht

- 3 Der Bund hat gemäss Art. 49 Abs. 2 BV¹ über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu wachen (Bundesaufsicht²). Er ist mit anderen Worten nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beaufsichtigen.³ Das Ziel der Bundesaufsicht liegt darin, die *korrekte Anwendung des Bundesrechts* durch die Kantone zu gewährleisten.⁴ Sie wird von Amtes wegen, fortlaufend und umfassend ausgeübt.⁵
- 4 Die Bundesaufsicht ist *Verbandsaufsicht*.⁶ Sie erfasst das ganze Spektrum des kantonalen Staatshandelns, d.h. die Rechtsetzung, die Rechtsanwendung (sowohl in der Form des rechtlichen [Rechtsakte] als auch des tatsächlichen Handelns [Realakte]) sowie – mit gewissen Einschränkungen – die Rechtsprechung.⁷ Dabei ist unerheblich, ob der Kanton im autonomen oder übertragenen Wirkungskreis handelt.⁸ Allerdings gilt es zu beachten, dass der Bund sich im autonomen Wirkungskreis des Kantons grundsätzlich auf eine *Rechtmässigkeitskontrolle* zu beschränken hat, wohingegen er im übertragenen Wirkungskreis unter Umständen auch eine *Angemessenheitskontrolle* vornehmen darf.⁹

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

² Die Bundesaufsicht i.w.S. umfasst die nichtgerichtliche Tätigkeit des Bundes, mit der er sicherstellt, dass die Kantone die ihnen auferlegten Aufgaben erfüllen. Die Bundesaufsicht i.e.S. (auch: Vollzugsföderalismus) bezeichnet die nichtgerichtliche Tätigkeit, mit der der Bund sicherstellt, dass die Kantone das Bundesrecht umsetzen (Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1998, VPB 64.24, Ziff. I.).

³ BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 33; MÜLLER/JENNI, S. 7; siehe auch Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31. August 2004, VPB 69.1, Ziff. I.

⁴ Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1998, VPB 64.24, Ziff. II.

⁵ Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1998, VPB 64.24, Ziff. XI. und XII.; BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 40, bezeichnet die Bundesaufsicht als «permanente und umfassende Kontrolltätigkeit, die sich aus den Elementen der Beobachtung und der Intervention (*Massnahmen*) zusammensetzt».

⁶ TSCHANNEN, Rz. 964; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 767; BV-BIAGGINI, Art. 49 N 19 und 22.

⁷ BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 39; erfasst werden nicht nur Handlungen, sondern auch Unterlassungen (TSCHANNEN, Rz. 967; siehe auch SGK BV-RUCH, Art. 49 N 26 und Art. 186 N 16).

⁸ TSCHANNEN, Rz. 967; BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 39.

⁹ TSCHANNEN, Rz. 965 und 968 (mit einer Auflistung der Ausnahmen); ferner BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 41. Ähnlich äussert sich BV-BIAGGINI, Art. 49 N 23, der eine *Zweckmässigkeitskontrolle* im übertragenen Wirkungskreis der Kantone nicht prinzipiell ausschliesst; siehe auch HÄFFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER, Rz. 1208, wonach eine Ermessenskontrolle dem Bund nur zusteht, wenn dies sachgesetzlich vorgesehen ist.

5 Die Zuständigkeit für die Bundesaufsicht liegt grundsätzlich beim Bundesrat,¹⁰ wobei er seine Aufsichtsbefugnisse – unter Einhaltung des Legalitätsprinzips und unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen¹¹ – auch an Departemente oder Bundesämter delegieren darf.¹² Im vorliegend interessierenden Kontext sind das Bundesamt für Justiz (BJ) sowie das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) mit der Aufsichtsaufgabe betraut (dazu Rz. 13 und 14).

1.2. Massnahmen der Bundesaufsicht

6 Aufsichtsmaßnahmen lassen sich allgemein in *zwangsbewehrte* Massnahmen (sog. Bundesexekution) und Vorkehrungen *ohne Zwangscharakter* unterteilen.¹³ Weiter lassen sich die Massnahmen der Bundesaufsicht nach ihrem Inhalt und ihrer Wirkungsweise unterscheiden: Gewisse Aufsichtsinstrumente dienen der *Informationsbeschaffung* (bspw. Einfordern von Berichten oder Akten, Durchführung von Inspektionen), andere wiederum ermöglichen der Bundesbehörde bei Bedarf zu *intervenieren* bzw. regulierend einzuwirken (z.B. Weisungen an kantonale Behörden, Kassation eines kantonalen Rechtsanwendungsaktes).¹⁴ Vereinzelt vereinen Aufsichtsinstrumente beides, d.h. sowohl eine Informationsbeschaffungs- als auch eine Interventionskomponente. Hierzu zählt namentlich das Einfordern kantonalen Akte zwecks Wahrnehmung des Beschwerderechts.¹⁵

7 Funktionell betrachtet lassen sich Aufsichtsmaßnahmen sodann in *präventive* oder *repressive* Massnahmen unterteilen. Präventive Massnahmen sollen Verletzungen des Bundesrechts vermeiden und die Kantone zur bundesrechtskonformen Erfüllung ihrer Aufgaben anhalten. Repressive Massnahmen hingegen dienen regelmässig der Beseitigung bereits eingetretener Bundesrechtswidrigkeiten in den Kantonen.¹⁶

8 Zu den gängigen Aufsichtsmaßnahmen zählen namentlich:¹⁷

- Berichterstattungspflichten der Kantone an den Bund;

¹⁰ Art. 182 Abs. 2 i.V.m. Art. 186 Abs. 4 BV.

¹¹ Vgl. z.B. Art. 47 Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010), wonach der Bundesrat selbst über wichtige Geschäfte zu entscheiden hat.

¹² Art. 178 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 43 Abs. 2 und 47 Abs. 2 RVOG; TSCHANNEN, Rz. 969 ff. Zu den Delegationsvoraussetzungen ausführlicher BV-BIAGGINI, Art. 49 N 21; vgl. auch BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 37. Zu beachten ist, dass das Selbsteintrittsrecht der übergeordneten Bundesverwaltungsbehörde stets vorbehalten bleibt, d.h. sie darf das einer ihr unterstellten Behörde eingeräumte Beschwerderecht jederzeit selbst wahrnehmen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1493).

¹³ Vgl. TSCHANNEN, Rz. 974; die zwangsbewehrten Aufsichtsmaßnahmen interessieren an dieser Stelle nicht weiter (zur Bundesexekution siehe TSCHANNEN, Rz. 989 ff.; nach BV-BIAGGINI, Art. 49 N 25, ist umstritten, ob die Bundesexekution Teil der Bundesaufsicht oder ein eigenständiges Rechtsinstitut ist). Vgl. auch BV-BIAGGINI, Art. 49 N 24, wonach sich die Aufsichtsmaßnahmen nach der Art der Einwirkung in Aufsicht i.e.S., Selbsteintritt des Bundes (Ersatzvornahme) und eigentliche Bundessanktionen dreiteilen lassen.

¹⁴ Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1998, VPB 64.24, Ziff. XIII.; Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31. August 2004, VPB 69.1, Ziff. II.D.3.

¹⁵ Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1998, VPB 64.24, Ziff. XIII.

¹⁶ Zum Ganzen BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 40 ff. Vgl. auch JAAG, *Staatsrecht*, § 15 Rz. 17 ff.

¹⁷ TSCHANNEN, Rz. 977 ff.; vgl. auch SGK BV-RUCH, Art. 186 N 19 m.w.H.

- Durchführung von Untersuchungen in den Kantonen;
- Weisungen und Vollzugshilfen;
- Genehmigung von kantonalen Erlassen;
- Behördenbeschwerden und Klagen;
- Kassation kantonalen Rechtsanwendungsakte ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens.

- 9 Ein *numerus clausus* möglicher Aufsichtsmaßnahmen existiert nicht.¹⁸ Letztlich ist im Einzelfall zu bestimmen, welche Art und Intensität aufsichtsrechtlicher Intervention angemessen ist.¹⁹ Dabei ist zu beachten, dass die Bundesaufsicht gemäss neuerer Bundesrechtspflege primär mithilfe von ordentlichen Rechtsmitteln sichergestellt werden soll.²⁰
- 10 Bei ihrer Aufsichtstätigkeit haben sich die Bundesbehörden zunächst an das Legalitätsprinzip zu halten.²¹ Dabei genügt es grundsätzlich, wenn die Aufsicht als solche in der Verfassung oder im Sachgesetz statuiert wird; daraus lassen sich konkrete Aufsichtsmittel ableiten.²² Dementsprechend ist Art. 186 Abs. 4 BV als rechtliche Grundlage für die meisten Aufsichtsmaßnahmen des Bundes(rats) ausreichend.²³ Für Aufsichtsmaßnahmen, die lediglich der Informationsbeschaffung dienen, kann sodann Art. 44 Abs. 2 BV als Rechtsgrundlage genügen.²⁴ Für gewisse Aufsichtsmaßnahmen, wie beispielsweise die Genehmigung kantonalen Erlasses oder die Behördenbeschwerde/Klage, ist indes eine spezifische sachgesetzliche Grundlage erforderlich.²⁵ Weiter muss die zur Anwendung gelangende Aufsichtsmaßnahme einem öffentlichen Interesse entsprechen. Ein solches dürfte regelmässig in der Durchsetzung des Bundesrechts bzw. in der Beseitigung eines bundesrechtswidrigen Zustands liegen. Schliesslich haben sich die Behörden bei der Wahl und Modalität des aufsichtsrechtlichen Instruments stets an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu halten.²⁶ Demzufolge haben sie gegen einen kantonalen Akt primär ordentliche Rechts-

¹⁸ BV-BIAGGINI, Art. 49 N 24; SCHULTHESS/WIEDERKEHR, S. 184 und 187 m.w.H.

¹⁹ So ähnlich bereits GYGI, S. 222.

²⁰ BBl 2001, 4349 (mit Hinweisen auf die Bundesgesetzgebung); dieser Wille kommt zudem in allgemeiner Weise in Art. 111 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) zum Ausdruck, wonach sich die Bundesbehörde an jedem kantonalen Verfahren beteiligen können muss, wenn sie dies beantragt. Vgl. auch Rz. 11.

²¹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV. Betreffend die Anforderungen an das Legalitätsprinzip im Bereich der Bundesaufsicht werden in der Literatur unterschiedliche Standpunkte vertreten. Eine Übersicht findet sich bei SCHULTHESS/WIEDERKEHR, S. 181 ff.

²² Vgl. hierzu die Nachweise bei SCHULTHESS/WIEDERKEHR, S. 187.

²³ TSCHANNEN, Rz. 975; nach KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 767, vertritt die h.L. diese Auffassung (vgl. hierzu auch das Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31. August 2004, VPB 69.1, Ziff. II.D.2., mit Nachweisen zur h.L.); a.M. wohl SCHULTHESS/WIEDERKEHR, S. 206 ff., die eine besondere gesetzliche Grundlage für die in der Praxis anerkannten Aufsichtsmaßnahmen fordern.

²⁴ BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44 N 28 und BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 43.

²⁵ Vgl. Art. 186 Abs. 2 BV; TSCHANNEN, Rz. 975 m.w.H.; BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 43.

²⁶ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV. In die Interessenabwägung können namentlich auch staatspolitische Erwägungen einfließen (TSCHANNEN, Rz. 976 m.w.H.); gl.M. SGK BV-RUCH, Art. 186 N 24, wonach

mittel zu ergreifen. Nur wenn dies nicht mehr möglich ist oder damit nicht der gewünschte Erfolg erzielt werden kann (z.B. aufgrund des konkreten Streitgegenstands²⁷), darf eine aufsichtsrechtliche Kassation in Erwägung gezogen werden (*ultima ratio*).²⁸

1.3. Bundesaufsicht mittels Beschwerdeführung

- 11 Wie zuvor erwähnt, ist der ordentliche Beschwerdeweg das (*Aufsichts-*)*Mittel der Wahl*.²⁹ Dementsprechend hat der Bundesgesetzgeber im BGG explizit vorgesehen, dass die Bundesaufsicht (auch) durch die Verfahrensbeteiligung und durch das Einlegen von Rechtsmitteln wahrgenommen werden kann: Nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG sind die Bundeskanzlei, die Departemente oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen berechtigt, beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabebereich verletzen kann. Bundesbehörden, die zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt sind, müssen sich gemäss Art. 111 Abs. 1 und 2 BGG am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können. Sie können dabei die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich auf Antrag hin vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen.³⁰ Dies setzt freilich voraus, dass die zuständigen Bundesbehörden von den entsprechenden kantonalen Verfahren und den daraus resultierenden Akten überhaupt Kenntnis erlangen. Bundes(aufsichts)behörden dürfen im Rahmen der Behördenbeschwerde nach Art. 89 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 111 Abs. 2 BGG im kantonalen Verfahren nur Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn sie Vermögensinteressen verfolgen oder unnötige Kosten verursacht haben.³¹
- 12 Gemäss Art. 112 Abs. 4 BGG bestimmt der Bundesrat für die Gebiete, in denen Bundesbehörden zur Beschwerde berechtigt sind, welche Entscheide ihnen die kantonalen Behörden zu eröffnen haben. Gestützt auf diese Delegationsnorm hat der Bundesrat in seiner

sich der Bundesrat bei der Wahl des Aufsichtsinstruments von staatspolitischen Überlegungen zu leiten habe; es gelte «eine Art verfassungsrechtliches Opportunitätsprinzip».

²⁷ Vgl. dazu TSCHANNEN, Rz. 986.

²⁸ BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 44; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 768 f. Zum Verhältnis zwischen aufsichtsrechtlicher Kassation und gerichtlicher Intervention siehe TSCHANNEN, Rz. 976 und 985 ff.; die Kassation wird in der Lehre allerdings teilweise für unzulässig erachtet (vgl. hierzu die Nachweise bei BV-BIAGGINI, Art. 49 N 25).

²⁹ Die Behördenbeschwerde des Bundes genießt Priorität gegenüber anderen Aufsichtsmitteln, wie beispielsweise der Kassation (siehe Urteil des BGer 2C_1038/2020 vom 15. März 2022 E. 3.3.1 m.w.H.). Mit der Behördenbeschwerde wird sozusagen das Rechtsschutzsystem für Aufsichtszwecke instrumentalisiert (BV-BIAGGINI, Art. 49 N 18); ähnlich KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 1470, wonach die Behördenbeschwerde die Aufsichtsfunktion des öffentlichen Verfahrensrechts verwirklicht. Vgl. auch die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 24.

³⁰ Die Behördenbeschwerde des Bundes ist zum einen *abstrakt*, weil sie kein besonderes Berührtsein erfordert und zum anderen (entgegen von Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG) *autonom* (Urteil des BGer 2C_1038/2020 vom 15. März 2022 E. 3.3.2; vgl. auch Rz. 31).

³¹ Urteil des BGer 2C_1038/2000 vom 15. März 2022 E. 3.3.7 f.

Ausführungsverordnung den Grundsatz festgelegt, dass die kantonalen Behörden den beschwerdeberechtigten Bundesbehörden lediglich *letztinstanzliche* kantonale Entscheide eröffnen müssen.³²

- 13 Im vorliegend interessierenden Bereich des *bäuerlichen Bodenrechts*³³ und des *landwirtschaftlichen Pachtrechts*³⁴ sind das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) bzw. das BJ für die Aufsicht federführend verantwortlich. Letztinstanzliche kantonale Entscheide, die sich entweder auf das BGBB oder das LPG stützen, sind somit dem EJPD mitzuteilen bzw. dem BJ zu eröffnen.³⁵ Das BJ ist sodann berechtigt, gegen sie Beschwerde beim Bundesgericht einzulegen.³⁶
- 14 Im Bereich des *Landwirtschaftsrechts*³⁷ liegt die Zuständigkeit und Beschwerdeberechtigung hingegen beim BLW.³⁸ Im Unterschied zum BGBB sieht das LwG jedoch vor, dass dem zuständigen Bundesamt (konkret dem BLW) grundsätzlich sämtliche kantonalen Verfügungen, die sich auf das LwG oder auf eine seiner Ausführungserlasse stützen, sofort und unentgeltlich zuzustellen sind.³⁹ Somit besteht im *Landwirtschaftsrecht* von Gesetzes wegen eine Eröffnungspflicht für sämtliche kantonalen Verfügungen und Entscheide; der Sachgesetzgeber ist hier explizit von der in der obgenannten bundesrätlichen Verordnung statuierten allgemeinen Regel abgewichen und hat damit, aus welchen Gründen auch immer, eine Differenz zum *bäuerlichen Bodenrecht* geschaffen.

2. Fehlende Eröffnung kantonalen Verfügungen als Aufsichtshindernis

2.1. Zwei Problemkonstellationen

- 15 Wie dargelegt, haben die kantonalen Behörden dem BJ im Anwendungsbereich des BGBB lediglich ihre letztinstanzlichen Entscheide zu eröffnen. Dadurch wird das BJ an der Wahrnehmung seiner Aufsichtstätigkeit gehindert. Zwei Konstellationen sind zu unterscheiden:
- Oftmals wird gegen erstinstanzliche kantonale Verfügungen kein Rechtsmittelverfahren in Gang gesetzt, weshalb das BJ von solchen Verfügungen in der Regel überhaupt

³² Art. 1 lit. c der Verordnung über die Eröffnung letztinstanzlicher kantonalen Entscheide in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 8. November 2006 (SR 173.110.47). Von dieser Eröffnungspflicht bestehen gemäss Art. 2 der Verordnung gewisse Ausnahmen. Diese sind vorliegend indessen nicht einschlägig.

³³ Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB; SR 211.412.11) und Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (VBB; SR 211.412.110).

³⁴ Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (LPG; SR 221.213.2) und Verordnung über die Bemessung des landwirtschaftlichen Pachtzinses vom 11. Februar 1987 (PZV; SR 221.213.221).

³⁵ Vgl. Art. 88 Abs. 2 BGBB und Art. 5 Abs. 2 VBB.

³⁶ Art. 5 Abs. 1 VBB i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG.

³⁷ Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (LwG; SR 910.1).

³⁸ Vgl. Art. 7 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vom 14. Juni 1999 (OV-WBF; SR 172.216.1) i.V.m. Art. 166 LwG.

³⁹ Vgl. Art. Art. 166 Abs. 3 und 4 LwG.

keine Kenntnis erhält. Dies verunmöglicht es ihm, von seiner Beschwerdebefugnis Gebrauch zu machen und damit seiner Aufsichtspflicht nachzukommen.

- Zuweilen erhält das BJ *zufälligerweise* gleichwohl *Kenntnis* von einer erstinstanzlichen kantonalen Verfügung. Es stellt sich dann jeweils die Frage, ob diese mittlerweile in formelle Rechtskraft erwachsen ist und wenn ja, ob und wie (d.h. mit welchem Rechtsmittel) sie noch angefochten werden kann. Mit dieser aufsichtsrechtlichen Problematik wird in der kantonalen Gerichtspraxis unterschiedlich umgegangen. Vereinzelt haben kantonale Gerichte die Anfechtung einer (bereits rechtskräftigen) Verfügung für zulässig erachtet und sind auf die entsprechende Beschwerde eingetreten. Unklar ist, wie die übrigen Kantone mit dieser Frage verfahren (sollen). In der Literatur wurde diese Frage, soweit ersichtlich, noch nicht thematisiert. Dieser Zustand der Rechtsunsicherheit erscheint unbefriedigend.

- 16 Bevor nach Lösungen gesucht wird, um die aufsichtsrechtlich unbefriedigende Situation zu beheben, soll vorgängig geklärt werden, in welchem Zeitpunkt kantonale Verfügungen für Bundes(aufsichts)behörden in formelle Rechtskraft erwachsen.

2.2. Eintritt der formellen Rechtskraft ...

a. ... im Allgemeinen

- 17 Eine Verfügung (oder ein Beschwerdeentscheid) wird formell rechtskräftig, wenn sie «mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann».⁴⁰ Dies ist namentlich dann der Fall, wenn innert der Rechtsmittelfrist kein ordentliches Rechtsmittel erhoben wird oder auf die Erhebung eines solchen Rechtsmittels ausdrücklich verzichtet wurde.⁴¹
- 18 Die Rechtsmittelfrist beginnt grundsätzlich im Zeitpunkt der ordnungsgemässen Zustellung bzw. Eröffnung der Verfügung zu laufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Adressat den Verfügungsinhalt tatsächlich zur Kenntnis genommen hat oder nicht.⁴² Verfügungen sind jeweils sämtlichen Parteien zu eröffnen, d.h. nicht nur den materiellen Verfügungsadressaten,⁴³ sondern auch den beschwerdeberechtigten Dritten.⁴⁴ Erfolgt die Eröffnung nicht ordnungsgemäss, liegt ein sog. *Eröffnungsmangel* vor, der den Fristenlauf unter Umständen hemmen kann.⁴⁵

⁴⁰ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 824; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1091.

⁴¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 825; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1092.

⁴² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1067; MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 110 f.

⁴³ Materieller Verfügungsadressat ist, wer aus dem durch die Verfügung geregelten Rechtsverhältnis berechtigt oder verpflichtet werden soll (GYGI, S. 148). Zum Begriff des materiellen und formellen Verfügungsadressaten siehe auch MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 40.

⁴⁴ Vgl. z.B. Art. 12 i.V.m. Art. 65 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21); siehe hierzu auch PFLÜGER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 65 N 26 ff. Das gilt im Übrigen auch für das Verfahren vor den kantonalen Verwaltungsgerichten und Bundesbehörden (vgl. Art. 6 i.V.m. Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]).

⁴⁵ Nach einem allgemeinen Grundsatz des öffentlichen Prozessrechts darf den Parteien aus *mangelhafter Eröffnung* kein Nachteil erwachsen (vgl. dazu statt vieler DAUM, *Komm. VRPG/BE*, Art. 44 N

- 19 Die Verfügung wird mit Eintritt der formellen Rechtskraft einerseits rechtsbeständig⁴⁶ und andererseits vollstreckbar.⁴⁷ Demgemäss können nach Eintritt der formellen Rechtskraft nur noch ausserordentliche Rechtsmittel (und Rechtsbehelfe), wie beispielsweise die Wiedererwägung bzw. der Widerruf einer Verfügung oder die Revision eines Beschwerdeentscheids, ergriffen werden.⁴⁸
- 20 Wie bereits dargelegt, hat der Bundesrat die Eröffnungspflicht für kantonale Entscheide auf *letztinstanzliche* beschränkt und es wurde im Bereich des hier interessierenden BGGB spezialrechtlich nicht davon abgewichen (Rz. 12 ff.). Es stellt sich daher die Frage, wann die Rechtsmittelfrist für die zuständige Bundes(aufsichts)behörde, der, im Einklang mit den einschlägigen Vorschriften, erstinstanzliche Verfügungen nicht eröffnet wurden und auch nicht eröffnet werden mussten, zu laufen beginnt.

b. ... bei fehlender Eröffnungspflicht

- 21 Im Anwendungsbereich des BGGB und des LPG sind dem BJ gemäss Art. 5 Abs. 2 VBB lediglich *letztinstanzliche* kantonale Entscheide zuzustellen. Kantonale Behörden sind demnach nicht verpflichtet, ihm *erstinstanzliche* Verfügungen, die sich auf das BGGB stützen, zu eröffnen. Geht man davon aus, dass die Vorschrift nach Art. 5 Abs. 2 VBB dem Willen des Gesetzgebers entspricht,⁴⁹ kann das Unterbleiben der Zustellung einer erstinstanzlichen Verfügung an das BJ nicht als Eröffnungsmangel qualifiziert werden. Für dieses beginnt die Rechtsmittelfrist folglich am selben Tag zu laufen wie für die andere(n) am Verfahren beteiligte(n) Partei(en).

50; siehe dazu auch Art. 38 VwVG). Aus diesem Grund entfaltet eine nicht oder nicht formgerecht eröffnete Verfügung für die Adressaten grundsätzlich keine materiellen Rechtswirkungen und löst auch keine Rechtsmittelfrist aus (TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 755 f.). Demgemäss beginnt die Rechtsmittelfrist einer nicht ordnungsgemäss eröffneten Verfügung für die beschwerdeberechtigte Bundesbehörde erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zu laufen (BGE 116 Ib 321 E. 3a; vgl. auch Urteil des BGer 1C_238/2021 vom 27. April 2022 E. 1.3.1). Dafür muss sie im Besitze aller für die Wahrung ihrer Rechte notwendigen Unterlagen sein (vgl. BGE 102 Ib 91 E. 3; vgl. dazu auch Urteil des BGer 9C_791/2010 vom 10. November 2010 E. 4.2.).

⁴⁶ Eine rechtsbeständige (d.h. formell rechtskräftige) Verfügung darf «nur mehr unter bestimmten Voraussetzungen einseitig aufgehoben oder zum Nachteil des Adressaten abgeändert werden» (BGE 137 I 69 E. 2.2). Rechtsbeständigkeit ist indessen nicht mit der *materiellen Rechtskraft* zu verwechseln (siehe hierzu TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 827 f.); vgl. allerdings GRIFFEL, Rz. 219, der den Begriff der «Rechtsbeständigkeit» ablehnt. Zum Begriff der materiellen Rechtskraft siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1093 ff.; erstinstanzliche (kantonale) Verfügungen werden – im Unterschied zu Beschwerdeentscheiden – grundsätzlich nicht materiell rechtskräftig (WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 167 f.; GRIFFEL, Rz. 219).

⁴⁷ Vgl. Art. 39 lit. a VwVG.

⁴⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 838 ff. und 843 ff. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1213 ff., die jedoch eine unterschiedliche Terminologie verwenden; dazu beispielhaft Art. 56 ff. («Wiederaufnahme») und Art. 95 ff. VRPG/BE («Revision»). Zur uneinheitlichen Terminologie in der Literatur siehe TANNER, Rz. 4 ff.; ferner WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 171 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 841 ff. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 2016, wollen beispielsweise statt «Wiedererwägung» von «Neuerwägung» oder «Anpassung» sprechen.

⁴⁹ Vgl. aber nachfolgend Rz. 23 ff.

- 22 Für den Anwendungsbereich des BGG und LPG hat dies zur Folge, dass das beschwerdeberechtigte BJ von nicht angefochtenen (positiv-begünstigenden) Verfügungen, wenn überhaupt, häufig erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Kenntnis erhält. Infolgedessen kann es sein Beschwerderecht und damit seine Aufsichtspflicht nicht mehr mittels ordentlicher Rechtsmittel wahrnehmen. Anders verhält es sich nur, wenn die zuständige Bundesbehörde auf dem Weg der aufsichtsrechtlichen Informationsbeschaffung Kenntnis von der Verfügung erhält (nachfolgend Rz. 30 ff.). Sollte einem entsprechenden Ersuchen seitens der kantonalen Behörde zu Unrecht nicht Folge gegeben werden, wäre dies als Eröffnungsmangel zu qualifizieren (vgl. Rz. 18 und 30 ff.).

3. Exkurs: Bundesrechtskonformität der Verordnung?

- 23 Wie gezeigt, bildet die bundesrätliche Verordnung, welche eine Eröffnungspflicht nur hinsichtlich letztinstanzlicher kantonalen Entscheide vorsieht, Quelle der eingangs geschilderten Aufsichtsproblematik (vorne Rz. 15). Dies rechtfertigt es im Rahmen eines kurzen Exkurses darüber nachzudenken, ob die Verordnung überhaupt bundesrechtskonform ist.⁵⁰ Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – bislang nie ausdrücklich zu dieser Frage geäußert; es geht aber implizit von der Gesetzeskonformität aus.⁵¹ Auch die herrschende Lehre scheint die Verordnung (zumindest implizit) als bundesrechtskonform zu betrachten.⁵²
- 24 Bei der Umsetzung des Art. 112 Abs. 4 BGG hatte der Bundesrat folgende Überlegungen zu berücksichtigen: Auf der einen Seite soll die Bundesaufsicht nach dem Willen des Bundesgesetzgebers primär mithilfe von Rechtsmitteln sichergestellt werden.⁵³ Für die zuständige Bundesbehörde ist daher unabdingbar, dass sie von entsprechenden anfechtbaren Akten überhaupt Kenntnis erhält. Auf der anderen Seite stand die Befürchtung im Raum, dass eine Ausweitung der Eröffnungspflicht, welche namentlich auch erstinstanzliche Verfügungen erfasst, die Bundesbehörden überfluten könnte.⁵⁴ Diese Befürchtung erscheint im Lichte der aktuellen technischen (insbesondere digitalen) Möglichkeiten kaum mehr gerechtfertigt. Es sollte einer Bundesbehörde heute problemlos möglich sein, eingehende

⁵⁰ Hierzu hat sich bereits WALDMANN, *Beschwerdebefugnis*, S. 72, kritisch geäußert und die Verordnung über die Eröffnung letztinstanzlicher kantonalen Entscheide als bundesrechtswidrig bezeichnet.

⁵¹ Vgl. etwa Urteil des BGer 2C_50/2017 vom 22. August 2018 E. 3.2.2; BGE 136 II 359 E. 1.2.

⁵² Vgl. hierzu die Ausführungen der folgenden Autoren: BSK BGG-EHRENZELLER, Art. 111 N 12 und Art. 112 N 23; PK BGG-DOLGE, Art. 111 N 8 f. und Art. 112 N 13; SHK BGG-SEILER, Art. 111 N 12 und Art. 112 N 52; CORBOZ, *Commentaire de la LTF*, Art. 111 N 23a und Art. 112 N 62 ff.; so auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1496, die allerdings einräumen, dass die Beschränkung der Eröffnungspflicht das integrale Beschwerderecht schwächt.

⁵³ Hierzu bereits Rz. 9 und 11.

⁵⁴ BBl 2001, 4349.

kantonale Entscheide und Verfügungen nach deren bundesrechtlichen Relevanz zu triagieren und in der Folge nur noch ausgewählte Fälle auf ihre Bundesrechtskonformität hin zu prüfen. Das sollte ohne eine grössere Überlastung zu leisten sein.⁵⁵

- 25 Die Beschränkung der Eröffnungspflicht auf letztinstanzliche kantonale Entscheide erscheint nach dem Gesagten problematisch. Die Bundesbehörden können in vielen Fällen mangels Kenntnis von erstinstanzlichen Verfügungen ihrer Aufsichtspflicht faktisch nicht nachkommen (vorne Rz. 21 f.). Soll die Bundesaufsicht nicht zum toten Buchstaben verkommen, müsste eine Eröffnungspflicht auch für erstinstanzliche kantonale Verfügungen vorgesehen werden. Eine entsprechende Anpassung des Art. 5 Abs. 2 VBB wäre im Übrigen nichts Ungewöhnliches. Denn wie bereits erwähnt, hat der Sachgesetzgeber in Art. 166 Abs. 4 LwG explizit eine andere Lösung gewählt. Wieso im Anwendungsbereich des BGGB etwas anderes gelten sollte, liegt nicht auf der Hand. Im Gegenteil: Kantonale Verfügungen, namentlich solche, welche das sog. Zerstückelungsverbot betreffen, stützen sich häufig sowohl auf das LwG als auch das BGGB. Folglich sind diese beiden Rechtsgebiete eng miteinander verknüpft, weshalb sich aus der Perspektive der Bundesaufsicht eine einheitliche Eröffnungspflicht aufdrängt.
- 26 Die derzeitige Rechtslage führt dazu, dass das BJ im Bereich des BGGB faktisch kaum je rechtzeitig sein behördliches Beschwerderecht ausüben und damit seine Aufsichtspflicht (Art. 111 BGG i.V. mit Art. 49 Abs. 2 BV) wahrnehmen kann. Nach hier vertretener Auffassung erscheint daher eine Anpassung von Art. 5 Abs. 2 VBB als der einfachste Weg, um eine wirksame Bundesaufsicht sicherzustellen.

4. Fazit und Überleitung

- 27 Das weitläufige Beschwerderecht gemäss BGG gibt dem BJ im Bereich des *bäuerlichen Bodenrechts* und *landwirtschaftlichen Pachtrechts* ein Instrument zur Vollzugskontrolle des Bundesrechts in die Hand.⁵⁶ Diese Kontrolle kann aber nur dann wirksam erfolgen, wenn die zuständige Bundes(aufsichts)behörde (rechtzeitig) von der Existenz einschlägiger kantonaler Verfügungen und Entscheide erfährt.⁵⁷ Dies ist, wie dargelegt, aufgrund der geltenden Rechtslage nicht gewährleistet.
- 28 Sollte die geltende Rechtslage, entgegen der eben dargelegten Einwände, nicht verändert werden, bleibt die Frage, ob und wenn ja wie die Bundesbehörde ihre Aufsichtspflicht auch unter diesen erschwerten Rahmenbedingungen wahrnehmen kann. Es ist mit anderen Worten nach Wegen zu suchen, die es dem BJ ermöglichen, von aufsichtsrelevanten Sachverhalten rechtzeitig Kenntnis zu erhalten.

⁵⁵ Davon scheint der Gesetzgeber auch auszugehen, hat er doch – jedenfalls in gewissen Bereichen, namentlich dem Landwirtschaftsrecht (vgl. Art. 166 Abs. 4 LwG) – ausdrücklich eine Eröffnungspflicht für sämtliche kantonalen Verfügungen und Entscheide vorgesehen. Es ist nicht ersichtlich, wieso dies im Anwendungsbereich des BGGB anders aussehen sollte.

⁵⁶ Vgl. Art. 89 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 111 BGG und Art. 5 Abs. 1 VBB.

⁵⁷ WALDMANN, *Beschwerdebefugnis*, S. 72.

- 29 Nachfolgend werden hierfür zwei mögliche Lösungsansätze skizziert:
- Die aufsichtsrechtliche Informationsbeschaffung (III.) und
 - die aufsichtsrechtliche Wiederaufnahme eines Verfahrens (IV.).

III. Aufsichtsrechtliche Informationsbeschaffung

- 30 Bundesbehörden können ihre Aufsicht nur wahrnehmen, wenn sie über den Gegenstand ihrer Aufsicht informiert werden. Wo dies nicht «automatisch» geschieht, müssen sie aufsichtsrechtlich befugt sein, die entsprechenden Informationen selbst zu beschaffen bzw. einzufordern; sie müssen mit anderen Worten über gewisse Informationsrechte verfügen. Hierzu bieten sich ihnen insbesondere zwei Wege an: Entweder sie verlangen von den kantonalen Behörden präventiv die (generelle oder partielle) Zustellung einschlägiger Verfügungen und Entscheide (Rz. 31 ff.)⁵⁸ oder aber sie beschränken sich darauf, sich punktuell in ein laufendes kantonales Verwaltungs- oder Verwaltungsbeschwerdeverfahren einzuschalten (Rz. 39 f.).

1. Aufsichtsrechtliches Zustellungsbegehren

1.1. Gesetzliche Grundlage

- 31 Aufgrund der einschlägigen Bestimmungen im BGG sind Bundesbehörden, die Beschwerde vor dem Bundesgericht führen können, berechtigt, kantonale Rechtsmittel zu ergreifen. Darüber hinaus dürfen sie auch vor jeder kantonalen Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörde beantragen, in ein laufendes Verfahren einbezogen zu werden.⁵⁹ Verzichten sie darauf, führt dies nicht zum Verlust des Beschwerderechts in nachfolgenden kantonalen oder eidgenössischen Rechtsmittelverfahren.⁶⁰ Anders gewendet: Die zuständige Bundesbehörde ist zur Teilnahme an allen Verfahren vor den kantonalen Vorinstanzen berechtigt, nicht aber verpflichtet.⁶¹
- 32 Gemäss der bundesrätlichen Botschaft zu Art. 111 BGG würde deren strikte Umsetzung dazu führen, dass kantonale Behörden den zuständigen Bundesbehörden sämtliche Entscheide mitteilen müssten, gegen die letztere Beschwerde beim Bundesgericht erheben können. Eine solche Lösung wäre aber – so die Einschätzung des Bundesrats – weder für die Kantone noch den Bund von Interesse, da die Bundesbehörden mit Entscheiden von

⁵⁸ Das Zustellungsbegehren kann sich entweder auf sämtliche Verfügungen und Beschwerdeentscheide aus dem beaufsichtigten Rechtsgebiet beziehen oder lediglich spezielle Anwendungsfälle betreffen. Vgl. hierzu auch Rz. 33.

⁵⁹ Art. 111 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG (vorne Rz. 11). Siehe dazu auch Urteil des BGer 2C_1038/2020 vom 15. März 2022 E. 3.3.2; BGE 136 II 359 E. 1.2; 135 II 338 E. 2.1; BSK BGG-EHRENZELLER, Art. 111 N 5 und 13; PK BGG-DOLGE Art. 111 N 7 f.; SHK BGG-SEILER, Art. 111 N 11; gl.M. auch CORBOZ, *Commentaire de la LTF*, Art. 111 N 16 ff.

⁶⁰ BBl 2001, 4350; BGE 136 II 359 E. 1.2 m.w.H.

⁶¹ SHK BGG-SEILER, Art. 111 N 10.

kantonalen Instanzen überflutet würden und die kantonalen Behörden bei jeder Verfahrenseröffnung prüfen müssten, ob und wenn ja welche Bundesbehörde beschwerdebefugt sei.⁶² Der Bundesrat hat sich deshalb gestützt auf Art. 112 Abs. 4 BGG grundsätzlich dafür entschieden, die Pflicht zur automatischen Eröffnung kantonalen Entscheide – spezialrechtliche Ausnahmen vorbehalten – auf *letztinstanzliche* zu beschränken (siehe Rz. 12). Das Absehen von einer allgemeinen *Eröffnungspflicht* für kantonale Verfügungen (und erstinstanzliche Beschwerdeentscheide) soll nun allerdings nicht heissen, dass die zuständige Bundesbehörde in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde bei Bedarf nicht verlangen darf, dass ihr kantonale Verfügungen oder erstinstanzliche Beschwerdeentscheide mitgeteilt werden. Sowohl in der bundesrätlichen Botschaft als auch in der Literatur wird diese Möglichkeit denn auch erwähnt.⁶³ Zuweilen ist eine Mitteilungs- bzw. Zustellungspflicht im Spezialgesetz auch explizit vorgesehen.⁶⁴

- 33 Nach hier vertretener Auffassung muss es der zuständigen Bundesbehörde im Lichte von Art. 49 Abs. 2 BV somit grundsätzlich freigestellt sein, ob und wenn ja inwieweit sie zwecks effektiver Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflicht die Zustellung kantonalen Akte verlangen will.⁶⁵ Einmal ganz abgesehen davon, dass es fraglich ist, ob deren Anzahl tatsächlich zu einer Überflutung führen würde, liegt es im Ermessen der Behörde, ob sie sich generell oder nur partiell (z.B. wenn die Anwendung besonders heikler Bundesrechtsnormen infrage steht) kantonale Verfügungen oder Entscheide zustellen lassen will.
- 34 Natürlich muss auch diese spezifische aufsichtsrechtliche Massnahme durch ein öffentliches Interesse legitimiert und verhältnismässig sein.⁶⁶ Das öffentliche Interesse besteht darin, dass die Bundesbehörde durch die Zustellung von kantonalen Verfügungen und Entscheiden in die Lage versetzt wird, ihre Aufsichtspflicht effektiv wahrzunehmen bzw. die richtige und einheitliche Anwendung des Bundesrechts zu gewährleisten. Sodann erweist

⁶² Zum Ganzen BBl 2001, 4349; BSK BGG-EHRENZELLER Art. 111 N 12 und WALDMANN, *Beschwerdebefugnis*, S. 72.

⁶³ BBl 2001, 4350; SHK BGG-SEILER, Art. 111 N 12. Es wäre nicht sinnvoll, «dass die Bundesbehörden in jedem Fall erst gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid Beschwerde erheben können, weil dadurch die Aufsichtsfunktion beeinträchtigt werden könnte und den kantonalen Gerichten die Möglichkeit genommen würde, eventuelle Verletzungen von Bundesrecht zu korrigieren» (SHK BGG-SEILER, Art. 111 N 10).

⁶⁴ Wie z.B. in Art. 166 Abs. 4 LwG (vgl. hierzu bereits Rz. 14); vgl. auch Art. 103 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11). Beachte auch Art. 46 Abs. 2 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1): Eine Verletzung der in Art. 46 Abs. 2 RPV statuierten Mitteilungs- bzw. Zustellungspflicht wird behandelt wie ein Eröffnungsfehler, d.h. die nicht eröffnete Verfügung bzw. der nicht eröffnete Entscheid erwächst gegenüber der zuständigen Bundesbehörde nicht in Rechtskraft (vgl. hierzu Urteil des BGer 1C_238/2021 vom 27. April 2022 E. 1.3.1).

⁶⁵ Die Vorstellung, dass die Zustellung kantonalen Verfügungen eine Bundesbehörde in ihrem Aufgabenbereich «überflutet», erscheint – angesichts der Digitalisierung und den Mitteln, die den Bundesbehörden zuweilen zur Verfügung stehen – überholt. Heute dürfte der Aufwand zur Durchsicht solcher Verfügungen dank den technischen Mitteln im Vergleich zum Jahre 2001 (d.h. zum Zeitpunkt der Botschaft zu Art. 111 BGG) erheblich geringer anfallen.

⁶⁶ Art. 5 Abs. 2 BV; vorne Rz. 10.

sich diese aufsichtsrechtliche Massnahme, insbesondere im Vergleich zum aufsichtsrechtlichen Wiedereröffnungsverfahren (nachfolgend Rz. 58 ff.), als milderer Mittel. Insoweit liegt es im Interesse des materiellen Verfügungsadressaten, dass eine für ihn begünstigende Verfügung gegebenenfalls bereits auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg angefochten wird (d.h. innert der üblichen Rechtsmittelfrist von 30 Tagen), und nicht erst etliche Monate oder gar Jahre später auf dem Weg des aufsichtsrechtlichen Wiedereröffnungsverfahrens. Ferner führt die Zustellung von kantonalen Verfügungen und Entscheiden dazu, dass der Kanton diese im Fall der Beschwerdeführung seitens der Bundesbehörde durch seine Gerichte selbst berichtigen kann (sog. Selbstberichtigung). Diese Massnahme stellt somit – im Gegensatz zu einer aufsichtsrechtlichen Kassation – kein Instrument der Fremdberichtigung dar.⁶⁷

- 35 Aufgrund der Delegation der Bundesaufsicht an das zuständige Bundesamt (BJ) im Bereich des *bäuerlichen Bodenrechts* hat dieses ein allfälliges Zustellungsgesuch direkt bei der kantonal zuständigen (Verwaltungs- oder Verwaltungsjustiz-)Behörde einzureichen – unter Benachrichtigung der jeweiligen Kantonsregierung.⁶⁸

1.2. Rechtliche Charakterisierung

- 36 Das Zustellungsbegehren dient dazu, die Bundesbehörde in ihrem Aufgabenbereich informationell in die Lage zu versetzen, bei aufsichtsrechtlichem Bedarf gegen kantonale Verfügungen oder Entscheide zeitgerecht zu reagieren und gegebenenfalls ein ordentliches Rechtsmittel einzulegen. Demnach handelt es sich in erster Linie um eine *präventive* Aufsichtsmassnahme. Indem die kantonale Behörde ihre Verfügungen oder Entscheide jeweils der Bundesbehörde mitzuteilen hat, dient diese Aufsichtsmassnahme mitunter auch der *Disziplinierung* der rechtsanwendenden kantonalen Behörden.
- 37 Der Einsatz dieses Aufsichtsinstruments hat den Vorteil, dass die Bundesbehörde bereits im kantonalen Verwaltungsverfahren, allenfalls im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren, ihrer Aufsichtspflicht nachkommen kann. Sie ist damit für die Wahrnehmung ihrer Aufsicht nicht mehr länger darauf angewiesen, dass es überhaupt zu einem kantonal letztinstanzlichen Entscheid kommt, welcher ihr dann eröffnet werden muss. Das aufsichtsrechtliche Zustellungsbegehren dient insoweit unmittelbar dem Zweck der Bundesaufsicht: die richtige und einheitliche Anwendung des Bundesrechts durch die Kantone sicherzustellen.

⁶⁷ Zum Vorrang der Selbstberichtigung siehe TSCHANNEN, Rz. 976; Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31. August 2004, VPB 69.1, Ziff. II.D.2; vgl. auch BV-BIAGGINI, Art. 49 N 26.

⁶⁸ Zum Ganzen TSCHANNEN, Rz. 973, der allerdings davon ausgeht, dass sich die Bundesbehörde an die kantonale Aufsichtsbehörde zu halten hat. Es erscheint indes effizienter und auch sachgerechter, wenn sich die Bundesbehörde direkt an die verfügende kantonale Behörde wendet. Vgl. in diesem Sinne auch das Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1998, VPB 64.24, Ziff. X.

1.3. Einwand des Amtsgeheimnisses

38 In der Vergangenheit haben sich offenbar kantonale Behörden vereinzelt geweigert, der zuständigen Bundesbehörde die verlangten Verfügungen oder Entscheide zu eröffnen. Als Begründung fügten sie an, die Eröffnung würde zu einer Verletzung des Amtsgeheimnisses führen (Art. 320 StGB⁶⁹). Die Berufung auf das Amtsgeheimnis geht indes fehl, und zwar aus zwei Gründen:

- Zunächst einmal stellt sich die Frage, ob diese Amtshandlung, d.h. die Zustellung kantonaler Verfügungen an die Bundes(aufsichts)behörde, überhaupt vom *Tatbestand von Art. 320 StGB* erfasst wird. Denn «Offenbaren» als Tathandlung setzt voraus, dass ein Amtsgeheimnis einer unberechtigten Person mitgeteilt oder dieser zumindest die Kenntnisnahme ermöglicht wird.⁷⁰ Die Bundes(aufsichts)behörde kann im vorliegenden Kontext jedoch nicht als «unberechtigte Person» gelten, muss sie doch, um ihre Aufsichtsfunktion zu erfüllen, genau in solche «Geheimnisse» (konkret: in kantonale Verfügungen und Entscheide) Einsicht nehmen können.⁷¹ Im Übrigen wird sie ohnehin, spätestens bei pflichtgemässer Eröffnung eines letztinstanzlichen kantonalen Entscheids, über das betreffende «Geheimnis» eingeweiht. In diesem Zeitpunkt ist auch die «Offenbarung» der erstinstanzlichen Verfügung gesetzlich vorgesehen.⁷² Nach hier vertretener Auffassung ist somit die in Frage stehende Amtshandlung, d.h. die Zustellung erstinstanzlicher Verfügungen, nicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 320 StGB.
- Ferner ist diese Aufsichtsmaßnahme, wie bereits dargelegt, zumindest implizit gesetzlich vorgesehen (vgl. Rz. 32). Der klare Wortlaut von Art. 111 Abs. 1 BGG statuiert unmissverständlich, dass sich eine beschwerdeberechtigte Bundesbehörde bereits am Verfahren vor der kantonalen Verwaltungsbehörde beteiligen darf. Hierfür ist die Kenntnis der entsprechenden Verfügung selbstredend vorausgesetzt. Dem Zustellungsgesuch stattzugeben, entspricht daher nicht nur einer gesetzlich erlaubten Handlung, sondern ist – in Anbetracht von Ziel und Zweck der Bundesaufsicht – sogar gesetzlich geboten und damit im Sinne von Art. 14 StGB gerechtfertigt.⁷³ Diese Amtshandlung kann somit, selbst wenn sie tatbestandsmässig sein sollte (was sie – wie dargelegt – aber nicht ist), nicht strafbar sein.

⁶⁹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR. 311.0).

⁷⁰ BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10.

⁷¹ Vgl. PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 9, wonach «die Orientierung von Personen, die sich kraft ihrer Stellung als Beamte oder Behördenmitglieder auf dem Dienst-, Rechtsmittel- oder Rechtshilfeweg ebenfalls mit der Angelegenheit befassen oder die Erfüllung der Aufgaben des Geheimnisträgers beaufsichtigen müssen», nicht tatbestandsmässig ist. Nach zutreffender Ansicht der beiden Autoren ist deshalb die «Orientierung» der Aufsichtsbehörde für zulässig zu erachten.

⁷² Vgl. hierzu BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10, wonach bei der gesetzlich vorgesehenen Offenbarung die Geheimhaltungspflicht (und damit auch die Tatbestandsmässigkeit) entfällt.

⁷³ Vgl. hierzu BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 12 m.w.H.

2. Gesuch um Beteiligung am (laufenden) Verfahren

- 39 Bisweilen erhält eine Bundesbehörde nur zufällig von einer kantonalen Verfügung oder einem erstinstanzlichen Beschwerdeentscheid Kenntnis. Ist zu diesem Zeitpunkt die Rechtsmittelfrist noch nicht abgelaufen, kann sich die Behörde aufgrund ihrer Aufsichtsbefugnisse bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch als Partei konstituieren. Der entsprechende Akt wird ihr diesfalls nachträglich noch förmlich eröffnet werden müssen (soweit dies nicht ohnehin bereits geschehen ist). Ab Eröffnung hat die Bundesbehörde sodann anschliessend 30 Tage Zeit, um allenfalls ein Rechtsmittel einzulegen. Es erschiene nicht sachgerecht, wenn die Bundesbehörde die bereits angelaufene Rechtsmittelfrist zu beachten hätte.⁷⁴
- 40 Das Gesuch um Beteiligung an einem (laufenden) kantonalen Verwaltungs- oder Beschwerdeverfahren stellt eine aufsichtsrechtliche Massnahme dar, die eine Informations- und unter Umständen auch eine Interventionskomponente miteinander vereint. Der Unterschied zum aufsichtsrechtlichen Zustellungsbegehren (vgl. Rz. 31 ff.) besteht darin, dass die Intervention in einem konkreten Einzelfall erfolgt. Beim aufsichtsrechtlichen Zustellungsbegehren hingegen wird präventiv die Eröffnung künftiger Verfügungen oder Entschiede verlangt, ohne dass bereits ein (Rechtsmittel-)Verfahren anhängig ist.

⁷⁴ Zum einen gilt die Bundesbehörde ab Einreichung des Gesuchs als Partei. Für Parteien beginnt die Rechtsmittelfrist aber erst ab der ordnungsgemässen Eröffnung der Verfügung zu laufen (siehe hierzu Rz. 18). Solange die Verfügung der am Verfahren beteiligten Bundesbehörde nicht eröffnet wurde, liegt dementsprechend ein Eröffnungsmangel vor, welcher den Fristenlauf hemmt (vgl. Rz. 18, insbesondere Fn. 45). Zum anderen könnte die zuständige Bundesbehörde, wenn die Rechtsmittelfrist bereits abgelaufen wäre, kraft ihrer Aufsichtskompetenz ein aufsichtsrechtliches Wiedereröffnungsverfahren begehren. Dieses Wiedereröffnungsverfahren soll aber nur subsidiär zur Anwendung gelangen; wenn möglich, soll ein Verfahren den ordentlichen Rechtsmittelweg durchschreiten (Rz. 10 und 46); zur Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde gegenüber ordentlichen Rechtsmitteln siehe auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 777. Aufgrund der vorgenannten Überlegungen erscheint es angezeigt, der Bundesbehörde eine 30-tägige Beschwerdefrist ab ordnungsgemässer Eröffnung der Verfügung zu gewähren.

IV. Aufsichtsrechtliche Wiedereröffnung eines Verfahrens

- 41 Wie gezeigt, erhält die zuständige Bundesbehörde (das BJ) im Bereich des bäuerlichen Bodenrechts oftmals erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft Kenntnis von einer erstinstanzlichen kantonalen Verfügung (vorne Rz. 15). Dies verunmöglicht es ihr, rechtzeitig mittels Einlegens eines ordentlichen Rechtsmittels aufsichtsrechtlich zu intervenieren. Es muss daher für das BJ Wege geben, trotz formeller Rechtskraft seiner Aufsichtspflicht nachzukommen.⁷⁵ Hierzu bietet sich die *Wiedereröffnung* des bereits rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens an. Es handelt sich dabei um eine *repressive* Aufsichtsmassnahme.

1. Wiedereröffnung des Verfahrens als repressive Aufsichtsmassnahme

1.1. Gesetzliche Grundlage

- 42 Die bundesrätliche Botschaft zu Art. 111 BGG⁷⁶ erwähnt die Möglichkeit explizit, wonach eine Bundesbehörde zwecks aufsichtsrechtlicher Intervention die (Wieder-)Eröffnung eines Verfahrens verlangen kann:

«Sie [die Bundesbehörde] wird auch verlangen können, dass sie an einem erstinstanzlichen kantonalen Verfahren mitwirken kann, beispielsweise in dem sie förmlich die Eröffnung eines Verfahrens verlangt, wenn die kantonale Behörde einen bundesrechtswidrigen Zustand duldet».⁷⁷

- 43 Auch in der Literatur⁷⁸ und der Rechtsprechung⁷⁹ wird die Wiedereröffnung eines Verfahrens (auch: «aufsichtsrechtliche Wiederaufnahme») als Instrument der Bundesaufsicht erwähnt. Allerdings beschränken sich die Erwähnungen auf blosser Hinweise auf die einschlägige Fundstelle in der bundesrätlichen Botschaft; die Art und nähere Ausgestaltung des Verfahrens werden nicht näher erläutert.⁸⁰

⁷⁵ Vgl. JAAG, *Staatsrecht*, § 15 Rz. 35, wonach nebst der präventiven Aufsicht auch die Möglichkeit bestehen muss, gegen Kantone vorzugehen, welche ihre bundesstaatlichen Pflichten verletzen.

⁷⁶ Art. 111 war im Vorentwurf noch als Art. 104 BGG vorgesehen.

⁷⁷ BBl 2001, 4350.

⁷⁸ SHK BGG-SEILER, Art. 111 N 11; CORBOZ, *Commentaire de la LTF*, Art. 111 N 19 («On peut même imaginer que l'autorité fédérale, faisant valoir son droit d'être partie, provoque l'ouverture d'une procédure administrative au premier échelon.»).

⁷⁹ Siehe z.B. BGE 135 II 338 E. 7.2.

⁸⁰ Lediglich vereinzelt wird geschrieben, dass sich die Bundesbehörde bei der Wiedereröffnung des Verfahrens an die kantonale Verfahrensordnung zu halten habe, wobei die Beteiligung der Bundesbehörde kantonal weder ausgeschlossen noch erschwert werden dürfe (PK BGG-DOLGE, Art. 111 N 7; BSK BGG-EHRENZELLER, Art. 111 N 15). Obgleich dieser Grundsatz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe Urteil des BGer 2C_1038/2020 vom 15. März 2022 E. 3.3.5 m.w.H) zutreffend ist, bleibt dabei ausser Acht, dass die aufsichtsrechtliche Wiedereröffnung des Verfahrens in sämtlichen Kantonen unter denselben Voraussetzungen durchgeführt werden sollte (vgl. nachfolgend Rz. 51).

- 44 Es war somit expliziter Wille des Bundesgesetzgebers, der Bundes(aufsichts)behörde einerseits bereits die Teilnahme am erstinstanzlichen kantonalen Verwaltungsverfahren zu erlauben. Andererseits sollte ihr darüber hinaus auch ermöglicht werden, zwecks Beseitigung eines (mutmasslich) bundesrechtswidrigen Zustands ein (neues) Verfahren zu eröffnen bzw. (ein altes, bereits abgeschlossenes Verfahren) wiederzueröffnen. Folglich lässt sich die Wiedereröffnung eines Verfahrens als repressive Aufsichtsmassnahme unmittelbar auf Art. 111 Abs. 2 BGG stützen, womit dem Erfordernis des Legalitätsprinzips Genüge getan wird.
- 45 Soweit ersichtlich finden sich weder in den Gesetzesmaterialien, in der Literatur noch in der Rechtsprechung aussagekräftige Hinweise zu den Voraussetzungen, unter denen die Bundesbehörde diese Aufsichtsmassnahme ergreifen kann. Ebenso fehlt es auch sonst an Anhaltspunkten für die nähere Ausgestaltung des Verfahrens. Dieser Zustand der Rechtsunsicherheit erscheint unbefriedigend. Im Folgenden wird daher der Frage nach der Art und den Voraussetzungen dieser spezifischen aufsichtsrechtlichen Interventionsmassnahme nachgegangen.

1.2. Rechtliche Charakterisierung

- 46 Die Wiedereröffnung eines Verfahrens ist – wie dargelegt – den repressiven Aufsichtsmassnahmen zuzuordnen. Die Bundesbehörde kann sie folglich nur ergreifen, wenn der Kanton (mutmasslich) einen bundesrechtswidrigen Zustand herbeigeführt hat oder einen solchen duldet. Die aufsichtsrechtliche Verfahrenswiedereröffnung ist, aus Gründen des Verhältnismässigkeitsprinzips und der Prozessökonomie, allerdings stets subsidiär zum ordentlichen Rechtsmittelverfahren. Solange ein bundesrechtswidriger Zustand mittels ordentlichem Rechtsmittel behoben werden kann, ist folglich zuerst dieser Weg zu beschreiten.
- 47 Die Aufsichtsmassnahme der Verfahrenswiedereröffnung bietet dem Kanton die Gelegenheit, einen bundesrechtswidrigen Zustand durch die eigenen Verwaltungsbehörden berichtigen zu lassen. Sie stellt somit (wie bereits die beiden anderen Aufsichtsmassnahmen; vgl. Rz. 34 und 39 f.) ein Instrument der Selbstberichtigung dar; insofern erweist sie sich gegenüber der Kassation als mildereres Mittel.
- 48 Art und Zweck dieses aufsichtsrechtlich eingeleiteten Verfahrens weisen Ähnlichkeiten mit dem Verfahren auf Wiedererwägung/Widerruf einer rechtskräftigen Verfügung auf. Denn sowohl bei der aufsichtsrechtlichen Verfahrenswiedereröffnung als auch bei Wiedererwägung/Widerruf geht es letztlich um die Neu Beurteilung einer formell rechtskräftigen erstinstanzlichen Verfügung.
- 49 Trotz gewisser Gemeinsamkeiten lassen sich die beiden Verfahren aber nicht ohne Weiteres gleichsetzen. Der Grund für die aufsichtsrechtliche Wiedereröffnung des Verfahrens wird nämlich nicht darin liegen, dass neue Beweismittel oder Tatsachen aufgetaucht sind; die Bundesbehörde wird schlicht noch gar keine Kenntnis von der fraglichen Verfügung gehabt haben. Sie wird daher ihre Aufsicht erst aktivieren können und wollen, wenn sie vom Vorliegen eines mutmasslich bundesrechtswidrigen Zustands weiss.

50 Es handelt sich folglich um eine eigene Verfahrensart, die Merkmale eines (ausserordentlichen) Rechtsmittelverfahrens mit jenen eines Aufsichtsverfahrens verbindet. Regeln dazu fehlen zurzeit. Der Praxis bietet sich aktuell das Verfahren auf Wiedererwägung/Widerruf einer Verfügung zur analogen Anwendung an. Die Besonderheiten der Bundesaufsicht sind dabei entsprechend zu berücksichtigen; namentlich die Interessenabwägungen sind stets im Lichte des Art. 49 Abs. 2 BV durchzuführen.⁸¹

Denkbar ist, dass die Aufsichtsbehörde erst bei Vorliegen eines bereits rechtskräftigen erstinstanzlichen Beschwerdeentscheids auf die mögliche Bundesrechtswidrigkeit aufmerksam wird. In diesem Fall richtet sich die aufsichtsrechtliche Intervention gegen den Rechtsmittelentscheid; das Verfahren auf Wiedereröffnung orientiert sich dann entsprechend an den Regeln zur Revision.⁸²

2. Analoge Anwendung des Wiedererwägungs- und Widerrufsverfahrens

51 Die Aufsichtsmassnahme der Wiedereröffnung (oder: Wiederaufnahme) eines Verfahrens gilt ungeschrieben und stützt sich auf die umfassenden Aufsichtsbefugnisse der zuständigen Bundesbehörden gemäss Art. 49 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 111 BGG.⁸³ Entsprechend fehlt es auch an einschlägigen Verfahrensvorschriften. Es liegt nahe, sich hierfür an den Regeln zur «verwandten» Wiedererwägung/Widerruf einer Verfügung zu orientieren. Allerdings sind diesbezügliche Vorschriften (und Begrifflichkeiten) kantonale sehr heterogen. Sich an den jeweils einschlägigen kantonalen Vorschriften auszurichten, erscheint daher wenig ratsam, da sonst in jedem Kanton ein anderes Verfahren zur Anwendung gelangen würde. Dies stünde im Widerspruch zum Wesen der Bundesaufsicht, wonach das Bundesrecht in sämtlichen Kantonen einheitlich angewendet und die Anwendung unter den gleichen Voraussetzungen überwacht werden soll. Das aufsichtsrechtliche Wiedereröffnungsverfahren sollte daher kantonsübergreifend nach denselben Regeln abgewickelt werden.⁸⁴ Als Muster für die nähere Verfahrensgestaltung bietet sich das «Wiederaufnahmeverfahren» an, wie es im bernischen Verwaltungsrechtspflegegesetz (Art. 56 ff. VRPG) vergleichsweise dicht normiert ist.⁸⁵ Dieses soll im Folgenden zunächst kurz skizziert werden.

⁸¹ Vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BGer 2C_1038/2020 vom 15. März 2022 E. 3.3.6; zur Interessenabwägung siehe nachfolgend Rz. 56 und 62 ff.

⁸² Vgl. beispielhaft für das bernische Verwaltungsrechtspflegeverfahren Art. 95 ff. VRPG; zur uneinheitlichen Terminologie von Revision und Wiedererwägung vorne Rz. 19, insbesondere Fn. 48.

⁸³ Vgl. auch WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 173, wonach sich die Widerrufbarkeit von Verfügungen aus dem Legalitätsprinzip ergibt und somit keiner expliziten Rechtsgrundlage bedarf.

⁸⁴ Vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BGer 1C_238/2021 vom 27. April 2022 E. 1.5.2, wonach die kantonale Anwendung des Bundesrechts in formeller, verfahrensmässiger Hinsicht zu koordinieren sei, andernfalls die Gefahr der Vereitelung des Bundesrechts besteht.

⁸⁵ Eine vergleichsweise dichte Normierung findet sich auch im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 1965 (Art. 81 ff. VRP/SG; sGS 951.1). Dort wird allerdings eine von diesem Gutachten abweichende Terminologie verwendet (z.B. werden im VRP/SG «Wiederaufnahme» und «Revision» als Synonyme verwendet). Die nachfolgenden Verweise auf den Kommentar des VRP/SG sind deshalb mit Vorsicht zu geniessen.

2.1. *Wiederaufnahmeverfahren des Kantons Bern*

52 Ein rechtskräftig erledigtes Verwaltungsverfahren kann auf Gesuch hin oder von Amtes wegen durch die zuständige Verwaltungsbehörde wiederaufgenommen werden (vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. a bis c VRPG/BE). Begehren um Wiederaufnahme des Verfahrens müssen dabei innert 60 Tagen seit Entdeckung des Wiederaufnahmegrundes gestellt werden, wobei nach Ablauf von zehn Jahren seit Eröffnung der Verfügung eine Abänderung der Verfügung nur noch zulässig ist, wenn ein Strafverfahren ergeben hat, dass durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil der Partei auf die Verfügung eingewirkt wurde (Art. 56 Abs. 3 und 4 VRPG/BE).

53 «Wiederaufnahme» i.S.v. Art. 56 VRPG bedeutet folglich «das Zurückkommen auf eine rechtskräftige Verfügung wegen ursprünglicher Fehlerhaftigkeit». ⁸⁶ Das heisst mit anderen Worten: Die Rechtskraft wird aufgehoben und das Verfahren «neu aufgerollt». Im Einzelnen gliedert sich das bernische Wiederaufnahmeverfahren in einen verfahrensrechtlichen (Rz. 54 f.) und materiellrechtlichen (Rz. 56 f.) Prüfschritt.

a. *Verfahrensrechtlicher Prüfschritt*

54 In einem ersten Schritt hat die zuständige Verwaltungsbehörde zu entscheiden, ob es sich rechtfertigt, das Verfahren neu aufzurollen. ⁸⁷ Zu diesem Zweck prüft sie zunächst das Vorliegen der *Eintretensvoraussetzungen*. ⁸⁸ Zentral hierbei ist die Frage nach dem Wiederaufnahmegrund: Kann der Gesuchsteller einen solchen glaubhaft darlegen? ⁸⁹ Als Wiederaufnahmegründe kommen nebst den beiden Tatbeständen *Verbrechen oder Vergehen* ⁹⁰ und *nachträgliche (erhebliche) Tatsachen oder Beweismittel* (sog. «Lücke im Sachverhalt» ⁹¹) auch *zwingende öffentliche Interessen* (Art. 56 Abs. 1 lit. c VRPG/BE) infrage. Die falsche Rechtsanwendung kann, wenn sie von einer gewissen Schwere ist, unter den Tatbestand der *zwingenden öffentlichen Interessen* subsumiert werden. ⁹²

⁸⁶ MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 135.

⁸⁷ MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 136; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 849 und 851.

⁸⁸ Unterschieden werden Eintretensvoraussetzungen im engeren und im weiteren Sinn. Die Eintretensvoraussetzungen im engeren Sinn betreffen die Einhaltung der Fristvorschriften (Art. 56 Abs. 3 und 4 VRPG/BE) sowie die Frage, ob ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung der Verfügung besteht oder nicht. Als Eintretensvoraussetzung im weiteren Sinn gilt das Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes nach Art. 56 Abs. 1 VRPG/BE (zum Ganzen MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 8 f.; vgl. auch MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 137 f.). Zu den Eintretensvoraussetzungen im Kanton St. Gallen siehe SCHÄREN, *Komm. VRP/SG*, Art. 86 N 4 ff.

⁸⁹ MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 9; MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 138; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 850.

⁹⁰ Vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. a VRPG; siehe hierzu MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 10 ff.

⁹¹ MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 14 ff. (mit der «Lücke im Sachverhalt» ist Art. 56 Abs. 1 lit. b VRPG/BE angesprochen).

⁹² MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 138; MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 17; vgl. auch TANNER, Rz. 189 ff., wonach Fehler in der Rechtsanwendung, obwohl sie keine Nichtigkeit zur Folge haben, als Wiedererwägungsgründe infrage kommen.

55 Kann ein Wiederaufnahmegrund hinreichend dargetan werden, tritt die zuständige Verwaltungsbehörde auf das Begehren um Wiederaufnahme ein und schreitet damit zur materiellrechtlichen Prüfung (siehe nachfolgend Rz. 56 f.).⁹³ Im gegenteiligen Fall verfügt die Verwaltungsbehörde das *Nichteintreten*. Diese Nichteintretensverfügung ist in gleicher Weise anfechtbar wie die ursprüngliche Verfügung (Art. 57 Abs. 2 VRPG/BE).⁹⁴

b. Materiellrechtlicher Prüfschritt

56 In einem zweiten Schritt prüft die Verwaltungsbehörde in materieller Hinsicht, ob der vorgebrachte Wiederaufnahmegrund ausreicht, um die ursprüngliche Verfügung aufzuheben bzw. zu ändern (sog. Widerruf).⁹⁵ Sofern sich die *Spezialgesetzgebung* zu den Kriterien der materiellen Prüfung nicht äussert, gelangt die Abwägungsformel des Bundesgerichts zur Anwendung.⁹⁶ Dieses umschreibt die Abwägung zwischen dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts (Gesetzmassigkeitsprinzip) und dem gegenläufigen Interesse am Fortbestand der Verfügung (Vertrauensschutz/Rechtssicherheit) folgendermassen:

«Eine Verfügung kann [...] grundsätzlich nicht widerrufen werden, wenn das Interesse am Vertrauensschutz demjenigen an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts vorgeht: Dies trifft in der Regel dann zu, wenn durch die Verwaltungsverfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Diese Regel gilt allerdings nicht absolut; auch in diesen drei Fällen kann ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist. In jedem Fall sind alle Aspekte des Einzelfalls einzubeziehen.»⁹⁷

57 Die materielle Prüfung endet schliesslich darin, dass die Verwaltungsbehörde das Begehren um Wiederaufnahme entweder ganz oder teilweise *gutheisst* oder das Begehren – mangels Vorliegens ausreichender Änderungsgründe – *abweist*.⁹⁸ Sowohl bei Gutheissung (Aufhebung der ursprünglichen Verfügung und Änderung in der Sache⁹⁹) als auch bei Abweisung (Bestätigung der ursprünglichen Verfügung¹⁰⁰) ergeht eine neue, anfechtbare Verfügung.¹⁰¹

⁹³ Vgl. MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 139; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 850 f.

⁹⁴ Ausführlicher MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 57 N 14 ff.

⁹⁵ MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 18; vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 852 f. Zur Zweistufigkeit des Wiedererwägungsverfahrens auf Stufe Bund siehe GRIFFEL, Rz. 235; zur Zweistufigkeit des Wiederaufnahmeverfahrens im Kanton St. Gallen siehe SCHÄRER, *Komm. VRP/SG*, Art. 86 N 5.

⁹⁶ MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 140; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 854 und 868.

⁹⁷ BGE 137 I 69 E. 2.3; 143 II 1 E. 5 m.w.H.

⁹⁸ Vgl. MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 141 f.

⁹⁹ Vgl. Art. 57 Abs. 1 VRPG/BE.

¹⁰⁰ MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 142.

¹⁰¹ MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 19; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 853.

2.2. *Aufsichtsrechtliche Wiedereröffnung eines Verfahrens*

58 Im Kontext der Bundesaufsicht bedeutet eine analoge Anwendung des eben skizzierten Wiederaufnahmeverfahrens Folgendes: Eine Bundes(aufsichts)behörde kann im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit darum ersuchen, ein rechtskräftig erledigtes kantonales Verwaltungsverfahren «neu aufzurollen»¹⁰². Konfrontiert mit einem entsprechenden Gesuch wird die zuständige Verwaltungsbehörde, bevor sie die einzelnen Eintretensvoraussetzungen prüft (Rz. 59 ff.), dem materiellen Verfügungsadressaten das rechtliche Gehör gewähren müssen. Namentlich wenn eine für ihn begünstigende Verfügung in Frage steht, wird er ein Interesse daran haben, seine Parteirechte wahrzunehmen und sich zur Wiedereröffnung des Verfahrens zu äussern.

a. *Verfahrensrechtlicher Prüfschritt*

59 Die kantonale Behörde wird im ersten Prüfschritt über das Vorliegen der Eintretensvoraussetzungen zu befinden haben. Die Beweislast trägt die Bundesbehörde:

aa. *Eintretensvoraussetzungen im engeren Sinn:*

- (I.) *Verfahrensgegenstand:* Gegenstand des Wiedereröffnungsverfahrens ist eine in Rechtskraft erwachsene (ursprünglich fehlerhafte) erstinstanzliche kantonale Verfügung. Dabei kann es sich sowohl um eine urteilsähnliche als auch um eine Dauerverfügung handeln.¹⁰³
- (II.) *Befugnis:* Die Bundesbehörde ist nur im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenz befugt, um die Wiedereröffnung eines Verfahrens zu ersuchen. Dies ist der Fall, wenn die strittige Verfügung die Bundesgesetzgebung im Aufgabenbereich der gesuchstellenden Bundesbehörde verletzen kann.¹⁰⁴ Vorausgesetzt wird somit, dass sich die kantonale Verfügung zum einen entweder ganz oder zumindest teilweise auf Bundesrecht stützt und zum anderen, dass die gesuchstellende Behörde zur Einhaltung just dieses Bundesrechts berechtigt bzw. verpflichtet ist.
- (III.) *Schutzwürdiges Interesse:* Die Bundeaufsichtsbehörde muss ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Wiederaufnahme des Verfahrens geltend machen können. Ein solches dürfte regelmässig darin liegen, dass die Behörde aufgrund ihrer Aufsichtspflicht die korrekte und einheitliche Anwendung des Bundesrechts durch die Kantone, mithin die Bundesrechtskonformität kantonaler Verfügungen zu gewährleisten hat (Rz. 10).¹⁰⁵ Das geltend zu machende Interesse hat sodann aktueller und praktischer Natur zu sein.¹⁰⁶ Bestehen andere, ebenso wirksame Möglichkeiten aufsichtsrechtlicher Intervention, ist das schutzwürdige Interesse hingegen zu

¹⁰² Die Wiederaufnahme bzw. -eröffnung bedeutet, dass die bestehende Rechtskraft aufgehoben und das Verfahren in der Sache neu «aufgerollt» wird.

¹⁰³ Vgl. MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 3, betreffend Wiederaufnahmeverfahren des Kantons Bern.

¹⁰⁴ Art. 89 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 111 BGG.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil des BGer 2C_1038/2020 vom 15. März 2022 E. 1.5.

¹⁰⁶ Verlangt wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «ein zureichendes Interesse an der Klärung der [...] aufgeworfenen Frage. Letztere muss sich auf einen konkreten Fall beziehen, d.h. eine

verneinen (Grundsatz der Subsidiarität). Demnach verwirkt die Bundesbehörde beispielsweise die Möglichkeit, ein Verfahren neu «aufzurollen», wenn sie vorgängig darauf verzichtet hat, ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen.¹⁰⁷

- (IV.) *Form*: Gemäss der Botschaft zu Art. 111 BGG hat die Bundesbehörde die Wiedereröffnung eines Verfahrens *förmlich* zu verlangen (siehe Rz. 42). Daraus ist nach hier vertretener Auffassung zu schliessen, dass das entsprechende Gesuch in aller Regel *schriftlich* eingereicht werden sollte.¹⁰⁸ Zudem muss im Wiederaufnahmegesuch ein reformatorischer Antrag gestellt werden;¹⁰⁹ reine Feststellungsbegehren dürften unzulässig sein, weil sie die materiell-rechtliche Situation nicht zu ändern und damit die Bundesrechtskonformität nicht wiederherzustellen vermögen.
- (V.) *Frist*: Schliesslich hat die Bundesbehörde relative und absolute Fristen einzuhalten.¹¹⁰ Eine *relative* Frist ergibt sich bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.¹¹¹ Sie beginnt mit der Entdeckung des Wiederaufnahmegrundes. Ein solcher gilt als entdeckt, sobald die Bundesbehörde sichere Kenntnis von den massgeblichen Umständen erlangt hat.¹¹² Nach hier vertretener Auffassung erscheint die übliche 30-tägige Rechtsmittelfrist als angemessen.

Was die relative Frist für Wiedererwägungs- bzw. Widerrufsverfahren angeht, so besteht kantonsübergreifend keine einheitliche Regelung; die Frist beträgt entweder 30, 60 oder 90 Tage.¹¹³ Vereinzelt ist sodann überhaupt keine Frist vorgesehen.¹¹⁴ Im Kanton Bern beispielsweise beträgt die relative Frist 60 Tage seit Entdeckung des Wiederaufnahmegrundes (Art. 56 Abs. 3 VRPG/BE).¹¹⁵ In den meisten Kantonen

davon losgelöste, abstrakte Frage des objektiven Rechts genügt nicht» (siehe Urteil des BGer 2C_1038/2020 vom 15. März 2022 E. 1.5 m.w.H.). Kann die rechtliche Situation zu Gunsten der Bundesbehörde – trotz Gutheissung des Begehrens – nicht verändert werden, fehlt ein schutzwürdiges Interesse (vgl. DAUM, *Komm. VRPG/BE*, Art. 50 N 9).

¹⁰⁷ Zum Grundsatz der Subsidiarität DAUM, *Komm. VRPG/BE*, Art. 50 N 11. Vgl. auch SCHÄRER, *Komm. VRP/SG*, Art. 81 N 31, wonach eine Wiederaufnahme im Kanton St. Gallen nur möglich ist, wenn es objektiv unmöglich oder dem Betroffenen nicht zumutbar war, die Revisionsgründe im ordentlichen Rechtsmittelverfahren geltend zu machen.

¹⁰⁸ Für den Grundsatz der Schriftlichkeit im Verwaltungsverfahren spricht sich im Übrigen auch Art. 31 VRPG/BE aus. Auch im Kanton St. Gallen muss ein Wiederaufnahmegesuch zwingend schriftlich eingereicht werden (vgl. SCHÄRER, *Komm. VRP/SG*, Art. 86 N 4).

¹⁰⁹ Vgl. DAUM, *Komm. VRPG/BE*, Art. 50 N 8 und 11; vgl. auch Schärer, *Komm. VRP/SG*, Art. 86 N 10 ff., betreffend Wiederaufnahmeverfahren des Kantons St. Gallen.

¹¹⁰ Art. 56 Abs. 3 und 4 VRPG/BE analog.

¹¹¹ MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 44.

¹¹² MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 45; vgl. auch TANNER, Rz. 316. In der Regel dürfte hierfür die Kenntnisnahme der strittigen Verfügung genügen.

¹¹³ 30-tägige Frist z.B. in Art. 54 Abs. 3 VerwVG/AI; 90-tägige Frist in §66 Abs. 1 VRPG/AG, Art. 83 Abs. 1 VRP/SG, §40 Abs. 3 VwVG/BL, Art. 119 Abs. 1 VRG/GL und Art. 67 Abs. 2 VRG/GR.

¹¹⁴ Art. 6 LPJA/NE; Art. 22 VwVV/OW; Art. 32 f. VVRG/VS.

¹¹⁵ So auch im Kanton Appenzell Ausserrhoden (Art. 26 Abs. 2 VRPG/AR).

beträgt die relative Frist 90 Tage.¹¹⁶ In der Literatur wurde ebenfalls eine relative Frist von 90 Tagen vorgeschlagen, mit der Begründung, dass ein Wiederaufnahmeverfahren nicht direkt an das Verwaltungsverfahren anschliesse und die Parteien deshalb nicht mehr mit dem Verfügungsgegenstand vertraut seien.¹¹⁷ Diese Begründung vermag für das vorliegende aufsichtsrechtliche Wiedereröffnungsverfahren nicht zu überzeugen. So hat beispielsweise das BLW, wenn es von einer erstinstanzlichen kantonalen Verfügung, die sich auf das LwG stützt, Kenntnis erhält, innert der ordentlichen Rechtsmittelfrist von 30 Tagen Beschwerde einzureichen (Art. 166 Abs. 4 LwG). Es ist kein Grund ersichtlich, wieso das nicht auch für das aufsichtsrechtliche Wiedereröffnungsverfahren gelten sollte. Denn in beiden Fällen war die Bundesbehörde mit der Verfügung – vor deren Eröffnung – nicht vertraut. Den Bundesbehörden wird deshalb empfohlen, sich an die kürzest mögliche Frist, d.h. an die 30-tägige relative Verwirkungsfrist zu halten, um den Grundsatz von Treu und Glauben zu wahren.¹¹⁸

Was die *absolute Frist* angeht, so ist für den vorliegenden Kontext von einer zehnjährigen Frist auszugehen. Dafür spricht u.a. auch die *Regel* im BGGB, wonach für den Widerruf eine zehnjährige Frist statuiert wird (Art. 71 Abs. 2 und Art. 72 Abs. 3 BGGB). Diese sollte ab Eröffnung der Verfügung zu laufen beginnen.¹¹⁹

Auch in Bezug auf die absolute Verwirkungsfrist fehlt kantonsübergreifend eine einheitliche Regelung. Sofern kantonal keine kürzere Frist vorgesehen ist, verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes grundsätzlich nach 30 Jahren; spätestens dann überwiegt der Vertrauensschutz.¹²⁰ Die meisten Kantone haben indes eine absolute Frist von zehn Jahren vorgesehen, wobei bei Straftaten (sprich, wenn eine Straftat eine Verfügung beeinflusst hat) eine Wiederaufnahme auch nach Ablauf von zehn Jahren möglich ist. Die Frist läuft dabei entweder ab Erlass, Eröffnung oder Eintritt der Rechtskraft der Verfügung.¹²¹

bb. Eintretensvoraussetzung im weiteren Sinn:

- *Wiedereröffnungsgrund:* Die Bundesbehörde muss in ihrem Gesuch darlegen, aus welchem Grund sie eine Verfahrenswiedereröffnung verlangt. Als Grund steht die

¹¹⁶ Art. 106 VRG/FR; Art. 209 Abs. 1 Cpa/JU; §177 VRG/LU; Art. 109 VRG/NW; §62 VRP/SZ; Art. 65 Abs. 1 LPA/VD; §86b Abs. 2 VRG/ZH; §70 VRG/TG i.V.m. Art. 329 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Fn. 113.

¹¹⁷ TANNER, Rz. 314. Er plädiert aus diesen Gründen – im Rahmen seines Gesetzesvorschlags einer vereinheitlichten gesamtschweizerischen Regelung des Wiedererwägungs- und Widerrufsverfahren (von ihm bezeichnet als *Revisionsverfahren*) – für eine relative Frist von 90 Tagen (*Derselbe*, Rz. 505 f.).

¹¹⁸ Für die Einhaltung einer relativen Frist von 30 Tagen spricht sich im Übrigen auch BGE 135 II 338 E. 7.2 aus. Die zuständige Bundesbehörde (im genannten Entscheid das EJPD) hat demnach 30 Tage Zeit (unter Berücksichtigung eines allfälligen Fristenstillstands), die Eröffnung eines Verfahrens bzw. eine anfechtbare Verfügung von der zuständigen interkantonalen Behörde zu verlangen.

¹¹⁹ Art. 56 Abs. 4 VRPG/BE analog.

¹²⁰ Vgl. BGE 136 II 359 E. 7; allerdings sieht Art. 67 Abs. 2 VwVG bei der Revision (d.h. Änderung eines Beschwerdeentscheids) grundsätzlich nur eine zehnjährige absolute Verwirkungsfrist vor.

¹²¹ Zum Ganzen TANNER, Rz. 318 ff. (dort insbesondere Fn. 669 und 670).

unrichtige Rechtsanwendung von Bundesrecht, mithin das Vorliegen eines «Aufsichtsfalles», im Vordergrund.¹²² An das Erfordernis des Beweismasses sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen: *Glaubhaftmachen* genügt.¹²³

60 Liegen die Eintretensvoraussetzungen (im engeren und weiteren Sinne) vor, verfügt die kantonale Behörde das *Eintreten* und widmet sich in einem zweiten Schritt der materiellen Prüfung. Fehlen eine oder mehrere Eintretensvoraussetzungen, verfügt die Behörde das *Nichteintreten*. Die Nichteintretensverfügung ist in gleicher Weise anfechtbar wie die ursprüngliche Verfügung.¹²⁴

b. Materiellrechtlicher Prüfschritt

61 Im Rahmen des zweiten Prüfschrittes hat die kantonale Behörde als erstes zu prüfen, inwieweit die von der Bundesbehörde geltend gemachte Bundesrechtswidrigkeit begründet ist. Gelangt sie zum Ergebnis, dass kein Fehler in der Rechtsanwendung vorliegt, wird sie das Gesuch um Wiedereröffnung des Verfahrens abweisen und die «alte» Verfügung bestätigen.

62 Gelangt die kantonale Behörde hingegen zum Ergebnis, dass Bundesrecht – wie von der Bundes(aufsichts)behörde moniert – falsch angewendet wurde, wird sie als nächstes die bereits erwähnte bundesgerichtliche Abwägungsformel analog zur Anwendung bringen.¹²⁵ Dabei ist zu beachten, dass die Interessenabwägung immer im Lichte des Art. 49 Abs. 2 BV zu erfolgen hat, womit das öffentliche Interesse an der richtigen und rechtsgleichen Anwendung von Bundesrecht ein besonderes Gewicht erhält. Dabei spielt im Bereich des BGGB namentlich auch das Interesse an einer nachhaltigen Landwirtschaft sowie jenes an erschwinglichen Bodenpreisen für die Landwirtschaft (Art. 1 Abs. 1 lit. a und c BGGB) eine Rolle. Von Bedeutung ist ferner die Tatsache, dass der Bund im übertragenen Wirkungskreis der Kantone unter Umständen zu einer Angemessenheitskontrolle verpflichtet ist.¹²⁶

¹²² Die Bundesaufsicht, konkret die richtige und rechtsgleiche Anwendung des Bundesrechts, ist ein öffentliches Interesse (BGE 136 II 359 E. 1.1). Es sprechen einige Gründe dafür, dass die Bundesaufsicht ein gewichtiges, mithin zwingendes öffentliches Interesse ist. So kann die Bundesaufsicht beispielsweise dazu führen, dass Prozessgrundsätze (dass sich der Streitgegenstand im Laufe des Verfahrens nur noch einengen, nicht aber ausweiten kann; die Beantragung einer *reformatio in peius*) durchbrochen werden (vgl. BGE 136 II 359 E. 1.2). Aufgrund der Bundesaufsicht können auch kantonale Rechtsanwendungsakte ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens aufgehoben werden (siehe TSCHANNEN, Rz. 985 ff.; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER, Rz. 1223). Für die Einordnung der Bundesaufsicht als zwingendes öffentliches Interesse spricht ferner die Tatsache, dass die Bundesaufsicht verfassungsrechtlich vorgeschrieben (Art. 49 Abs. 2 BV) und daher demokratisch besonders legitimiert ist. Schliesslich ist eine aufsichtsrechtliche Intervention der Behörden meist auch gerechtfertigt, wenn eine Wiedererwägung der Verfügung möglich wäre (GYGI, S. 223).

¹²³ Zur Beweislast und zum Beweisgrad in der Eintretensprüfung des bernischen Wiederaufnahmeverfahrens siehe MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. 138.

¹²⁴ Art. 57 Abs. 2 VRPG/BE analog; zur Anfechtbarkeit von Wiedererwägungsverfügungen auf Bundesebene siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 2025.

¹²⁵ Siehe Rz. 56.

¹²⁶ Vorne Rz. 4.

- 63 Demgegenüber steht das Interesse des materiellen Verfügungsadressaten am Fortbestand der (für ihn meist begünstigenden) Verfügung (sog. Vertrauensschutz). Dieses Interesse gewinnt in der Regel umso mehr an Gewicht, je länger die (ursprünglich fehlerhafte) Verfügung bereits Bestand hatte.¹²⁷

Denkbar ist freilich immer auch, dass eine Bundesbehörde zugunsten des Verfügungsadressaten intervenieren möchte, der die für ihn ungünstige Verfügung «gehorsam» akzeptiert hat. Die Interessen der weiteren Beteiligten (z.B. der kantonalen Behörde) dürften in diesem Fall tendenziell von untergeordneter Bedeutung sein.¹²⁸

- 64 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat deshalb mit Blick auf materielle Änderungen (Widerrufe) rechtskräftiger Verfügungen eine «Faustformel» entwickelt, wonach in drei Konstellationen der Vertrauensschutz üblicherweise überwiegt:

Die Verfügung hat ein subjektives Recht eingeräumt, sie beruht auf einer umfassenden Interessenabwägung oder der materielle Verfügungsadressat hat gutgläubig Dispositionen getroffen, die nicht ohne erhebliche Nachteile rückgängig gemacht werden können. Während die ersten beiden Konstellationen von untergeordneter Bedeutung sind, weil sie entweder kaum je vorkommen (subjektive öffentliche Rechte) oder schlicht die Regel bilden (umfassende Interessenabwägung), dreht sich der «Streit» häufig um die Frage, ob vertrauensschutzbegründende Dispositionen getroffen wurden.¹²⁹

- 65 Umgekehrt überwiegt in den folgenden drei Konstellationen regelmässig das Gesetzmässigkeitsinteresse:

Der Adressat hat durch unrichtige oder unvollständige Angaben auf die Verfügung eingewirkt, es liegen besonders gewichtige öffentliche Interessen vor oder der rechtswidrige Zustand würde lange Zeit fort dauern.¹³⁰

- 66 Trotz dieser «Muster-Konstellationen» führt kein Weg daran vorbei, dass die kantonale Behörde jeweils im Einzelfall und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (namentlich in Anbetracht des übergeordneten Ziels der Bundesaufsicht) zu prüfen hat, welchem Anliegen – Gesetzmässigkeitsprinzip oder Vertrauensschutz – Vorrang zukommt.¹³¹

¹²⁷ MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 47.

¹²⁸ Vgl. MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 18; ferner TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 870.

¹²⁹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 871 ff.; BGE 144 III 285 E. 3.5.

¹³⁰ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 875 ff.

¹³¹ Vgl. MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 56 N 18; gl.M. GRIFFEL, Rz. 222 und 225, wonach die Fallgruppen nicht zur Unwiderrufbarkeit der Verfügung führen dürfen, sondern die Abwägung im Einzelfall massgeblich ist. Vgl. auch BGE 144 III 285 E. 3.5 m.w.H., wonach die Faustformel nicht absolut gilt, sondern ein Widerruf in Frage kommen kann, wenn dies ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse gebietet.

c. *Abschluss der materiellen Prüfung*

- 67 Die kantonale Behörde schliesst das aufsichtsrechtlich initiierte Verfahren durch (teilweise oder vollständige) Gutheissung (d.h. die ursprüngliche Verfügung wird, wie von der Aufsichtsbehörde anbegehrt, ganz oder teilweise «geändert») oder durch Abweisung des Gesuchs (d.h. die ursprüngliche Verfügung wird «bestätigt») ab. Wie bereits erwähnt, können diese neuen Verfügungen mit den gleichen Rechtsmitteln wie die ursprüngliche Verfügung angefochten werden, selbstverständlich auch von der Bundes(aufsichts)behörde.¹³²

d. *Schadenersatzpflicht*

- 68 Durch eine Gutheissung des aufsichtsrechtlichen Wiedereröffnungsverfahrens kann dem materiellen Verfügungsadressaten ein Schaden erwachsen. Dazu kommt es, wenn eine für ihn begünstigende Verfügung aufgehoben wird, er im Vertrauen auf sie womöglich aber bereits Dispositionen getroffen hat. Die kantonale Behörde wird in diesem Fall abklären müssen, ob dem Verfügungsadressaten gestützt auf Art. 9 BV ein Entschädigungsanspruch (sog. Ersatz des Vertrauensschaden¹³³) zusteht.¹³⁴ Dieser Anspruch richtet sich gegen die Körperschaft (Kanton oder Gemeinde), deren Verwaltungsbehörde neu verfügt hat.¹³⁵

¹³² Art. 57 Abs. 2 VRPG/BE analog; siehe Rz. 57. Je nach Verfahrensgegenstand bzw. Wiedereröffnungsgrund wirkt die Gutheissung *ex tunc* oder *ex nunc* (zum Zeitpunkt der Wirksamkeit des Widerrufs bei Verfügungen siehe GRIFFEL, Rz. 227a; vgl. auch WALDMANN/WIEDERKEHR, S. 177).

¹³³ Ausführlich hierzu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 700 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 488.

¹³⁴ Art. 58 VRPG/BE analog (zu den Voraussetzungen der Schadenersatzzahlung MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 58 N 2 ff.); vgl. auch die Kommentierung zu Art. 85 VRP/SG bei SCHÄRER, *Komm. VRP/SG*, Art. 85 N 10; ferner TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 879. Der Eingriff in ein wohl erworbenes Recht kann nebst dem Vertrauensprinzip (Art. 9 BV) auch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) verletzen (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 34 Rz. 26 m.w.H.).

¹³⁵ Art. 58 Abs. 2 VRPG/BE analog; vgl. hierzu MÜLLER, *Komm. VRPG/BE*, Art. 58 N 13 f.

V. Beantwortung der Gutachtensfragen

(1) Wann erwachsen erstinstanzliche kantonale Verfügungen für Bundes(aufsichts)behörden in formelle Rechtskraft?

Erstinstanzliche kantonale Verfügungen werden formell rechtskräftig, wenn sie mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden können (Rz. 17). Die Rechtsmittelfrist beginnt jeweils mit der ordnungsgemässen Eröffnung der Verfügung zu laufen (Rz. 18). Diese prozessuale Grundregel gilt auch in Bezug auf die Aufsichtsbehörden des Bundes. Muss diesen eine erstinstanzliche kantonale Verfügungen nicht eröffnet werden, beginnt der Fristenlauf mit der ordnungsgemässen Zustellung der Verfügung an den materiellen Verfügungsadressaten zu laufen (Rz. 21). Daraus resultiert die im Bereich des BGGB häufig anzutreffende Problematik, wonach die Verfügung für die Bundesbehörde unbemerkt in Rechtskraft erwächst und von ihr daher nur noch mittels „ausserordentlicher Rechtsmittel“, wie namentlich dem aufsichtsrechtlichen Wiedereröffnungsverfahren (Rz. 41 ff.), in Frage gestellt werden kann. Eine Ausnahme hiervon besteht, wenn eine Eröffnungspflicht spezialgesetzlich vorgesehen ist (Rz. 32) oder die Bundesbehörde kraft ihrer Aufsichtskompetenz um Zustellung der Verfügung ersucht hat (Rz. 30 ff.). In diesen Fällen beginnt die Rechtsmittelfrist erst zu laufen, wenn die Verfügung der Bundesbehörde ordnungsgemäss eröffnet wurde.

(2) Kann eine Bundes(aufsichts)behörde trotz fehlender Eröffnungspflicht von einer kantonalen Behörde verlangen, dass ihr gewisse Verfügungen und Entscheide künftig dennoch eröffnet werden? Oder kann sich die Bundesbehörde lediglich in bereits laufenden Verfahren nachträglich als Partei konstituieren?

Die zuständige Bundesbehörde ist befugt, zwecks effektiver Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflicht, von den Kantonen *präventiv* die Zustellung von Verfügungen (und Entscheiden) zu verlangen (sog. aufsichtsrechtliches Zustellungsbegehren). Dabei kann sie ihr Zustellungsbegehren auf jene Verfügungen beschränken, die besonders umstrittene Rechtsanwendungsfragen zum Gegenstand haben. Es steht der Bundesbehörde aber auch frei, die Eröffnung sämtlicher kantonalen Verfügungen, die sich auf das von ihr beaufsichtigte Rechtsgebiet stützen, zu verlangen (zum Ganzen Rz. 31 ff.).

Die Bundesbehörde darf sich sodann auch an bereits *laufenden* kantonalen (Beschwerde-)Verfahren beteiligen bzw. sich nachträglich als Partei konstituieren (Rz. 11, 31 und 39 ff.). Vorausgesetzt ist aber auch hier, dass dies im Rahmen ihrer (aufsichtsrechtlichen) Zuständigkeit geschieht. Ein *Verzicht* auf die Beteiligung an einem laufenden Verfahren führt nicht zum Verlust des Beschwerderechts im nachfolgenden Rechtsmittelzug (Rz. 31). Mit einem bewussten Verzicht dürfte die Bundesbehörde allerdings die Möglichkeit, ein Verfahren neu bzw. wieder zu eröffnen, verwirken (Rz. 59).

- (3) **Angenommen, der Bundesbehörde stehen die in Frage 2 erwähnten Aufsichts-massnahmen (Zustellungsbegehren; Verfahrens-beteiligung) im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenz grundsätzlich zur Verfügung: Unter welchen Voraussetzungen dürfen die Kantone sich ihnen entgegenstellen?**

Solange die zuständige Bundesbehörde die Massnahmen im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenz ergreift und dabei die rechtsstaatlichen Grundsätze (Legalitätsprinzip, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeitsprinzip) beachtet, hat der Kanton sich grundsätzlich kooperativ zu verhalten und den Gesuchen um Zustellung oder um Verfahrens-beteiligung zu entsprechen. Insbesondere das bisweilen vorgebrachte Argument der Wahrung des Amtsgeheimnisses verfängt nicht, muss die Bundesbehörde, um ihrer Aufsichtspflicht nachzukommen, doch genau in jene Geheimnisse (d.h. in die einzelnen kantonalen Verfügungen) Einsicht nehmen können (Rz. 38).

- (4) **Kann die zuständige Bundesbehörde eine bereits in formelle Rechtskraft erwachsene erstinstanzliche kantonale Verfügung noch anfechten? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?**

Der Bundes(aufsichts)behörde steht gegen rechtskräftige kantonale Verfügungen als Aufsichtsmittel ein spezifisches *Verfahren zur Wiedereröffnung* des abgeschlossenen Verfahrens zur Verfügung (Rz. 41 ff., 58 ff.). Ein entsprechendes Gesuch hat sie bei jener kantonalen Verwaltungsbehörde einzureichen, welche die strittige Verfügung erlassen hat.

Mangels einschlägiger Vorschriften hat sich das Verfahren an den verwandten Regeln zu Wiedererwägung/Widerruf von Verfügungen zu orientieren, ist aber gesamtschweizerisch einheitlich auszugestalten (Rz. 51). Konfrontiert mit einem Gesuch um Verfahrenswiedereröffnung wird die kantonale Verwaltungsbehörde als erstes die Eintretensvoraussetzungen (Verfahrensgegenstand, Befugnis, schutzwürdiges Interesse, Form, Frist, Wiedereröffnungsgrund) zu prüfen haben (vgl. Rz. 59). Sind diese allesamt gegeben, wird sie im Rahmen der materiellrechtlichen Prüfung darüber befinden, inwieweit eine Bundesrechtswidrigkeit vorliegt und bejahendenfalls, welchem Interesse (Gesetz-mässigkeit vs. Vertrauensschutz) der Vorrang zukommt (Rz. 61 ff.).

Sowohl bei *Nichteintreten*, *Gutheissung* als auch bei *Abweisung* des Gesuchs ergeht eine neue Verfügung, die die Bundesbehörde gegebenenfalls mittels ordentlichem Rechtsmittel anfechten kann (Rz. 60 und 67).

Bern, 17. November 2022



Prof. Dr. Markus Müller



Yannick Fuchs, BLaw

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017.
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. BEARBEITER/IN, *Staatsrecht*, § _ Rz. _).
- CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/GIRARDIN FLORENCE AUBRY (Hrsg.), Commentaire de la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral), 2. Auflage, Bern 2014 (zit. BEARBEITER/IN, *Commentaire de la LTF*, Art. _ N _).
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).
- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Auflage, Genf 2022.
- GYGI FRITZ, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020.
- HERZOG RUTH/DAUM MICHEL, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Auflage, Bern 2020 (zit. BEARBEITER/IN, *Komm. VRPG/BE*, Art. _ N _).
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018.
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021.
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.
- MÜLLER MARKUS, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Auflage, Bern 2021 (zit. MÜLLER, *Verwaltungsrechtspflege*, S. _).
- MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Kantonale Aufsicht über die Staatsschutz­tätigkeit, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl), 113/2012, S. 2 ff.
- NIGGLI ALEXANDER MARCEL/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage, Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).
- NIGGLI ALEXANDER MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 4. Auflage, Basel 2019 (zit. BSK StGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

- RIZVI SALIM S./SCHINDLER BENJAMIN/CAVELTI URS PETER (Hrsg.), Gesetz über die Verwaltungspflege des Kantons St. Gallen (VRP), Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2020 (zit. BEARBEITER/IN, *Komm. VRP/SG*, Art. _ N _).
- SCHULTHESS STEFAN/WIEDERKEHR RENÉ, Aufsicht und Legalitätsprinzip, in: ZBl, 110/2009, S. 181 ff.
- SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Auflage, Bern 2015 (zit. SHK BGG-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).
- SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANETTE/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Praxiskommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013 (zit. PK BGG-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).
- TANNER MARTIN, Wiedererwägung. Revision von ursprünglich fehlerhaften und Anpassung von nachträglich fehlerhaft gewordenen Verfügungen, Diss. Zürich 2021.
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Zürich 2021 (zit. PK StGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Auflage, Bern 2021.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Bern 2022.
- WALDMANN BERNHARD, Beschwerdebefugnis ohne Kenntnis des Beschwerdeobjekts?, in: Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (BR/DC), 2/2009, S. 72 (zit. WALDMANN, *Beschwerdebefugnis*, S. _).
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Freiburg i.Ü. 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).
- WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019.

Materialienverzeichnis

Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff.

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1998 (*Surveillance Fédérale. Notion et modalités.*), VPB 64.24.

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 31. August 2004 (*Bundesaufsicht im Strassenverkehr. Einzelne Fragen zur Aufsicht des Bundes über die Einhaltung bundesrechtlicher Normen.*), VPB 69.1.