

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	49 (1930)
Artikel:	Die Verwaltungspflege beim Bundesgericht
Autor:	Kirchhofer, Emil
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896398

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht.

Von Bundesrichter Dr. EMIL KIRCHHOFER
in Lausanne.

INHALTSVERZEICHNIS.

	Seite
A. Allgemeines	2
I. Das Bundesgericht als Verwaltungsgericht im allgemeinen.	2
II. Die beiden Arten von Verwaltungsstreitsachen.	11
B. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde	12
I. Charakter und Verfahren im allgemeinen.	12
II. Die Beschwerdematerien.	14
III. Der anfechtbare Verwaltungsentscheid.	24
1. Der Entscheid.	24
2. Instanzen, deren Entscheid angefochten werden kann.	26
IV. Die Parteien.	28
V. Die Legitimation zur Beschwerde.	32
VI. Der Umfang des Rechtsstreites. Die Rechtsbegehren.	37
VII. Die Beschwerdegründe und die richterliche Überprüfungsbefugnis.	40
1. Allgemeines.	40
2. Rechtsfragen.	42
3. Tatfragen.	43
4. Ermessensfragen.	47
5. In Kriegs- und Militärsteuersachen	60
VIII. Suspensiv- und Devolutivwirkung.	63
IX. Das Urteil.	65
1. Die verschiedenen Arten.	65
2. Die Rechtskraft.	67
X. Verhältnis zu andern eidg. Rechtsmitteln.	73
C. Die verwaltungsrechtliche Klage.	75
I. Im allgemeinen.	75
II. Die Fälle des Art. 17 VDG.	76
1. Gemeinschaftliche Merkmale.	76
2. Die einzelnen Fälle, insbesondere die Beamten- sachen	82
3. Vorbehalte und Ausnahmen.	84
III. Die Fälle des Art. 18 VDG.	86
IV. Verfahren.	90

A B K Ü R Z U N G E N.

VDG	BundesG über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechts- pflege vom 11. Juni 1928.
BV	Bundesverfassung.
Beamtg	BundesG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927.
BZP	BundesG über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürger- lichen Rechtsstreitigkeiten von 1850.
KStB	Bundesbeschluss betr. die neue ausserordentliche Kriegssteuer vom 28. Sept. 1920.
OG	BundesG betr. die Organisation der Bundesrechtspflege von 1893 (mehrfach abgeändert und ergänzt).
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts.
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts.
Botsch.	Botschaft des Bundesrats zum Entwurf eines VDG vom 27. März 1925.
Ständerat	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Abteilung Ständerat, 1926.
Nationalrat	Dasselbe, Abteilung Nationalrat, 1926.
Fleiner	Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl.
Jellinek	Walter Jellinek, Verwaltungsrecht.
O. Mayer	Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Aufl.
Merkl	Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht.

A. Allgemeines.

I. Das Bundesgericht als Verwaltungsgericht im allgemeinen.

Der Art. 114bis BV lässt die Frage offen, wer Träger der eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit sein soll. Der Gesetzgeber hatte die Wahl, ein besonderes Verwaltungsgericht ins Leben zu rufen oder den Kompetenzkreis eines der beiden eidg. Gerichtshöfe, des Bundesgerichts oder des Versicherungsgerichts, entsprechend zu erweitern. Das BG über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechts-
pflege vom 11. Juni 1928 hat die Frage dahin gelöst, dass die Beurteilung der in den Bereich des Bundes fallenden Administrativstreitigkeiten dem Bundesgericht übertragen wird. So ist das Bundesgericht mit dem 1. März 1929, dem

Tage des Inkrafttretens des Gesetzes, eidgenössisches Verwaltungsgericht geworden.¹⁾

Das erwähnte Gesetz regelt im Abschnitt über die Verwaltungsrechtspflege, ausser den verwaltungsgerichtlichen Funktionen des Bundesgerichts, auch die Beurteilung von Verwaltungsstreitigkeiten durch den Bundesrat und ferner noch die Spruchtätigkeit der Zollrekurskommission. Der Begriff der Verwaltungsrechtspflege im Sinne des Gesetzes umfasst daher die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Verwaltungsrechtspflege durch Organe der Verwaltung, beides im Gegensatz zur gewöhnlichen Verwaltungstätigkeit. Auch das Wirken der Verwaltung ist, soweit es durch Rechtsnormen gebunden ist, Anwendung des Rechts, in erster Linie des Verwaltungsrechts. Materiell üben die Organe der Verwaltungsrechtspflege eine Tätigkeit aus, die auch diejenige der Verwaltung ist, eben die Rechtsanwendung. Das Besondere der Verwaltungsrechtspflege gegenüber der Verwaltung liegt darin, dass bei ihr, dem Rechtsschutzzweck entsprechend, die Rechtsanwendung geschieht auf Grund eines dem Zivilprozess ähnlichen Verfahrens, und was die Verwaltungsgerichtsbarkeit dann noch voraus hat vor der übrigen Verwaltungsrechtspflege, das ist die Stellung des Trägers als einer von der Verwaltung gesonderten und mit förmlicher richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Behörde.

¹⁾ In Ausführung von BV Art. 114 Abs. 2 überträgt das Gesetz in beschränktem Umfange dem Bundesgericht auch die Disziplinarrechtspflege gegenüber Bundesbeamten, Art. 33 ff. Die Disziplinarrechtspflege ist zwar auch Verwaltungsrechtspflege im weitern Sinne. Sie wird aber in der Verfassung und im Gesetz von der Verwaltungsrechtspflege (im engern Sinne) terminologisch unterschieden und systematisch gesondert. Die vorliegende Abhandlung befasst sich nur mit der Verwaltungsrechtspflege im engern Sinne.

Über die Entstehungsgeschichte des Verfassungsartikels und des VDG orientiert die Botschaft zum letztern, 1 ff. S. auch Gubler und Steiner, Die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, Einleitung 5 ff.

Wenn das VDG die eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Bundesgericht überträgt, so bedeutet das keine blosse äussere Angliederung des Verwaltungsgerichts an den obersten Gerichtshof. Die Aufgabe wird dem Bundesgericht als solchem übertragen. Sie bildet einen neuen Zweig der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, die mit der Staats- und Zivilrechtspflege usw. auf einer Stufe steht. Das Gesetz spricht denn auch überall vom Bundesgericht als Organ der Verwaltungsrechtspflege und nicht vom Verwaltungsgericht.²⁾ Das Gesetz ordnet immerhin an, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit von der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts ausgeübt werde (Art. 2 Abs. 1). Allein diese Bestimmung betrifft die innere Organisation des Gerichtshofs. Sie erhebt nicht die staats- und verwaltungsrechtliche Abteilung zu einem eigenen Tribunal. Die Abteilungen des Bundesgerichts sind keine selbständigen Gerichte; sie bringen die dem Bundesgericht als solchem zukommende ungeteilte Jurisdiktionsgewalt zum Ausdruck.

Jene Bestimmung sorgt aber dafür, dass innerhalb des Bundesgerichts die Rechtssprechung über öffentlich-rechtliche Sachen, insbesondere die Verwaltungsrechtspflege, von der Ziviljustiz nicht nur nach dem Verfahren, sondern auch in organisatorischer und personeller Hinsicht getrennt ist.³⁾ Doch ermächtigt das Gesetz das Bundesgericht, durch Reglement gewisse verwaltungsrechtliche Sachen auch andern Abteilungen zuzuweisen (Art. 2 Abs. 2 und 3). Von dieser Ermächtigung Gebrauch machend, hat das Bundesgericht die Registersachen (VDG Anhang I) den Zivilabteilungen und die Streitigkeiten aus dem

²⁾ Wenn in diesem Aufsatz der Einfachheit halber vom Verwaltungsgericht gesprochen wird, so ist damit überall das Bundesgericht als Verwaltungsgericht gemeint.

³⁾ Durch Reglement hat das Bundesgericht innerhalb der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung eine fünfgliedrige Kammer für die verwaltungsgerichtlichen Geschäfte gebildet (OG Art. 16 in der neuen Fassung gemäss VDG Art. 49).

Dienstverhältnis der Bundesbeamten (Art. 17a) der Kammer für Beamten Sachen übertragen. Da die Kammer für Beamten Sachen, der die eidg. Disziplinarrechtspflege, so weit sie dem Bundesgericht anvertraut ist, obliegt, sich ausschliesslich mit Streitigkeiten des öffentlichen Rechts befasst, liegt in der Zuteilung der Beamten Sachen an sie eine Durchbrechung der Regel, nach der im Gerichtshof publizistische und zivile Justiz geschieden sein sollen, höchstens in personeller Beziehung, insofern in der Beamtenkammer auch Mitglieder der Zivilabteilungen sitzen können. Die Verweisung der Registersachen an die Zivilabteilungen ist mit Rücksicht auf die Natur dieser Streitigkeiten, wie noch auszuführen sein wird, mehr eine scheinbare als eine wirkliche Ausnahme von der genannten Regel.

Weil das Bundesgericht als solches die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausübt, gelten die allgemeinen Bestimmungen des OG auch in Hinsicht auf diese Funktion. Das wäre so, auch wenn es Art. 3 VDG nicht ausdrücklich sagen würde. Die Beratungen des Verwaltungsgerichts sind daher öffentlich (OG Art. 36). Hievon macht indessen das VDG, Art. 15, eine Ausnahme für die Kriegs- und Militärsteuersachen.⁴⁾

Nach der deutschen Theorie der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind die Verwaltungsgerichte gerichtsähnliche Behörden innerhalb der Verwaltung, die, mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet, über Verwaltungsstreitigkeiten in einem dem Zivilprozess nachgebildeten Verfahren entscheiden.⁵⁾ Die Verwaltungsgerichte sind danach einerseits Organe der Verwaltung, wie sie ja materiell Verwaltung üben. Mit Rücksicht auf ihre Rechtspflegefunktionen sind sie aber auf der andern Seite in organisatorischer und prozessualer Hinsicht selbständige im Ver-

⁴⁾ Vgl. KStB Art. 141 betr. die Schweigepflicht der Steuerbehörden.

⁵⁾ Meyer-Anschütz, Deutsches Verwaltungsrecht 7. Aufl. 779 ff., O. Mayer, 176.

hältnis zur übrigen Verwaltung. Sie haben eine administrative und eine justizmässige Seite. Die letztere ist aber doch nicht stark genug, um die Verwaltungsgerichte aus dem allgemeinen Rahmen der Verwaltung herauszuziehen und dem Aufbau der Justiz einzugliedern.

In dieses Schema passt das eidg. Verwaltungsgericht nicht. Indem die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Bundesgericht übertragen wurde, ist sie dem Hauptträger der richterlichen Gewalt im Bunde anvertraut, also in der denkbar entschiedensten Weise aus der Verwaltung herausverlegt worden. Dem Postulat nach richterlicher Unabhängigkeit ist damit in dem Umfange Genüge geschehen, in dem unsere Rechtsordnung die richterliche Unabhängigkeit überhaupt gewährleistet.⁶⁾ Auch als Verwaltungsgericht ist das Bundesgericht innerhalb seiner richterlichen Tätigkeit unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen (OG Art. 47 Abs. 2). Über seine Spruchtätigkeit erstattet es zwar der Bundesversammlung Bericht.⁷⁾ Aber es hat von dieser, was den Inhalt seiner Rechtsprechung anlangt, weder Kritik noch Weisung entgegenzunehmen. Beim eidg. Verwaltungsgericht liegt der aussere Nachdruck stärker auf der justizmässigen Seite der Institution, als es bei den deutschen Verwaltungsgerichten der Fall ist.⁸⁾ Noch mehr unterscheidet es sich in seiner formellen Stellung von den französischen

⁶⁾ Die lebenslängliche Anstellung des Richters, worin man anderwärts eine wesentliche Garantie ihrer Unabhängigkeit erblickt, kennt das schweiz. Recht nicht. S. z. B. die Verfassung des deutschen Reichs, Art. 104.

⁷⁾ In der Form der amtlichen Sammlung der Entscheidungen, die man als einen Bestandteil des Geschäftsberichtes ansehen kann. S. BV 85 Ziff. 11, OG Art. 47.

⁸⁾ Es gibt auch neuere deutsche Verwaltungsgerichte, die nicht mehr dem Typus des der Verwaltung angegliederten Verwaltungsgerichts entsprechen. So sind das Hamburgische Verwaltungsgericht und das Hamburgische Oberverwaltungsgericht aufs engste mit dem Landgericht Hamburg und dem Hanseatischen Oberverwaltungsgericht verbunden. S. Jellinek, 290.

Verwaltungsgerichten, die gemäss der scharf betonten Trennung der administrativen und der richterlichen Gewalt durchaus Verwaltungsbehörden und nicht einmal in ihrer obersten Spitze, dem Staatsrat, de jure richterlich unabhängig sind.⁹⁾

Wenn schon die eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit so von der Verwaltung absolut geschieden und dem Hauptorgan der richterlichen Gewalt übergeben ist, so bedeutet das doch nicht die „justizstaatliche“ Lösung des Problems, worunter man die Unterwerfung der Verwaltung unter die Rechtskontrolle des ordentlichen Richters versteht.¹⁰⁾ Das Bundesgericht ist ja nicht nur Zivilgericht, sondern es war von jeher auch ein Gerichtshof für öffentliches Recht mit einem eigenen, der Sonderart der öffentlichrechtlichen Streitigkeiten angepassten Verfahren. Diese Seite seiner Kompetenz ist durch die Zuweisung der eidg. Verwaltungsstreitsachen ausgebaut worden. Es handelt sich nicht um die Öffnung des ordentlichen Rechtsweges für die Administrativstreitigkeiten, sondern um die Schaffung eines Verwaltungsrechtsweges, wie er durch bisherige Rechtspflegefunktionen des Bundesgerichts bereits vorgezeichnet war. Die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat schon bis anhin in sehr erheblichem Umfange sachlich Verwaltungsrechtspflege geübt, nämlich überall da, wo kantonale Verwaltungsakte mit dem staatsrechtlichen Rekurs wegen Verfassungsverletzung angefochten waren. Allerdings war die Nachprüfung auf einen speziellen Gesichtspunkt beschränkt; aber in diesem Rahmen war es doch Überprüfung von Verwaltungsakten auf ihre Rechtmässigkeit. Man findet denn auch in den staatsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts eine

⁹⁾ Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10. Aufl. 886, Barthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5. Aufl. 899. S. auch die rechtsvergleichende Studie von Pache, *Le Projet de la Cour adm. féd. et le Contentieux adm. en France et en Allemagne* (Lausanner Dissertation, 1927).

¹⁰⁾ Fleiner, 250.

Fülle verwaltungsrechtlicher Erörterungen, zu denen namentlich die Beschwerden aus Art. 4 BV Anlass gaben. Auch die Kompetenzen des Bundesgerichts im eidg. Expropriationsrecht sind materiell solche eines Verwaltungsgerichts. Die Eigenart des Bundesgerichts als eines Gerichtshofs auch für öffentliches Recht, bei dem die publizistische von der zivilen Rechtspflege in organisatorischer, personeller und prozessualer Hinsicht geschieden ist, bot die Möglichkeit, durch die Zuweisung der Administrativstreitigkeiten auch ein Verwaltungsgericht aus ihm zu machen, das dem Typus des „echten“ Verwaltungsgerichts¹¹⁾ entspricht, nicht nur nach der Seite der Trennung von der Verwaltung und der richterlichen Unabhängigkeit, sondern auch nach der Seite der Sonderung von der Ziviljustiz.

Das eidg. Verwaltungsgericht hat aber, trotz der völligen äussern Trennung von der Verwaltung, doch auch die Doppelnatur, von der oben die Rede war, und die im Wesen eines Verwaltungsgerichts begründet ist. In den Formen der Justiz, zum Zwecke des Rechtsschutzes, übt es sachlich eine Tätigkeit aus, die keine andere ist als diejenige der Verwaltung selber. Es wendet das Verwaltungsrecht an, wie es bereits die Verwaltungsbehörde getan hat oder hätte tun sollen. Es spricht verbindlich aus, was in einem bestimmten Verhältnis zwischen dem Einzelnen und der Verwaltung Rechtens ist oder zu sein hat; und auch über den einzelnen Fall hinaus wird und soll seine Rechtsprechung massgebend sein für die Verwaltung. Die nähere Ausgestaltung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit akzentuiert sogar die administrative Seite der Einrichtung. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde hat nicht nur eine cassatorische, sondern auch eine meritorische Funktion (VDG Art. 16 Abs. 2); das Verwaltungsgericht ist nicht an Beschwerdegründe, in einer Hauptmaterie, den Kriegssteuersachen, nicht einmal

¹¹⁾ Fleiner, 249.

an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden (Art. 16 Abs. 1); die Überprüfung und allfällige Neufeststellung des Sachverhaltes kann von amteswegen erfolgen (Art. 11, OG Art. 186). Ein solches Walten des Bundesgerichts als Verwaltungsgericht auf dem administrativen Gebiet bedingt Änderungen und Verschiebungen in der Ordnung der Verantwortlichkeiten. Das Bundesgericht treibt sachlich Verwaltungstätigkeit, ohne dafür diejenige Verantwortlichkeit zu tragen, die eigentlich dem Wesen der Verwaltung entspricht.¹²⁾ Soweit es die Rechtsanwendung durch die Verwaltung direkt oder indirekt bestimmt, ist diese der Aufsichtsgewalt der oberen Verwaltungsbehörde, insbesondere des Bundesrates, und auch der parlamentarischen Kontrolle tatsächlich entzogen. Ein „echtes“ Verwaltungsgericht verträgt sich eben schlecht mit der Lehre von der Trennung der Gewalten. Man kann es von der übrigen Verwaltung äusserlich ablösen und ihm dieser gegenüber eine völlig unabhängige Stellung geben, man kann es sogar aus der Verwaltung gänzlich herausverlegen, wie das bei uns geschehen ist; aber es hängt mit seiner Aufgabe zusammen, dass es selber, entscheidend und richtunggebend, in die Verwaltung eingreift. Das muss man in Kauf nehmen, wenn man den Rechtsschutz des Bürgers vor Übergriffen der Verwaltung in dieser Form verwirklichen will. Die organisatorische und funktionelle Trennung der administrativen von der richterlichen Gewalt ist übrigens auch sonst im Bunde, wie auch in den Kantonen, nur im grossen und ganzen, aber nicht im einzelnen streng durchgeführt.¹³⁾

Das Bundesgericht ist das allgemeine, aber nicht das einzige eidgenössische Verwaltungsgericht. Ein Spezialverwaltungsgericht für die Streitigkeiten aus der öffentlichen Personenversicherung ist das eidgenössische Versicherungsgericht, das die gleiche richterliche Unabhängigkeit

¹²⁾ Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 105 ff.

¹³⁾ Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 132.

keit wie das Bundesgericht geniesst.¹⁴⁾ Als Verwaltungsgerichte wird man auch die eidgenössischen Schätzungscommissionen in Expropriationssachen, deren Mitglieder vom Bundesrat, vom Bundesgericht und von den kantonalen Regierungen ernannt werden,¹⁵⁾ ansprechen dürfen, wenn schon ihre richterliche Unabhängigkeit nirgends ausdrücklich statuiert ist. Bei weiteren Organen der Verwaltungsrechtpflege, deren Mitglieder vom Bundesrat auf drei Jahre gewählt werden und die der Bundesverwaltung, wenn auch nur lose, angegliedert sind, ist es zweifelhaft, ob man es mit Verwaltungsgerichten im eigentlichen Sinn zu tun hat; rechtlich haben sie jedenfalls keine richterliche Unabhängigkeit, wenn schon Einmischungen in ihre Rechtsprechung tatsächlich unterbleiben mögen. Solche Organe der Verwaltungsrechtpflege sind die Zollrekurskommission,¹⁶⁾ die Rekurskommission und die Schätzungscommissionen der eidgenössischen Militärverwaltung und andere Kommissionen.¹⁷⁾

Das VDG bringt durch seine Terminologie zum Ausdruck, dass der Bundesrat als Organ der Verwaltungsrechtpflege nicht den Charakter eines Verwaltungsgerichtes hat, indem es die Bezeichnung Verwaltungsgerichtsbarkeit nur für die Verwaltungsrechtpflege beim Bundesgericht verwendet (Art. 1, 2, 3) und das Rechtsmittel an den Bundesrat Verwaltungsbeschwerde nennt (Art. 22 ff.), im Gegensatz zur verwaltungsgerichtlichen Beschwerde ans Bundesgericht (Art. 4 ff.). Immerhin ist zu beachten, dass in der Verwaltungsbeschwerde auch der bisherige staatsrechtliche Rekurs an den Bundesrat aufgegangen ist (Art. 22d, OG Art. 189 Abs. 1, 2 und 4). So-

¹⁴⁾ BB betr. die Org. des eidg. Versicherungsgerichts vom 28. März 1917, Art. 28.

¹⁵⁾ Eidg. ExprG von 1850, Art. 37.

¹⁶⁾ VDG Art. 32, ZollG vom 1. Okt. 1925, Art. 141.

¹⁷⁾ Vdg des Bundesrates vom 15. Febr. 1929. Die Botsch., 64, nennt weitere eidg. Kommissionen, die über Verwaltungsstreitsachen in besondern Materien zu entscheiden haben.

weit es sich um die Anfechtung eidgenössischer Entscheide handelt, wird man in dem Rechtsmittel an den Bundesrat die Beschwerde an die höhere Instanz innerhalb der Verwaltung zu erblicken haben, also die typische administrative Beschwerde im Gegensatz zur Anrufung des Verwaltungsrichters.¹⁸⁾

II. Die beiden Arten von Verwaltungsstreitsachen.

Das eidgenössische Verwaltungsgericht ist entweder Beschwerdeinstanz oder, wie das Gesetz sagt, einzige Instanz. Es handelt sich bei dieser Gliederung um das, was in der Doktrin des Verwaltungsrechts nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsjustiz genannt wird, Verwaltungsrechtspflege a posteriori und a priori.¹⁹⁾ Im erstern Fall hat eine Verwaltungsbehörde bereits entschieden, und ihr Entscheid bildet den Gegenstand der Anfechtung vor dem Verwaltungsgericht. Bei den Streitigkeiten der zweiten Art urteilt das Verwaltungsgericht, ohne dass über das streitige Verhältnis zuvor ein verbindlicher administrativer Ausspruch ergangen wäre. Es ist die verwaltungsrechtliche Klage im Gegensatz zur verwaltungsgerichtlichen Beschwerde. Die verwaltungsrechtliche Klage findet ihr Gegenstück in der Zivilklage, während die verwaltungsgerichtliche Beschwerde nicht etwa einem ordentlichen zivilprozessualen Rechtsmittel von einem untern an ein höheres Gericht gleichsteht. Daraus dass das Gesetz bei der Klage das Verwaltungsgericht als einzige und bei der Beschwerde die Verwaltungsbehörde als Vorinstanz (Art. 16) bezeichnet, darf man nicht schliessen, dass das Verwaltungsgericht als solches bei der Beschwerde zweite oder dritte Instanz sei, je nachdem in der Verwaltung eine Behörde oder zwei Behörden hintereinander zuvor entschieden haben. Das Verwaltungsgericht ist auch hier

¹⁸⁾ Fleiner, 230 ff.

¹⁹⁾ O. Mayer, 152, Merkl, 284 f.

einige richterliche Instanz.²⁰⁾ Man hat es nicht mit einem Weiterzug von einem Verwaltungsgericht unterer an ein solches höherer Ordnung zu tun, sondern von der Verwaltung an die Justiz. Erst mit der Beschwerde verlässt die Streitsache die Sphäre der Verwaltung und tritt in diejenige der Justiz ein. Das ist nur da anders, wo die kantonale Behörde, deren Entscheid angefochten wird, bereits den ausgesprochenen Charakter eines Verwaltungsgerichts oder doch eines eigentlichen Organs der Verwaltungsrechtspflege hat, was z. B. bei den Kriegssteuersachen zutreffen kann je nach der Organisation der kantonalen Rekurskommission.²¹⁾

Darf man so mit dem Begriff der Beschwerdeinstanz im Sinne des Gesetzes nicht den Gedanken an eine obere verwaltungsgerichtliche Instanz verbinden, so hindert das nicht, dass das von der Verwaltung an die Justiz gehende Rechtsmittel allerlei Züge eines zivilprozessualen Rechtsmittels aufweist.

B. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde.

I. Charakter und Verfahren im allgemeinen.

Das VDG regelt die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde (Art. 4 bis 9), die Beschwerdegründe, den Umfang der Überprüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (Art. 10, 11, 16). Es spricht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung ab (Art. 12). Über das Verfahren enthält es nur wenige Bestimmungen, indem es im übrigen auf dasjenige des staatsrechtlichen Rekurses verweist, das in Art. 49 teilweise abgeändert wird (Art. 13 bis 15). Auch was die Zulässigkeit der Revision und der Erläuterung an-

²⁰⁾ In den meisten deutschen Ländern ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit in mehrere Instanzen gegliedert. Fleiner, 251. In Frankreich ist der Staatsrat z. T. Berufungs-, z. T. einzige Instanz.

²¹⁾ KStB Art. 139.

langt, in Ansehung der Prozesskosten und der Urteilsvollstreckung sind die für den staatsrechtlichen Rekurs geltenden Regeln massgebend. (Art. 13, OG Art. 45 und 221, letzterer in der etwas abgeänderten Fassung gemäss VDG Art. 49h).

Über das Verfahren werden hier wenige Bemerkungen genügen, soweit darauf nicht unten näher einzugehen ist. Die Rekursfrist ist 30 Tage (VDG Art. 13) seit der Mitteilung des Entscheides (OG Art. 178 Z. 3). Die Beschwerde ist beim Bundesgericht direkt, nicht bei der Behörde, die den Entscheid erlassen hat, einzulegen (VDG Art. 13). Das Verfahren ist schriftlich; in der Regel findet nur ein einmaliger Schriftenwechsel statt; eine mündliche Schlussverhandlung kann ausnahmsweise angeordnet werden (OG Art. 183/4). Da der BZP für das Verfahren des staatsrechtlichen Rekurses eine subsidiäre Rechtsquelle ist (OG Art. 22), so ist er es auch für die verwaltungsgerichtliche Beschwerde. Für die Punkte, die bei der staatsrechtlichen oder verwaltungsgerichtlichen Beschwerde nicht geordnet sind, aber einer Regelung bedürfen, kann so auf den BZP abgestellt werden, soweit natürlich die dortige Lösung der Natur des Rechtsmittels angemessen ist. Das wird namentlich im Beweisverfahren in Betracht kommen. Aus dem BZP ist z. B. auch herzuleiten, dass Parteivertreter eine schriftliche Vollmacht vorzulegen haben (BZP Art. 32).

Was den Charakter und die Funktion der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde anbetrifft, so wird sich aus den nachfolgenden Untersuchungen ergeben, dass sie keine blosse Nichtigkeitsbeschwerde ist, auch keine blosse revisio in jure, sondern als ein appellationsähnliches Rechtsmittel erscheint: das Verwaltungsgericht kann den Entscheid in allen seinen Elementen frei überprüfen (immerhin mit gewissen Ausnahmen: kantonales Recht, Ermessensfragen); es ist nicht gebunden an die Begründung der Beschwerde, auch nicht nach der Seite der Tatsachen. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde hat daher, wenn

auch nicht unbegrenzten, Devolutiveffekt. Von einer Appellation weicht sie auch darin ab, dass sie keine Suspensivwirkung hat.

Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde dient in erster Linie dem Schutz der subjektiven Rechte. Diesem Ziel verdankt sie ihre Existenz, wie die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltung überhaupt. Nach ihrer näheren Ausgestaltung dient dann aber die verwaltungsgerichtliche Beschwerde, neben jener typischen Aufgabe der Verwaltungsjustiz, auch der Wahrung des objektiven Rechtes, und zwar nicht nur mittelbar, insofern mit dem Schutz des subjektiven immer auch die Aufrechterhaltung des objektiven Rechtes verbunden ist, sondern auch hievon unabhängig: Bei kantonalen Entscheiden kann die Beschwerde auch vom Bundesrat, u. U. auch von einer kantonalen Behörde, ergriffen werden; bei Kriegssteuersachen ist das Verwaltungsgericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden.

II. Die Beschwerdematerien.

Die sehr umstrittene Frage, ob die Kompetenzen des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz mittels einer durch Ausnahmen abgeschwächten Generalklausel zu umschreiben sind oder aber durch Angabe der Materien, in denen die Beschwerde zulässig sein soll, ist vom Gesetz grundsätzlich im letztern Sinn entschieden worden. Die Beschwerdematerien sind dabei bald enger und bald weiter formuliert; für einzelne Gebiete, z. B. die Abgaben, enthält das Gesetz eine ganz generelle Fassung. Das System des Gesetzes ist Enumeration mit einigen allgemeinern Zuständigkeitsklauseln. Mit dieser Lösung muss man sich nun für einmal abfinden. Das Verwaltungsgericht wird seine Tätigkeit für eine Reihe von Jahren auf dieser Grundlage auszuüben haben. Jene Frage wird sich bei einer späteren Revision neu stellen auf Grund der mit dem Gesetz gemachten Erfahrungen und der Ent-

wicklung der Anschauungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt.

Bei der Auswahl der Beschwerdematerien waren nach der Botschaft, 133 f., folgende Gesichtspunkte massgebend: Nur solche Streitigkeiten sind der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterstellen, die sich für eine richterliche Kontrolle eignen. Das trifft nicht zu vor allem für die eigentliche Regierungstätigkeit und das Gebiet des administrativen Ermessens. Ferner sind auszuschliessen Streitigkeiten, deren Lösung von technischen Fragen abhängt, die einen internationalen Einschlag haben, die militärischen Charakter aufweisen, die nach ihrer Natur rasch erledigt werden müssen, endlich Bagatellsachen. Im grossen und ganzen, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, werden die enumerierten Sachen diesen Richtlinien entsprechen. Man kann natürlich die Frage aufwerfen, ob nicht noch in andern Materien die richterliche Kontrolle ebensosehr am Platze gewesen wäre, wie in den im Gesetze aufgezählten. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass eine nähere Prüfung derartige Fälle zutage fördern würde. Eine solche Untersuchung wäre aber zur Zeit unfruchtbare; auch würde sie, um einigermassen vollständig zu sein, umfassende Erhebungen in den einzelnen Verwaltungszweigen voraussetzen, die der Verfasser dieser Abhandlung nicht anstellen konnte. Die Frage bleibt daher hier unerörtert.

Das Gesetz stellt zunächst, ausserhalb des eigentlichen Katalogs der Beschwerdefälle, zwei allgemeinere Zuständigkeitsnormen auf, welche die Abgaben und die öffentlichrechtlichen Kautionen des Bundesrechts betreffen (Art. 4a und b).

Unter den Begriff der Abgaben fallen nicht nur die Steuern, ihre wichtigste Unterart, sondern auch andere öffentlichrechtliche Geldleistungen, die der Bund zur Deckung seines Finanzbedarfes erhebt, namentlich die Gebühren.²²⁾ Art. 5 des Gesetzes zählt die bedeutenderen

²²⁾ Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht, 4 ff.

Abgaben beispielsweise auf.²³⁾ Eine Einschränkung wird in Art. 5 Abs. 3 gemacht in Hinsicht auf Beschwerde- kosten: sie können nur in Verbindung mit der Haupt- sache Gegenstand der Beschwerde sein; die Anfechtung einer Auflage von Beschwerdekosten hat also akzesso- rischen Charakter und ist daher nicht allgemein, sondern nur in denjenigen Materien möglich, in denen die Be- schwerde ans Verwaltungsgericht offen steht und nur, insofern die Beschwerde in der Sache selber ergriffen wird. Von Beschwerdekosten kann man nur bei einem Be- schwerdeentscheid sprechen. Die Regel des Gesetzes wird aber auch für den Fall gelten, wo die Kosten eines gewöhn- lichen Verwaltungsentscheides dem Einzelnen auferlegt werden, was aber wohl nur ausnahmsweise geschieht.²⁴⁾ Wenn das Tarif-, Tax-, Gebühren- und Transportwesen der Bundesbahnen von der verwaltungsgerichtlichen Be- schwerde ausgeschlossen ist (Art. 7c), so beruht das auf der Erwägung, dass damit zusammenhängende eisenbahn- rechtliche Forderungsrechte, wie die entsprechenden An- sprüche der Privatbahnen, zivilrechtlicher Natur sind und vor das Forum des ordentlichen Richters gehören.²⁵⁾ Ferner sind ausgeschlossen die Streitigkeiten betr. Fest- setzung eines Zollbetrages, die in die Kompetenz der Zoll- rekurskommission fallen (Art. 7b, 32).²⁶⁾ Der anfechtbare

²³⁾ Die Botsch., 37/8, gibt einen Katalog der in Betracht kommenden Abgaben. Die wichtigste Abgabe ist z. Z. die eidg. Kriegssteuer, inbezug auf welche das Verwaltungsgericht an die Stelle der eidg. Kriegssteuerrekurskommission getreten ist. Daneben werden auch der Militärpflichtersatz und die Stempel- abgaben eine erhebliche Rolle spielen.

²⁴⁾ Botsch. 50.

²⁵⁾ Botsch. 25.

²⁶⁾ S. auch ZollG vom 1. Okt. 1925, Art. 111. In die Kom- petenz der Zollrekurskommission fallen nicht nur die Tarifstreitig- keiten, sondern fällt auch die Anfechtung der Zollfestsetzung wegen Zollbefreiung oder Zollbegünstigung, ZollG Art. 14—18. Über diese Abgrenzung haben sich das Verwaltungsgericht und die Zollrekurskommission anlässlich eines Beschwerdefalles ver- ständigt. In diesem Sinn auch Blumenstein, Schweiz. Steuer-

Entscheid wird in der Regel eine Abgabe festsetzen. Es kann aber auch ein Feststellungsentscheid sein über die Abgabepflicht oder Abgabefreiheit²⁷⁾ und ferner ein Entscheid betr. Rückerstattung einer Abgabe (Art. 5 Abs. 1). Aus Art. 5 Abs. 1 folgt a contrario, dass die verwaltungsgerichtliche Beschwerde nicht gegeben ist gegen Entscheide betr. Stundung oder Erlass einer Abgabe.²⁸⁾

Es handelt sich bei den Abgaben überall um Geld und Geldeswert. Eine Streitwertgrenze als Beschwerdevor aussetzung enthält das Gesetz hier nicht, so wenig wie bei andern Beschwerdesachen vermögensrechtlicher Natur mit einziger Ausnahme der Ordnungsbussen. Die Beschwerde ist daher ohne Rücksicht auf den Betrag, auch in ausgesprochenen Bagatellsachen, möglich.

Was die öffentlichrechtlichen Kautio n e n anbetrifft, so ist die Beschwerde zulässig bei Streitigkeiten über Leistung und Rückerstattung solcher. Art. 6 Abs. 2 zählt die wichtigsten Fälle auf. Anders als bei den Abgaben ist die Anfechtung von Entscheiden über die Kau tionspflicht oder Kautionsfreiheit nicht vorgesehen.

Entsprechend der generellen Natur der Zuständigkeitsklauseln von Art. 4a und b werden auch neue Abgaben und Kautio n e n, die durch die zukünftige Bundesgesetzgebung geschaffen werden sollten, ohne weiteres unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen.

Der Katalog der übrigen Beschwerdefälle ist aus gesetzestechischen Gründen in einen Anhang zum Gesetz verwiesen worden, der aber als integrierender Bestandteil des Gesetzes dieselbe formelle Kraft hat wie die übrigen

recht, 568. A. M. die eidg. Oberzolldirektion in der Bekanntmachung betr. das Beschwerdewesen in Zollsachen vom 11. Juni 1929 Z. 1; Bbl. 1929 I 647.

²⁷⁾ Z. B. die Frage der Befreiung vom Militärflichtersatz nach Art. 2b des BG v. 28. Juni 1878, wonach von der Abgabe entbunden sind „die Wehrpflichtigen, welche infolge des Dienstes militäruntauglich geworden sind“.

²⁸⁾ Botsch. 43.

Bestimmungen und nur im Wege der Gesetzesrevision abgeändert werden kann.²⁹⁾

Die meisten der 12 Ziffern des Katalogs vereinigen eine mehr oder weniger grosse Gruppe von innerlich verwandten Beschwerdefällen. Einzelne, wie VII, IX und XII, haben die Bedeutung allgemeinerer Klauseln, indem danach Entscheide über zahlreiche nicht näher oder nur beispielsweise bezeichnete Einzelfragen aus einem besondern Verwaltungsgebiet vor das Verwaltungsgericht gezogen werden können. Es liegt in der Natur einer solchen Enumerationstabelle, die auf Zweckmässigkeitserwägungen zurückgeht, dass sie einigermassen den Eindruck des System- und Zusammenhanglosen macht. Das trifft hier um so eher zu, als der Katalog des Gesetzes nicht durchweg auf einheitlicher Konzeption über die Abgrenzung des Rechtsmittels zu beruhen scheint. Versucht man die Beschwerdematerien des Katalogs nach den verschiedenen Arten, Gegenständen und Zweigen der Verwaltung zu ordnen, so gelangt man etwa zu folgender Gliederung.

Dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören an die Registersachen (Anhang I): die administrativen Entscheide in Patent-, Muster-, Modell- und Markensachen, Handelsregistersachen, Zivilstands-, Güterrechtsregister, Viehverschreibungs-, Grundbuch- und Schiffsregistersachen. Die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden bei der Führung dieser Register stellt sich als Mitwirkung bei der Entstehung, Änderung und Endigung von Privatrechten dar oder bezweckt die Beurkundung privatrechtlicher Verhältnisse. Es handelt sich dabei überall um die Verwirklichung der Privatrechtsordnung und daher um eine behördliche Tätigkeit, die auch richterlichen Stellen anvertraut sein könnte. Die Registerbeschwerden beschlagen somit nicht die spezifische Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Sicherung der Rechtssphäre der Bürger

²⁹⁾ Der Entwurf des Bundesrates sah im Interesse grösserer Beweglichkeit einen „Bundesversammlungsbeschluss“ vor.

gegen Eingriffe, welche die Verwaltung bei der Verfolgung ihrer eigentlichen Zwecke begeht. Eine erweiterte zivilrechtliche Beschwerde (OG Art. 87) hätte sich hier als Rechtsmittel ebensogut oder vielleicht noch besser geeignet als die verwaltungsgerichtliche Beschwerde,³⁰⁾ und es steht durchaus in Übereinstimmung mit der Natur der Registersachen, wenn sie, wie oben S. 4 f. erwähnt, nicht von der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts behandelt werden, sondern den Zivilabteilungen übertragen sind.

Den Registersachen stehen die Streitigkeiten über die Zugehörigkeit von Stiftungen zum Gemeinwesen und die Umwandlung von Stiftungen (Anhang IV) insfern nahe, als es sich bei ihnen materiell ebenfalls um die Anwendung von Zivilrecht, nämlich der Art. 84 bis 86 des ZGB, handelt.

Alle übrigen Beschwerdesachen gehen die Verwaltung im engen und eigentlichen Sinn an.

Auf die Monopole und Konzessionen beziehen sich nur wenige Beschwerdefälle. Das Verwaltungsgericht kann als Beschwerdeinstanz angegangen werden, wo der Umfang des Alkoholmonopols oder des Pulverregals streitig ist (Anhang II), wo es sich also frägt, ob eine bestimmte Betätigung eines Privaten in eines dieser Monopole eingreift.³¹⁾ Darüber hat in der Regel der Strafrichter im Verfahren wegen Übertretung der Monopolbestimmung zu entscheiden. Ergeht ein selbständiger administrativer Entscheid über die Frage, z. B. in Hinsicht auf eine von

³⁰⁾ Entscheide in Zivilsachen im Sinn von Art. 87 OG können nach der Praxis des Bundesgerichts auch administrative Entscheide in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sein. BGE 41 II 762 ff., 42 I 392, 45 II 412 (Praxis 5 Nr. 32, 6 Nr. 11).

³¹⁾ Hierher gehört z. B. die Frage, ob ein bestimmter Brennprozess unter das Alkoholmonopol falle, ob bestimmte Brennereirohstoffe monopolpflichtig sind. Anstände in diesen und ähnlichen Punkten sind laut Mitteilung der eidg. Alkoholverwaltung sehr selten.

einem Privaten erst beabsichtigte Tätigkeit, so kann er ans Verwaltungsgericht gezogen werden.³²⁾ Ähnliche Streitigkeiten über den Umfang des Post-, Telegraphen- und Telephonregals können nach Anhang XII vor das Verwaltungsgericht gebracht werden.³³⁾

Die Konzessionen, die zu einer grundsätzlich dem Staate vorbehaltenen Tätigkeit ermächtigen, spielen im Katalog der Beschwerdefälle eine ganz untergeordnete Rolle. Die Verweigerung oder der Entzug einer Konzession sollte nicht Gegenstand einer Beschwerde ans Verwaltungsgericht sein.³⁴⁾ Bei den Eisenbahnkonzessionen ist es schon deshalb ausgeschlossen, weil die Bundesversammlung die Konzession erteilt und ihre Verwirkung ausspricht.³⁵⁾ Im übrigen beruht die Nichtanfechtbarkeit der Konzessionsverweigerung auf der Erwägung, dass die Erteilung einer Konzession, insbesondere die Verleihung von Wasserrechten,³⁶⁾ Ermessensfrage ist und kein Rechtsanspruch darauf besteht.³⁷⁾ In der Frage, ob eine Wasserrechtsverleihung verwirkt sei, kann das Bundesgericht nach Art. 71 eidg. WasserrechtsG angegangen werden, welche Bestimmung sich auf alle Streitigkeiten über die aus dem Verleihungsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten bezieht.

Eine Art von Konzession liegt in der Zuteilung eines Brennloses und in der Bewilligung zur Verwendung von

³²⁾ Botsch. 134 f.

³³⁾ Der Entwurf des Bundesrates enthielt unter dem Titel der Monopol- und Regalpflicht auch eine Gruppe von den Umfang des Post-, Telegraph- und Telephonregals betreffenden Beschwerdefällen. Das ist dann gestrichen worden in der Meinung, es sei in Anhang XII inbegriffen. Nationalrat 280.

³⁴⁾ Botsch. 135.

³⁵⁾ EisenbahnG von 1872 Art. 1 bis 4, 13.

³⁶⁾ Eidg. WasserrechtsG Art. 38 f.

³⁷⁾ Immerhin können Entscheide betr. Konzessionen aus dem Post-, Telegraph- und Telephonwesen (Anhang XII) ans Verwaltungsgericht gezogen werden. S. z. B. PostG vom 2. Okt. 1924, Art. 3, Telegraphen- und TelephonG vom 14. Okt. 1922, Art. 3. BGE 55 I No. 45.

Industriesprit, insofern es sich um Betätigungen handelt, die sonst gegen das Alkoholmonopol verstossen würden. Gegen den Entzug des Brennloses oder der Bewilligung kann ans Verwaltungsgericht rekurriert werden (Anhang III 5).

Verhältnismässig zahlreich sind die Beschwerdesachen aus dem Polizeiwesen, wobei den Hauptanteil die Gewerbepolizei hat. Bei dieser spielen eine erhebliche Rolle die polizeiliche Ermächtigung (ungenau oft Konzession genannt) zum Betrieb von genehmigungspflichtigen Gewerben und die Beaufsichtigung solcher Gewerbe.

Die Frage, ob ein Betrieb unter den gesetzlichen Begriff eines bestimmten genehmigungspflichtigen Gewerbes fällt, also nur ausgeübt werden darf auf Grund einer behördlichen Genehmigung, wird in der Regel vom Strafrichter zu entscheiden sein als Vorfrage der Übertretung der einschlägigen Bestimmungen. Sie kann in einem Fall vor das Verwaltungsgericht gebracht werden: der Streit darüber, ob ein Unternehmen unter das BG betr. die Beaufsichtigung der Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens gehört und daher zum Geschäftsbetrieb der Bewilligung der Bundesbehörde bedarf (Anhang VII a).

Die Verweigerung einer gewerbepolizeilichen Bewilligung kann nicht Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde sein, wennschon, anders als bei den Konzessionen, der Einzelne ein Recht auf die Bewilligung hat, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen zutreffen. Das gilt speziell auch für die Verweigerung zum Betrieb eines Versicherungsunternehmens (Anhang VII Abs. 1). Man fand, die Frage, ob die Voraussetzungen der gewerbepolizeilichen Bewilligung vorliegen, eigne sich wegen ihrer technischen Natur nicht für die richterliche Prüfung.³⁸⁾

Dagegen kann gegen den Entzug solcher Bewilligungen, der intensiver in die Rechtssphäre des Einzelnen

³⁸⁾ Botsch. 135, Ständerat, 31, Nationalrat, 281.

eingreift als die Verweigerung,³⁹⁾ der Schutz des Verwaltungsgerichtes angerufen werden. In Betracht kommen die Bewilligungen für folgende Gewerbe und Berufe: Auswanderungsagentur, Grundbuchgeometer, Probierer für die Kontrolle von Gold- und Silberwaren, Handel mit diesen und mit Platinabfällen, Handelsprobierer auf diesem Gebiet, Herstellung und Vertrieb von Betäubungsmitteln, Zündhölzchenfabrikation (Anhang III) und Privatversicherungsunternehmen (Anhang VII 2c).

Was die Beaufsichtigung von bewilligten Gewerben anlangt, so ist die verwaltungsgerichtliche Beschwerde nur vorgesehen bei der Privatversicherung. Alle Entscheide dieser Art, die auf Grund des VersicherungsaufsichtsG und des KautionsG ergehen, können nach Anhang VII Abs. 1 an das Verwaltungsgericht gezogen werden. Die Aufzählung, die Abs. 2 gibt, hat nur den Zweck, die wichtigeren Fälle zu nennen. Es wird sich dabei zum Teil um sehr technische Fragen handeln, z. B. die Frage, ob der Stand einer Unternehmung nicht mehr die nötigen Garantien biete und welche Sanierungsmassnahmen am Platze seien (Anhang VII d).⁴⁰⁾

Mit polizeilichen Beschränkungen sozialpolitischer Natur hat man es zu tun bei der Unterstellung eines Betriebs unter das FabrikG oder unter das BG über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen vom 31. März 1922 und bei den Entscheiden nach Art. 80 FabrikG. (Anhang X).

Wasserpolizeilichen Charakter haben die Streitigkeiten über die Bildung von Genossenschaften, den Beitritt zu solchen und die Rechtsverhältnisse der Genossenschafter, nach dem eidg. WasserrechtsG (Anhang V), während in das Gebiet der Sittenpolizei die Streitigkeiten

³⁹⁾ Botsch. 136.

⁴⁰⁾ VersAufsG Art. 9 Abs. 2. Die Botsch., 151, begründet die Unterstellung damit, dass die Massnahme die Existenz der Unternehmung in Frage stelle.

über die Abgrenzung der bündesrechtlichen Begriffe der Spielbanken, Lotterie, Tombola und gemeinnützigen Lotterie (Anhang VI) gehören.

Ins Bereich der selbständigen und unselbständigen Anstalten fallen die in Anhang XI und XII genannten Beschwerdefälle. Bei XI handelt es sich um die Einbeziehung in eine Anstalt der Sozialversicherung, die Schweiz. Unfallversicherungsanstalt, und bei XII, ausser der bereits in anderm Zusammenhang erwähnten Regalabgrenzung, um die Leistung der Verkehrsanstalten der Post, des Telegraphs und des Telephons und damit konnexe Fragen, jedoch unter Ausschluss der Gebühren, die schon nach Art. 5 Abs. 2e zu den Beschwerdematerien gehören.

Endlich erscheint das Abgabenwesen auch hier mit einigen Spezialpunkten. Ausser den in Art. 5 Abs. 2b genannten Steuerbussen können auch die Ordnungsbussen angefochten werden, die auf Grund des KStB verhängt werden (Anhang X), aber nur, wenn der Betrag 100 Fr. übersteigt, während bei den Steuerbussen (Art. 5 Abs. 2b) eine solche Streitwertgrenze nicht besteht.⁴¹⁾ Nach Anhang IX können die Entscheide der Oberzolldirektion aus dem Zollwesen, ausgenommen Strafen wegen Zollvergehen und Ordnungsbussen bis 100 Fr., ans Verwaltungsgericht gebracht werden. Es handelt sich überall um solche Entscheide, bei denen die Oberzolldirektion nach dem ZollG letzte Verwaltungsinstanz ist, nicht aber um Angelegenheiten, die vom Finanz- und Zolldepartement erledigt werden,⁴²⁾ natürlich auch nicht um diejenigen, die in die Zuständigkeit der Zollreurskommission fallen (Art. 32).

Die erwähnten Fälle sind die einzigen bündesrecht-

⁴¹⁾ Die Ordnungsbussen gehen von Fr. 2 bis 10,000, die Steuerbussen von Fr. 20 bis 30,000. KStB Art. 82, 84, 85, 121, 124, 125.

⁴²⁾ Votum von Bundesrat Häberlin, Ständerat, 37 f.

lichen Ordnungsbussen, die beim Verwaltungsgericht angefochten werden können.⁴³⁾

III. Der anfechtbare Entscheid.

1. Der Entscheid.

Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde wird der Entscheid einer Verwaltungsbehörde angefochten. Sie kann nur an einen Entscheid angeknüpft werden. Als Entscheide gelten auch Verfügungen (Art. 44). Auf den Namen kommt es überhaupt nicht an. Die Beschwerde kann sich auch gegen einen Beschluss richten, welche Bezeichnung etwa für die Entscheidung einer Kollegialbehörde verwendet wird.

Entscheid im Sinn des Gesetzes ist derjenige administrative Akt, der, ähnlich dem richterlichen Urteil, verbindlich bestimmt, was im einzelnen Fall Rechtes ist oder sein soll. Er hat deklaratorische Wirkung, wenn er lediglich feststellt, was im Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung Rechtes ist, z. B. die Abgabepflicht oder Abgabefreiheit, die Steuerveranlagung, die Abgrenzung von Monopolen, des Spielbankverbots usw., oder aber er hat konstitutive Tragweite, wenn er ein Rechtsverhältnis begründet, ändert oder aufhebt, wie der Entzug von gewerbe- polizeilichen Bewilligungen, die Bildung und Ordnung von wasserrechtlichen Genossenschaften, die Auflage von Ordnungsbussen usw. Für das erstere mag der Ausdruck „Entscheid“, für das letztere derjenige „Verfügung“ besser passen. Der Entscheid kann auch eine blosse Weigerung sein, indem die nachgesuchte Verfügung, z. B. der Registereintrag, versagt wird.

⁴³⁾ Die Botsch., 140, gibt eine Aufzählung anderer Ordnungsbussen. Der Ausschluss wird zum Teil mit dem geringen Maximum, zum Teil damit begründet, dass die Busse Ausfluss der Aufsichtsgewalt des Bundes über gewisse Unternehmungen ist und dass die Verantwortung für eine solche Aufsichtsmassnahme bei der Verwaltung bleiben müsse.

Der Verwaltungsakt, der Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde sein kann, hat hoheitlichen Charakter. Er ist die für die Beteiligten verbindliche Äusserung der öffentlichen Gewalt. Akte, denen diese Natur abgeht, z. B. Auskunftserteilungen, blosse unverbindliche Meinungsäusserungen, Parteierklärungen in einer streitigen Sache, eignen sich nicht für die Anfechtung beim Verwaltungsgericht. Ebensowenig kommen für die Beschwerde in Betracht interne Dienstanweisungen der höhern Verwaltungsstelle an die ihr untergeordneten Ämter.

Der Entscheid oder die Verfügung hat immer konkreten, individuellen Inhalt; es ist die Regelung eines besondern Falles oder einer Mehrzahl solcher. Der Erlass allgemeiner Natur, die Verordnung, die im Gegensatz zum Entscheid abstrakte Rechtsregeln aufstellt, unterliegt nicht der Beschwerde. Wohl aber kann das Verwaltungsgericht, wie der Zivil- und Strafrichter, die Verbindlichkeit einer Verordnung in einem Beschwerdefall als Vorfrage prüfen, während die Bundesgesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse auch das Verwaltungsgericht binden ohne Rücksicht auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung (BV Art. 113 Abs. 3, 114 bis Abs. 3).

Da Beschwerdesubstrat immer ein Entscheid ist, gibt es im Umfang der Beschwerdematerien keine Anrufung des Verwaltungsgerichts wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung, d. h. wenn eine Verwaltungsstelle in pflichtwidriger Weise sich weigert, einen Entscheid zu erlassen oder den Entscheid ungebührlich verzögert.⁴⁴⁾ Handelt es sich um eine eidg. Amtsstelle, so trifft auch die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat nicht zu, die gleichfalls gegen einen Entscheid sich richten muss (Art. 22).

⁴⁴⁾ Art. 8 VDG verlangt einen förmlichen Entscheid. Man kann das blosse passive Verhalten der Verwaltungsbehörde innerhalb längerer Zeit auch nicht als stillschweigenden abweisenden Entscheid anfechten.

Wohl aber kann sich der Einzelne, der Opfer einer Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ist oder zu sein glaubt, an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde, in letzter Linie an den Bundesrat, als Aufsichtsbehörde, um Schutz wenden, wenn nicht mit einer förmlichen Beschwerde, so doch mit der gewöhnlichen Beschwerde oder Anzeige,⁴⁵⁾ und es ist wohl nicht daran zu zweifeln, dass ein solcher Schritt, wenn er begründet ist, zur Abhilfe führen wird. Bei kantonalen Behörden steht gegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung der staatsrechtliche Rekurs ans Bundesgericht aus Art. 4 BV offen.

2. Instanzen, deren Entscheid angefochten werden kann.

Nicht jeder Entscheid, der eine Beschwerdematerie betrifft, kann ans Verwaltungsgericht gezogen werden. Eine weitere Beschwerdevoraussetzung ist, dass er von einer der in Art. 8 genannten Behörden erlassen ist. Wenn es ein eidgenössischer Entscheid ist, muss er von dem Departement oder anderen Amtsstelle ausgehen, der die betreffende Sache zu selbständiger Erledigung übertragen ist. Welche Amtsstellen es im einzelnen sind, ergibt sich aus der sog. bundesrätlichen Delegationsverordnung vom 17. Dezember 1914 und ist zum Teil auch ersichtlich aus dem Anhang zum VDG.⁴⁶⁾

Entscheide des Bundesrates sind nicht an das Verwaltungsgericht weiterziehbar. Dass der Bundesrat der Kontrolle des Bundesgerichts als Verwaltungsgericht unterstehe, erschien als schwer vereinbar mit seiner Stellung als der obersten vollziehenden Behörde der Eidgenossenschaft (BV Art. 95) und auch nicht in Übereinstimmung mit Art. 103 BV, der das Beschwerderecht nur vorbehält gegenüber den Departementen und den ihnen unterge-

⁴⁵⁾ Fleiner, 229 f.

⁴⁶⁾ Die Generaldirektion der SBB ist keine Mittelinstanz der Bundesverwaltung, Botsch. 45. Sie ist aber auch in keiner der Beschwerdematerien zur Entscheidung berufen.

ordneten Amtsstellen.⁴⁷⁾ Andrerseits durfte doch im Bereich der Beschwerdematerien die Kompetenz des Verwaltungsgerichts und damit der richterliche Rechtsschutz nicht davon abhängen, dass der Entscheid von einer Mittelinstantz ergeht und nicht vom Bundesrat. Dieser war frei in der Delegation bestimmter Geschäfte an die Mittelinstanten;⁴⁸⁾ er konnte eine Delegation rückgängig machen und war wohl auch befugt, im einzelnen Fall ein Geschäft an sich zu ziehen. Die Lösung, die der Stellung des Bundesrates, wie auch derjenigen des Bundesgerichts, gerecht wird und zugleich das Rechtsschutzinteresse wahrt, ist dann in der Weise gefunden worden, dass alle an das Verwaltungsgericht weiterziehbaren Sachen von gesetzeswegen an die Mittelinstanten delegiert sind.⁴⁹⁾ Es sind also nun nicht sowohl die delegierten Sachen weiterziehbar, sondern die weiterziehbaren sind delegiert. Dabei ist die Delegation eine gesetzliche, also vom Willen des Bundesrates unabhängig. Und die den Mittelinstanten übergeordneten Verwaltungsstellen sind nach dem Gesetz von der Entscheidungsbefugnis ausdrücklich ausgeschlossen. Der Bundesrat kann also auch nicht in einem einzelnen Fall die Delegation zurücknehmen und entscheiden. Er kann auch nicht in dem gesetzlich delegierten Gebiet den Entscheid einer Mittelinstantz von amteswegen aufheben. Dagegen ist es ihm nicht verwehrt, allgemeine Dienstanweisungen zu erlassen über die Grundsätze und Gesichtspunkte, die von der Mittelinstantz in einer Beschwerdematerie zu befolgen sind. Solche Dienstanweisungen binden die untern Amtsstellen, aber selbstverständlich nicht das Verwaltungsgericht. Aus der Aufsichtsgewalt wird sogar folgen, dass der Bundesrat u. U.

⁴⁷⁾ Botsch. 27 ff. Wieweit diese Argumente schlüssig sind, ist hier nicht zu untersuchen.

⁴⁸⁾ BG über die Org. der Bundesverwaltung v. 26. März 1914, Art. 23.

⁴⁹⁾ Art. 50 VDG ändert die in Anm. 48 genannte Bestimmung in diesem Sinne ab.

eine Mittelinstanz verhalten kann, einen bereits erlassenen Entscheid selber aufzuheben oder abzuändern. Der neue Entscheid der Mittelinstanz, und damit auch indirekt die Weisung des Bundesrates, unterliegt dann der Beschwerde an das Verwaltungsgericht, das u. a. zu prüfen haben wird, ob nicht die Rechtskraft des früheren Entscheides dem Erlass des späteren entgegenstand.

Nach jener gesetzlichen Regelung sollte es nicht vorkommen können, dass ein Entscheid, der der Materie nach der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde unterliegt, ein solcher des Bundesrates ist. Das setzt immerhin voraus, dass der gesetzliche Parallelismus zwischen Beschwerdesachen und delegierten Sachen auch in der Praxis strikte beobachtet wird und sich durchführen lässt. Sollte in einem zweifelhaften Falle der Bundesrat die Weiterziehbarkeit ans Verwaltungsgericht und damit die gesetzliche Delegation verneinen und selber entscheiden, so würde er damit dem Verwaltungsgericht die Möglichkeit abschneiden, in der Sache seine Zuständigkeit der Materie nach zu prüfen.⁵⁰⁾ Solche Unstimmigkeiten werden aber bei der stark ins einzelne gehenden Enumeration der Beschwerdefälle kaum zu befürchten sein.

Was die kantonalen Behörden anlangt, so untersteht der Entscheid der letzten Instanz dem Rekurse ans Verwaltungsgericht. Der kantonale Instanzenzug muss also zuvor erschöpft sein. Das Gesetz hat nur ordentliche Rechtsmittel im Auge, nicht aber ausserordentliche Beschwerden an eine allgemeine Oberbehörde, etwa den Grossen Rat.

IV. Die Parteien.

Im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht ist zunächst der Beschwerdeführer Partei. Es ist möglich,

⁵⁰⁾ Es könnte nicht zu einem Kompetenzkonflikt zwischen Bundesrat und Bundesgericht kommen, weil der Bundesrat einen tatsächlichen Vorrang der Entscheidung hätte.

dass der angefochtene Entscheid die Rechte und Interessen verschiedener Personen in entgegengesetzter Weise unmittelbar berührt. Dann richtet sich die Beschwerde des einen Beteiligten gegen den oder die andern, die daher Partei auf der beklagten Seite sind. Ein solcher Widerstreit gleichartiger Interessen, wie er den Zivilprozess charakterisiert, kann vorliegen bei einzelnen Registersachen (Anhang I), bei den Streitigkeiten über die Bildung von wasserrechtlichen Genossenschaften (Anhang V), bei den Kompetenzanständen über die Stiftungsaufsicht (Anhang IV), wo sich zwei Korporationen des öffentlichen Rechtes als Parteien gegenüberstehen, bei den Entscheiden betr. Unterstellung unter das FabrikG, unter die Sozialversicherung (Anhang X, XI) usw. In der Regel aber handelt es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde um eine Auseinandersetzung nicht zwischen gleichgeordneten Sonderinteressen, sondern zwischen dem Sonderinteresse und dem Gemeininteresse, dem Einzelnen und der öffentlichen Gewalt, und es stehen sich dabei gegenüber der Einzelne, der den Entscheid als seine Rechte verletzend anficht, und die Behörde, die ihn erlassen hat und ihn nun gegen den Angriff verteidigt.

Bei dem justizförmigen Charakter der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegt es nahe, dass auch die Verwaltungsbehörde, deren Entscheid in Frage steht, als beklagte Partei in das Prozessverhältnis eintritt, allein oder neben allfälligen privaten Interessenten. Das VDG gibt denn auch der beteiligten Behörde eine eigentliche Parteirolle. Das Gesetz setzt voraus, dass man es mit mehreren Parteien, d. h. immer mindestens mit zwei Parteien zu tun hat (Art. 15, 16), während, sofern nur der Einzelne und nicht auch die Behörde Partei sein würde, in der Mehrzahl der Fälle nur eine Partei vorhanden wäre. Wenn es von den Rechtsbegehren der Parteien spricht, über die das Verwaltungsgericht in der Regel nicht hinausgehen darf, und von der Begründung dieser Begehren, an die das Gericht nicht gebunden ist (Art. 16), so sind damit

zweifellos die Begehren auch der Behörde gemeint. Auch im staatsrechtlichen Rekursverfahren, das im wesentlichen auf die verwaltungsgerichtliche Beschwerde anwendbar ist (VDG Art. 13), erscheint die Behörde, deren Entscheid angegriffen ist, wenigstens soweit sie öffentliche Interessen vertritt gegenüber den privaten Interessen des Rekurrenten, als Partei im prozessualen Sinn.⁵¹⁾ Die Beschwerdeantwort der Behörde hat daher nicht nur informatorische Bedeutung; die Behörde kann Anträge in der Sache selber und inbezug auf das Verfahren, z. B. die Beweiserhebung, stellen; das Urteil bindet sie als Partei; es können ihr Kosten auferlegt werden, und es stehen ihr die Rechtsbehelfe des Erläuterungs- und des Revisionsbegehrens zur Verfügung.

Es können auch zwei Behörden auf beklagter Seite am Verfahren teilnehmen: die Beschwerde gegen einen kantonalen Entscheid ist dem Bundesrat zu allfälliger Vernehmlassung zuzustellen (Art. 14 Abs. 2), wobei dieser gleichfalls Anträge stellen kann.⁵²⁾ In der Anwendung auf den Bundesrat kennt das Gesetz hier die sog. Beiladung.⁵³⁾

⁵¹⁾ Die Behörde ist dann nicht Partei, wenn nur Einzelinteressen kollidieren, wie bei der Anfechtung eines Zivilurteils. Hier wird der Richter, der das Urteil erlassen hat, zwar zur Vernehmlassung eingeladen, aber nicht als Partei behandelt. Das OG, Art. 184, 187, unterscheidet Gegenpartei und Behörde, die den Entscheid erlassen hat. Bei staatsrechtlichen Rekursen, die Verwaltungssachen beschlagen, hat überall neben dem Rekurrenten auch die Behörde, deren Entscheid angefochten ist, bezw. das hinter ihr stehende Gemeinwesen, Parteistellung.

⁵²⁾ Der Bundesrat hat das Recht zur Vernehmlassung delegiert in Militär- und Kriegssteuersachen an die eidg. Steuerverwaltung und im übrigen an das dem Geschäftskreis nach zuständige Departement. Kreisschr. v. 12. Febr. 1929, Bbl. I 185.

⁵³⁾ Die Beiladung weiterer am Verfahren nicht von vornherein beteiligten Interessenten ist zwar im Gesetz nicht vorgesehen, aber darum nicht ausgeschlossen. Sie wird gelegentlich auch beim staatsrechtlichen Rekurs, z. B. in Doppelbesteuerungssachen, praktiziert, obgleich das OG darüber auch nichts bestimmt. Der

Wenn man sagt, die Behörde sei Partei, so ist das freilich eine ungenaue Redeweise. Partei ist der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt, und zwar der Bund, wenn es eine eidgenössische, und der Kanton, wenn es eine kantonale Behörde ist, die eine vom Bund den Kantonen übertragene Verwaltungsaufgabe besorgt. Wie beim Erlass des Entscheides, so betätigt sich die Behörde organschaftlich für den Staat auch, indem sie im Verwaltungsstreitverfahren den angefochtenen Entscheid verteidigt. Eine Kostenauflage an die Behörde ist nur möglich, wenn sie den Staat trifft, der hinter ihr in Wahrheit Partei ist.⁵⁴⁾

Man darf ferner nicht übersehen, dass die Parteistellung der Behörde als Organ des Staates im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht doch nur eine formale Sache ist. Sie ist eine Folge nur der justizmässigen, an den Zivilprozess sich anlehnenden Gestaltung des Verfahrens, entspricht aber nicht, wie die Stellung der Parteien im Zivilprozess, dem materiellen Streitverhältnis. Im Verwaltungsstreitverfahren stehen sich, wie bereits bemerkt, wenigstens der Regel nach, nicht gleichartige Ansprüche und Interessen gegenüber wie vor dem Zivilrichter. Die eine Partei, der Einzelne, verfolgt zwar gegen die andere, die Behörde, ein subjektives Recht. Aber für den Staat und seine Organe handelt es sich nicht um subjektive Rechte gegen den Einzelnen, sondern lediglich um die Wahrung der öffentlichen Interessen und die Verwirklichung des objektiven Rechtes. Den öffentlichen Rechten und Pflichten des Einzelnen entsprechen nicht subjektive Pflichten und Rechte des Staates. Der Staat kommt hier nicht als Rechtssubjekt, als Inhaber von sub-

Beigeladene wird dann Partei. Botsch. 52. S. über die Beiladung im Steuerprozess Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht, 555.

⁵⁴⁾ Fleiner, 265. In der Literatur des deutschen Verwaltungsrechts herrscht Streit darüber, ob im Verwaltungsstreitverfahren die Behörde als solche oder der Staat Partei sei. S. O. Mayer, 149 f.

jektiven Rechten und Pflichten, in Betracht, sondern als Herrschaftssubjekt, als Träger und Inbegriff der öffentlichen Gewalt. Wenn man von Steueransprüchen des Staates, von Ansprüchen auf polizeimässiges Verhalten des Einzelnen usw. spricht, so darf das nicht im Sinn von subjektiven Rechten verstanden werden.⁵⁵⁾ Trotz der formellen Parteistellung der Verwaltungsbehörde haben Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörde im Beschwerdeverfahren in Wahrheit dieselbe allgemeine Aufgabe: sie arbeiten zusammen an der Verwirklichung des objektiven Rechtes. Darin zeigt sich eben wieder die Doppel- und Kompromissnatur der Verwaltungsgerichtsbarkeit, von der oben, S. 8 f, die Rede war, ihre wesentliche Verschiedenheit von der Zivilrechtspflege und eine gewisse Verwandtschaft mit der Strafrechtspflege, bei der die Parteistellung des Staatsanwalts auch nur formale Bedeutung hat.⁵⁶⁾

V. Die Legitimation zur Beschwerde.

Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde kann nur einlegen, wer hiezu legitimiert ist.⁵⁷⁾ Die Beschwerdelegitimation ist Prozessvoraussetzung. Nur wenn sie beim Beschwerdeführer vorhanden ist, kann das Verwaltungsgericht auf die materielle Streitfrage der Rechtmässigkeit des Entscheides eintreten.

Was die Legitimation des Einzelnen anbetrifft, so ist zur Erhebung der Beschwerde in erster Linie berechtigt,

⁵⁵⁾ Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 81 ff., 336 f., 389. Fleiner, 164, O. Mayer, 141, Barthélémy, Droit adm. 5, A. 874: „L'administration ne défend pas un droit, c'est une fonction qu'elle remplit.“

⁵⁶⁾ BGE 48 I Nr. 16 (Praxis 11 Nr. 120), wo ausgesprochen wurde, dass der Staatsanwalt trotz seiner Parteistellung nicht legitimiert ist, ein Strafurteil mit dem staatsrechtlichen Rekurs anzufechten.

⁵⁷⁾ Dass das Recht zur Beschwerdeführung die Parteifähigkeit und die Prozessfähigkeit voraussetzt, ist nichts dem Verwaltungsprozess Eigentümliches.

„wer in dem angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt war“. Neben diesem Hauptfall lässt das Gesetz auch denjenigen zur Beschwerde zu, „der durch den Entscheid in seinen Rechten verletzt worden ist“ (Art. 9 Abs. 1).

Da das Verfahren, das zum angefochtenen Entscheid führt, meistens das gewöhnliche formlose Verwaltungs- und nicht ein Verwaltungsstreitverfahren ist (s. oben S. 11 f), kann mit der Beteiligung als Partei am Entscheid nicht eine eigentliche prozessuale Parteistellung gemeint sein, sondern nur, dass der Entscheid eine bestimmte Person angeht, indem er ein von ihr gestelltes Begehr abweist, ihr eine Auflage macht, eine Berechtigung entzieht, etwas verbietet usw. Legitimiert zur Beschwerde ist, wer in solcher Weise durch den Entscheid unmittelbar betroffen ist. Auch bei dieser Art der Legitimation beruht daher die Beschwerde auf dem Gedanken des Schutzes subjektiver Rechte im Gegensatz zum blosen Interessenschutz. Das Gesetz geht davon aus, dass, wer durch den Entscheid formell als Partei ausgewiesen ist, auch die aus der Rechtsstellung fliessende Legitimation in der Sache selber besitzt. Das ist in der Tat fast immer so, speziell auch dann, wenn der Entscheid ein Begehr aus einem formellen Grunde abweist, wobei eben mit der Beschwerde das Recht auf einen materiellen Entscheid verfolgt wird. Beschwerdelegitimation und Sachlegitimation decken sich nur in einem Falle nicht, von dem noch unten die Rede sein wird: wenn die Verwaltungsbehörde ein von einer sachlich nicht legitimierten Person gestelltes Begehr materiell abweist, ohne die Legitimationsfrage zu prüfen. Der Impetrant ist zur Beschwerde formell legitimiert, muss aber mangels Legitimation zur Sache materiell abgewiesen werden.

Der Dritte, der, ohne im Entscheide als Partei beteiligt zu sein, sich durch ihn beschwert fühlt, ist gleichfalls zur Beschwerde befugt, aber nur, wie das Gesetz ausdrücklich sagt, insofern er durch den Entscheid in seinen Rechten verletzt worden ist, also nur, wenn er in der Sache

selber legitimiert ist. Ein blosses Interesse genügt nicht. Es gibt insbesondere keine Popularbeschwerde, die jeder in Wahrung öffentlicher Interessen erheben könnte. Die Sorge für das allgemeine Wohl und die Verwirklichung des objektiven öffentlichen Rechtes ist nicht Sache des Einzelnen.⁵⁸⁾ In den Beschwerdematerien des Gesetzes wird es wohl nicht gerade häufig sein, dass ein Entscheid in die Rechte eines Dritten eingreift. Immerhin kann es vorkommen. In welchem Ausmass, hängt davon ab, wie man die Grenzlinie zwischen der Rechtssphäre und der blossen Interessensphäre des Bürgers zieht. Je nachdem werden Dritte, z. B. Gewerbegenossen, unter bestimmten Voraussetzungen das Recht haben, sich gegen die rechtswidrige Begünstigung eines andern aufzulehnen,⁵⁹⁾ oder wird ein Arbeitnehmer befugt sein, sich dagegen zu wehren, dass die Unterstellung des Betriebs seines Arbeitgebers unter das FabrikG aufgehoben wird usw. Es handelt sich hier um die unsichere Scheidung des subjektiven Rechtes von der blossen sog. Reflexwirkung,⁶⁰⁾ welche Frage dem materiellen und nicht dem Prozessrecht angehört, und übrigens nicht durch eine allgemeine Formel, sondern nur für die einzelnen Rechtsverhältnisse nach ihrer Sondergestaltung gelöst werden kann. Es wird im Sinne der neuen Institution der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen, dass die Praxis in der Anerkennung subjektiver Rechte weitherzig ist.

Wenn nach dem Gesetz Voraussetzung der Beschwerdelegitimation des Dritten ist, dass er in seinen Rechten verletzt worden sei, so will das nicht heissen, dass die Legitimation abhängig sei vom Vorhandensein der Rechtsverletzung. Sonst würde ja die Legitimations-

⁵⁸⁾ Vgl. BGE 27 I 493.

⁵⁹⁾ Die Praxis des staatsrechtlichen Rekurses, der ebenfalls dem Rechtsschutz dient (OG Art. 178 Z. 3) lässt eine solche Beschwerde Dritter in gewissen Fällen zu. S. z. B. BGE 34 I 473, 46 I 99 (Praxis 9 Nr. 106).

⁶⁰⁾ Fleiner, 174 ff.

frage zusammenfallen mit derjenigen nach der materiellen Begründetheit der Beschwerde. Andrerseits genügt für die Legitimation auch nicht die Behauptung der Rechtsverletzung. Vielmehr muss die Beziehung des Beschwerdeführers zur Sache so sein, dass der Entscheid, vorausgesetzt, er sei objektiv rechtswidrig, in seine Rechtsstellung eingreift und nicht blass sonstwie seine Interessen berührt. Ist dies der Fall, so ist die Legitimation gegeben, und es gehört dann zur materiellen Prüfung der Beschwerde, ob der hypothetisch angenommene Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers auch wirklich vorliegt. Ist dagegen jene Frage zu verneinen, so ist die Beschwerde mangels Legitimation unzulässig.

Es wird nicht immer leicht zu sagen sein, ob der Beschwerdeführer als Partei im Entscheide beteiligt war oder als Dritter erscheint. Es kann zweifelhaft sein, wenn jemand bei der Verwaltungsbehörde in einer Sache, die in erster Linie eine andere Person betrifft, vorstellig geworden ist und verlangt hat, dass ein Entscheid ergehe, z. B. die Unterstellung eines Betriebes unter das FabrikG, die Sozialversicherung, die Feststellung, dass eine versicherungähnliche Unternehmung bewilligungspflichtig sei usw. Die Verwaltungsbehörde hat in der Regel keine Veranlassung, der Frage, ob der Gesuchsteller zu einem solchen Begehrten legitimiert sei, besondere Beachtung zu schenken, da sie ja, sobald genügende Veranlassung vorliegt, schon von amteswegen tätig zu werden hat. Weist sie das Begehrten in aller Form als unbegründet ab, so ist der Gesuchsteller Partei in diesem Entscheid und daher jedenfalls formell zur verwaltungsgerichtlichen Beschwerde legitimiert. Das Verwaltungsgericht wird dann aber, gemäss der Natur des Rechtsmittels, bei der materiellen Prüfung der Beschwerde auch zu untersuchen haben, ob der Rekurrent zur Sache legitimiert ist, d. h. ob er ein Recht in Hinsicht auf die den Dritten betreffende Massnahme hat. Ist es nicht der Fall, so ist die Beschwerde zwar nicht formell, mangels Legitimation, aber materiell,

mangels einer Rechtsverletzung, abzuweisen. Hat jenes Begehr den Anstoss zu einem Entscheid in der Sache selber gegeben, so werden, je nach der Rolle, die der Impetrant im Verfahren gespielt hat, Zweifel bestehen, ob er Partei im Entscheid oder Dritter ist. Praktische Tragweite hat die Frage nicht, weil in beiden Fällen die Legitimation zur Sache zu prüfen ist, im ersten als materieller Punkt, im letztern als Beschwerdevoraussetzung.

Die Verwaltungsbehörde ist in der Regel Beklagte im Beschwerdeverfahren. In einzelnen Fällen räumt aber das Gesetz auch einer Behörde die Befugnis ein, das Rechtsmittel einzulegen. Wie die Parteistellung der Behörde überhaupt, so dient auch ihre Beschwerdelegitimation nicht dem Schutz subjektiver Rechte, sondern der Wahrung des öffentlichen Interesses und des objektiven Rechts. Der Bundesrat ist nach Art. 9 Abs. 2 zur Beschwerde berechtigt, aber nur gegenüber kantonalen Entscheiden.⁶¹⁾ Es würde seiner Stellung als oberer Verwaltungs- und Aufsichtsbehörde nicht entsprechen, dass der Bundesrat Entscheide von eidgenössischen Mittelinstanzen beim Verwaltungsgericht anfechten könnte. Auch eine kantonale Behörde kann zur Beschwerde berechtigt sein, dann nämlich, wenn sie im angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt ist. Es muss sich aber um eine eigentliche Parteistellung in einem Verfahren der Verwaltungsrechtspflege handeln. Die blosse Beteiligung als Behörde, deren Entscheid im gewöhnlichen Verwaltungsverfahren bei

⁶¹⁾ Um das Recht zur Beschwerde ausüben zu können, muss der Bundesrat Kenntnis haben vom kantonalen Entscheid. Er kann nach Art. 9 Abs. 2 anordnen, dass ihm kantonale Entscheide in Beschwerdematerien mitgeteilt werden. Mit Kreisschreiben v. 12. Februar 1929 (Bbl. I 185) hat der Bundesrat dies angeordnet für die Entscheide über Militärflichtersatz und Kriegssteuer und in einigen andern Materien: Anhang I 2, III 6, 7, VIII, X 2. Gleichzeitig hat der Bundesrat das Beschwerderecht delegiert: in Steuersachen an die eidg. Steuerverwaltung und in den übrigen Sachen an das Departement, dessen Geschäftskreis der Entscheid betrifft.

einer oberen administrativen Instanz angefochten wird, genügt nicht. Bei der eidgenössischen Kriegssteuer ist die kantonale Kriegssteuerverwaltung Partei im kantonalen Rekursverfahren (KStB Art. 99 f.). Sie kann daher den Entscheid der kantonalen Rekurskommission, wie bisher bei der eidgenössischen Kriegssteuerrekurskommission, so nunmehr an das Verwaltungsgericht weiterziehen (ibid. Art. 105).

VI. Der Umfang des Rechtsstreites. Die Rechtsbegehren.

Das Streitthema bei der Beschwerde ist zunächst dadurch begrenzt, dass es sich um die Anfechtung eines Entscheides handelt. Das Verwaltungsgericht kann nur über solche Punkte urteilen, über welche die Verwaltungsbehörde entschieden hat oder hätte entscheiden sollen.⁶²⁾ Innerhalb dieses Rahmens bestimmt sich der Umfang, in dem das Verwaltungsgericht den Entscheid nachzuprüfen hat, durch die Rechtsbegehren der Parteien. Nach Art. 16 Abs. 1 darf es, ausgenommen bei Kriegssteuersachen, in seinem Urteil nicht über die Rechtsbegehren hinausgehen. Der Antrag in der Sache ist daher ein notwendiges Erfordernis der Beschwerde (OG Art. 178 Z. 3). Beim staatsrechtlichen Rekurs, bei dem aller Regel nach der einzige mögliche Antrag derjenige auf Aufhebung des angefochtenen Aktes ist, sieht die Praxis über den Mangel eines ausdrücklichen Antrages hinweg. Da bei der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde auch Abänderungsanträge zulässig sind, könnte man folgern, dass es bei ihr mit dem Erfordernis der Rechtsbegehren strenger zu nehmen sei. Auch hier wird man sich aber damit zufrieden geben müssen, dass aus der Begründung der Beschwerde deutlich

⁶²⁾ An einen Entscheid, der die Wiedererwägung eines früheren Entscheides ablehnt, kann die Beschwerde in der Sache selber nicht angeknüpft werden, es wäre denn, die Verwaltungsbehörde hätte nach Bundesrecht auf das Wiedererwägungsgesuch eintreten und einen neuen materiellen Entscheid erlassen sollen (Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Dez. 1919 i. S. R.).

erhellt, worauf sie abzielt. Das Rechtsmittel soll auch von einer rechtsunkundigen Partei ohne Beistand eines Anwaltes ergriffen werden können. Die Praxis des Verwaltungsgerichts hat sich bereits im angegebenen Sinn festgelegt.

Die beschwerdebeklagte Partei kann mit ihren Rechtsbegehren nicht mehr verlangen als die Abweisung der Beschwerde. Das Gesetz kennt, so wenig wie beim staatsrechtlichen Rekurs, eine Anschlussbeschwerde.

Kann eine Partei mit ihren Anträgen über ihre Stellungnahme im administrativen Verfahren hinausgehen? Eine Unternehmung erklärt sich z. B. einverstanden mit der Unterstellung unter das FabrikG, fügt dann aber die Unterstellungsverfügung nachträglich an mit der Begründung, dass die gesetzlichen Erfordernisse fehlen und ihre Zustimmung rechtsirrtümlich gewesen sei. Vom prozessualen Standpunkt aus ist das nicht unzulässig. Administratives und verwaltungsgerichtliches Verfahren stehen nicht im Verhältnis von unter- und oberrichterlichem Verfahren (s. oben S. 11 f). Die formelle Bindung der Partei an die vor der Verwaltungsbehörde abgegebenen Erklärungen folgt daher nicht aus der prozessualen Sachlage und kann, beim Mangel einer gesetzlichen Vorschrift, nicht angenommen werden. Dagegen wird es sich im einzelnen Fall fragen, ob und wieweit die Partei aus materiellrechtlichen Gründen an ihre früheren Erklärungen gebunden ist, etwa aus dem Gesichtspunkt der Anerkennung und des Verzichtes, soweit diese im öffentlichen Recht wirksam sind. Es ist indessen möglich, dass eine prozessuale Behaftung der Partei bei ihren im administrativen Verfahren abgegebenen Erklärungen aus besondern, die einzelne Materie beherrschenden Bestimmungen oder Gesichtspunkten formeller Natur folgt.

Der öffentlichen Natur der Streitverhältnisse würde es, wenigstens im allgemeinen,⁶³⁾ entsprechen, dass das

⁶³⁾ Es trifft nicht zu bei denjenigen Materien, die sich als freiwillige Gerichtsbarkeit darstellen (s. oben S. 18 f) und auch im übrigen nicht, soweit die Partei über den Anspruch disponieren kann.

Thema der richterlichen Entscheidung nicht durch die Anträge der Parteien begrenzt wird, sondern dass der Richter von amteswegen so entscheiden kann, wie es das Gesetz heischt. Jene Beschränkung ist eine Folgerung aus der justizmässigen Seite der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Eine Ausnahme macht das Gesetz indessen bei den Kriegssteuersachen.⁶⁴⁾ Hier ist der Richter an die Anträge der Parteien nicht gebunden. Das Urteil kann eine reformatio in pejus oder auch in melius sein. Der Richter hat die nämliche Freiheit, den gesetzlichen Zustand herzustellen, wie sie die Verwaltungsbehörde selber hätte, nur dass er nicht von amteswegen tätig wird, sondern des in der Beschwerde liegenden Anstosses bedarf. In Kriegssteuersachen wird daher die beklagte Partei auch Abänderungsanträge stellen können, da ja hier die Parteianträge überhaupt nichts anderes sind als unmassgebliche Wegeitungen für den Richter.

Soweit der Streitgegenstand von den Parteibegehren und damit von der Disposition der Parteien abhängt, ist ein Rückzug der Beschwerde jederzeit bis zum Erlass des Urteils zulässig. Da in Kriegssteuersachen der Streit- und Urteilsgegenstand nicht durch die Rechtsbegehren bestimmt ist, so kann hier eine Rücknahme der Beschwerde

⁶⁴⁾ Die Ausnahme für die Kriegssteuersachen stammt aus der Beratung im Nationalrat, 705. Art. 16 kodifiziert in dieser Beziehung die Praxis der eidg. Kriegssteuerrekurskommission, wie sie sich im Laufe der Zeit herausgebildet hatte. S. hierüber und über die Bedeutung der Rechtsbegehren im Verwaltungsprozess überhaupt: Geering, Der Umfang des Rechtsstreites im Steuerprozess, Vierteljahrsschr. f. schweiz. Abgabenrecht, 9, 1 ff. Geering nimmt anhand der Praxis der Kriegssteuerrekurskommission auch Stellung zu der Frage, ob der Steuerpflichtige in seinen Beschwerdeanträgen weiter gehen könne als in der Steuererklärung und im Einsprache- und Rekursverfahren. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 16 erklärt sich wohl die Beschränkung der Regel auf die Kriegssteuersachen. Innere Gründe, die Militärsteuersachen nicht gleich zu behandeln, liegen kaum vor.

das Gericht nicht unbedingt binden: ein Rückzug, der erfolgt, um einer drohenden reformatio in pejus zu entgehen, braucht nicht beachtet zu werden.

VII. Die Beschwerdegründe und die richterliche Überprüfungsbefugnis.

1. Allgemeines.

Wird der äussere Umfang des Rechtsstreites, mit der einzigen Ausnahme der Kriegssteuersachen, durch den Entscheid und die Rechtsbegehren der Parteien bestimmt, so frägt es sich nunmehr, wie weit die Nachprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts innerhalb dieses Rahmens geht. Es waren hier verschiedene Systeme möglich. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde konnte zu einem kassatorischen, dem staatsrechtlichen Rekurse verwandten Rechtsbehelfe ausgestaltet werden, bei dem die richterliche Prüfung auf die geltend gemachten qualifizierten Mängel des Entscheides beschränkt ist, oder, ähnlich der Berufung ans Bundesgericht, zu einer revisio in jure mit freier richterlicher Prüfung der Rechtspunkte und allfälliger beschränkter tatsächlicher Kognition (z. B. auf Aktenwidrigkeit, Willkür). Sie konnte als Rechtsmittel auch in *facto* gebildet werden nach dem Vorbild der zivilprozessualen Appellation. Und da Gegenstand der Nachprüfung ein Verwaltungsentscheid ist, so stellte sich die weitere Frage, ob und event. in welchem Masse, das Verwaltungsgericht eine Kontrolle ausüben solle, da wo die administrative Behörde nach freiem Ermessen entschieden hat.

Nach dem Entwurf des Bundesrates war die Beschwerde eine blosse revisio in jure (mit Beschränkung auf das Bundesrecht). Im Ständerat wurde sie zu einem Rechtsmittel in jure und in *facto* erweitert. Der Nationalrat wollte ein nicht klar gedachtes Mittelding zwischen Revision und Appellation schaffen. Schliesslich ist ein appellationsähnliches Rechtsmittel ohne Ermes-

senskontrolle herausgekommen, wobei aber im Gesetz jene Entwicklungsstadien in redaktionellen Unstimmigkeiten sichtbar geblieben sind.

Einem appellationsähnlichen Rechtsmittel, das die Rechts- und die Tatfragen ergreift, entspricht es, dass der Richter das Recht von amteswegen anzuwenden hat: *jura novit curia*. Art. 16 des Gesetzes bestimmt denn auch, dass das Verwaltungsgericht nicht an die Begründung der Parteibegehren gebunden ist. Das Gesetz verlangt ferner nicht, dass der tatsächliche Mangel, um berücksichtigt zu werden, ausdrücklich gerügt sein müsse (Art. 11). Bei einer solchen Ordnung des Rechtsmittels wäre es nicht unbedingt notwendig, dass die Beschwerde mit einer Begründung versehen ist. Es würde schliesslich genügen, dass sie erklärt ist, und (wenn auch nur stillschweigend) Anträge enthält; der Richter hätte dann die Streitsache — im Rahmen des Entscheides und der Anträge — allseitig zu untersuchen. Auch kann man bei der Regelung des Gesetzes von Beschwerdegründen im eigentlichen Sinn nicht wohl sprechen; denn der Richter hat nicht einzelne Beschwerdegründe, sondern die Streitsache selber zu prüfen, und jedes Motiv rechtlicher oder tatsächlicher Natur, das den Richter zur Aufhebung des Entscheides führen kann, eignet sich auch zur Begründung der Beschwerde. Trotzdem macht das Gesetz dem Beschwerdeführer zur Pflicht, die Beschwerde zu begründen (OG Art. 178 Z. 3). In dieser Beziehung steht die verwaltungsgerichtliche Beschwerde dem staatsrechtlichen Rekurs gleich. Während aber beim letztern das Requisit der Begründung eine notwendige Folge des kassatorischen Charakters des Rechtsmittels ist — der Richter beurteilt nur die geltend gemachten Beschwerdegründe —, rechtfertigt es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde aus blossen praktischen Erwägungen: sie soll den Richter und die Gegenpartei informieren über die Mängel, an denen nach der Auffassung des Rekurrenten der Entscheid leidet, und so beiden, namentlich dem Richter, die Auf-

gabe erleichtern.⁶⁵⁾ In vielen, wohl in den meisten Fällen hat der Richter keinen Anlass, die Überprüfung auf Gesichtspunkte auszudehnen, die in der Begründung der Beschwerde nicht erwähnt sind. An die Qualität der Beschwerdemotive darf man freilich keine hohen Anforderungen stellen. Es muss genügen, wenn der Entscheid aus irgend einem rechtlichen oder tatsächlichen Moment angegriffen wird. Die Praxis des Verwaltungsgerichts ist in dieser Hinsicht sehr liberal.⁶⁶⁾

2. Rechtsfragen.

Die Rechtskontrolle des Verwaltungsgerichts beschränkt sich auf das Bundesrecht (Art. 10 Abs. 1), wozu auch die Staatsverträge gehören. Bei allen Entscheiden eidgenössischer Amtsstellen kommt Bundesrecht als anwendbare und verletzte Norm in Betracht.⁶⁷⁾ Bei kantonalen Entscheiden wird es dagegen nicht selten sein, dass sie auf der Anwendung von Bundesrecht und kantonalem Recht, z. B. kantonalem Verfahrensrecht, beruhen. Der Ausschluss des kantonalen Rechts erklärt sich daraus, dass die verwaltungsgerichtliche Beschwerde Rechtsschutz im Gebiete des eidgenössischen Rechtes, speziell des eidgenössischen Verwaltungsrechts, bezweckt. Doch hätte man unbedenklich auch die Rüge der Verletzung kantonalen Rechtes zulassen können im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes in den Beschwerde-

⁶⁵⁾ Geering a. a. O. 10.

⁶⁶⁾ Immerhin ist in einem Falle (Militärsteuer) nicht eingetreten worden, wo der Rekurrent sich darauf beschränkt hatte, den Entscheid ohne irgend eine Bemerkung dem Verwaltungsgericht einzusenden.

⁶⁷⁾ Es wird sehr selten vorkommen, dass die Anwendung des eidg. Rechts durch die eidg. Verwaltungsbehörde von einer Vorfrage des kantonalen Rechts abhängt. Hier sollte das Verwaltungsgericht den Entscheid auch in dieser Vorfrage, wenigstens auf Rüge hin, nachprüfen können. Andernfalls wäre der Rechtsschutz gegenüber dem eidg. Entscheid, auch was das eidg. Recht anlangt, ein unvollkommener.

materien, in denen die kantonalen Behörden entscheiden. Soweit es sich um materielle Vorfragen des kantonalen Rechtes handelt, kann es sogar geboten sein, dass das Verwaltungsgericht seine Kontrolle ausübe — und die Praxis wird wohl hiezu gelangen — soweit die Anwendung des eidg. Rechts von der richtigen Lösung der kantonalrechtlichen Vorfrage abhängt. Handelt es sich darum, ob kantonales Recht in Widerspruch zu Bundesrecht stehe oder angewendet worden sei, so kommt eine direkte Verletzung von Bundesrecht, nämlich die Verkennung seiner *dérogatorischen* Kraft, in Frage (BV Art. 2 Übergsbest.). Wie verhält es sich aber, wenn behauptet wird, die kantonale Behörde habe in einem Entscheid, der der Materie nach vor das Verwaltungsgericht gezogen werden kann, das kantonale Recht willkürlich verletzt? Auch das ist eine Verletzung von Bundesrecht, da man es ja mit einem Verstoss gegen Art. 4 BV zu tun hat. Die Rüge fällt daher unter die verwaltungsgerichtliche Beschwerde, und zwar auch dann, wenn nichts anderes geltend gemacht wird als solche Willkür in der Anwendung des kantonalen Rechtes. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde übernimmt allgemein die Funktion des staatsrechtlichen Rekurses bei Verletzungen der BV, die von der kantonalen Behörde in dem eine Beschwerdematerie betreffenden Entscheid begangen werden sollten.

Wie sich die Rechtskontrolle Ermessensentscheiden gegenüber gestaltet und wie sie von der Ermessenskontrolle abzugrenzen ist, wird im Abschnitt über diese erörtert werden.

3. Tatfragen.

Beruht ein Entscheid in einem wesentlichen Punkt auf einem tatsächlichen Irrtum, so verletzt er nicht weniger das Recht, als wenn er an einem Rechtsirrtum leidet. Der von der Behörde angenommene und der Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt stimmt dann nicht überein mit dem wirklichen Sachverhalt; die Sub-

sumtion des Falles unter die gesetzlichen Bestimmungen geschieht auf Grund einer unrichtigen tatsächlichen Vorstellung. Das hat zur Folge, dass das Gesetz auf den Fall nicht so angewendet wird, wie es angewendet werden sollte, also eine Verletzung des Gesetzes. Der Begriff des Rechtsirrtums ist enger als derjenige der Rechtsverletzung, und wenn eine obere Instanz auf die Rechtsfrage beschränkt ist, so bietet ihre Anrufung nicht gegen alle, sondern nur gegen bestimmt qualifizierte Rechtsverletzungen Schutz.

In Art. 10 scheint das Gesetz die Verletzung des Bundesrechtes im beschränkteren Sinn des Rechtsirrtums zu verstehen. Hierauf deutet die Definition der Rechtsverletzung, die dem für die Berufung geltenden Art. 57 OG wörtlich entnommen ist: „Das Bundesrecht ist verletzt, wenn ein in einer eidgenössischen Vorschrift ausdrücklich ausgesprochener oder aus derselben sich ergebender Rechtsgrundsatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache ist als Rechtsverletzung anzusehen.“ Wenn das Gesetz sodann unter dem Marginale: „Beschwerdegründe“ sagt, der Beschwerdeführer kann „nur“ geltend machen, der Entscheid beruhe auf einer Verletzung von Bundesrecht, so erwartet man, dass (nicht nur Rügen betr. das kantonale Recht und die Ermessenskontrolle, sondern) auch Anfechtungen tatsächlicher Art und damit eine Nachprüfung des Tatbestandes nicht zulässig sein sollen. Aus Art. 11 folgt dann aber, dass das Verwaltungsgericht den Tatbestand des Entscheides auf Begehren des Beschwerdeführers oder auch von amteswegen frei auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft. Nach der Auffassung des Nationalrates, wie sie sich aus der Gesetzesberatung ergibt, sollte der Tatsachenirrtum kein dem Rechtsirrtum gleichwertiger Beschwerdegrund sein; er sollte mehr nur akzessorisch, neben dem in erster Linie gerügten Rechtsirrtum, geltend gemacht werden können. Daher die auf die revisio in jure zugeschnittene Fassung von Art. 10 Abs. 1

und die Verweisung der Überprüfung des Sachverhaltes in eine besondere Bestimmung.⁶⁸⁾ Allein wenn das Verwaltungsgericht den Sachverhalt völlig frei überprüft, so kann es den Entscheid wegen eines blossen Tatsachenirrtums und der dadurch bedingten Rechtsverletzung aufheben, und dann muss auch die Rüge dieses Mangels als Beschwerdebegründung genügen — z. B. der Entzug der gewerbepolizeilichen Bewilligung, die Verhängung der Ordnungsbusse, die Unterstellung unter das FabrikG usw. stütze sich auf eine irrtümliche tatsächliche Annahme. Das folgt zwingend aus Art. 11, auch wenn die Formulierung des Art. 10 Abs. 1 mit der Beschränkung der zulässigen Beschwerdegründe auf die Rechtsfragen dazu nicht recht passt.

Das Verwaltungsgericht ist in der Prüfung des Sachverhaltes nicht auf allfällige Rügen des Beschwerdeführers beschränkt, und der Instruktionsrichter und das Gericht können auch über die von den Parteien gestellten Beweisanträge hinaus das nötige zur Abklärung des Sachverhaltes von sich aus anordnen (OG 186 in der neuen Fassung nach VDG Art. 49d). Für die Sammlung des tatsächlichen Prozessstoffes gilt also nicht die Verhandlungsmaxime, welche wesentliche Abweichung vom Zivilprozess in seiner regelmässigen Gestaltung sich aus der öffentlichrechtlichen Natur der Streitverhältnisse erklärt. Man darf aber auf der andern Seite auch nicht sagen, dass das Verfahren auf der reinen Untersuchungsmaxime aufgebaut sei. Der Verwaltungsrichter hat nicht, wie der Untersuchungsrichter in Strafsachen, das gesamte Prozess-

⁶⁸⁾ Nationalrat 290 ff. Der Ständerat hat dann der Formulierung des Nationalrates zugestimmt, Ständerat 1927, 243, wobei die Bestimmung betr. die Nachprüfung des Sachverhaltes aus einem Alinea des Art. 10 zu einem besondern Art. wurde. Besser war die ursprüngliche Redaktion des Ständerates: „Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde kann der Beschwerdeführer nur geltend machen, der Entscheid beruhe auf einer Verletzung des Bundesrechtes oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes.“

material in amtlicher Tätigkeit herbeizuschaffen. Es ist seiner Würdigung überlassen, wie weit er auf die tatsächlichen Angaben des Entscheides und der Parteien abstehen oder selbständig den Sachverhalt ermitteln will. In erster Linie ist es Sache der Beschwerdepartei, auf Irrtümer und Lücken im Tatbestand des Entscheides aufmerksam zu machen und ihre Beweismittel zu nennen. Enthält der Entscheid eine Sachdarstellung, die den Eindruck der Richtigkeit und Vollständigkeit macht, so wird der Richter, mangels Anfechtung, sich in der Regel daran halten können. Er wird von amteswegen Erhebungen behufs Berichtigung und Ergänzung des Sachverhaltes machen, wenn der Entscheid oder der Rekurs oder die Akten dazu Anlass geben. Sein Ziel wird dabei sein, den Spruch womöglich auf den wahren Sachverhalt zu gründen. Der Richter ist aber nicht gehalten, einen lückenhaften Tatbestand selber zu ergänzen oder ergänzen zu lassen. Er kann den Entscheid, weil auf einer ungenauen Feststellung des Sachverhaltes beruhend, aufheben und die Sache an die Verwaltungsbehörde zurückweisen, damit sie auf Grund eines vervollständigten Tatbestandes neu entscheide. Das Gesetz bindet den Verwaltungsrichter nicht an eine zwingende Maxime, sondern lässt ihm Bewegungsfreiheit.

Aus dieser freien Gestaltung des Verfahrens folgt sodann auch, dass der Richter von den Parteien vorgebrachte neue Tatsachen berücksichtigen kann, und zwar auch solche, die nach Ablauf der Beschwerdefrist aufgestellt werden. Eine unbedingte Pflicht, auf Nova einzutreten, hat der Richter aber nicht; es können Verfahrensregeln, die für einzelne Materien gelten, oder auch allgemeine Gesichtspunkte entgegenstehen. So wird eine Partei, die im administrativen Verfahren sich zu Unrecht geweigert hat, über bestimmte Tatsachen Auskunft zu geben oder bewusst unrichtige Angaben gemacht hat, keinen Anspruch auf Berichtigung oder Nachholung vor dem Verwaltungsgericht haben, während der Richter, je nach

dem Rechtsverhältnis, solche neue Vorbringen von amteswegen beachtet.⁶⁹⁾

Aus der freien Stellung des Richters in der Nachprüfung und Neufeststellung des Sachverhaltes ergibt sich indessen nicht, dass die Frage der Beweislast bei der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde keine Rolle spielen würde. Ist es, trotz allfälliger Beweiserhebung von amteswegen, nicht gelungen, einen wesentlichen tatsächlichen Punkt aufzuklären, so muss dieses non liquet, da ja der Richter trotzdem zu entscheiden hat, zu ungünsten der einen Partei den Ausschlag geben, nämlich derjenigen, die für die Tatsache als beweispflichtig erscheint nach den aus der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse zu schöpfenden Regeln über die Beweislast.⁷⁰⁾ Wer Befreiung vom Militärpflichtersatz beansprucht, weil er infolge des Dienstes militäruntauglich geworden sei (MilPflichtersatz-G Art. 2b), muss abgewiesen werden, wenn der Kausalzusammenhang zwischen dem Zustand, der zur Ausmusterung geführt hat, und dem Dienst ernstlich zweifelhaft geblieben ist; lässt sich das pflichtwidrige Verhalten, das Anlass zum Entzug der gewerbepolizeilichen Bewilligung, zur Verhängung der Ordnungsbusse, gegeben hat, nicht einwandfrei feststellen, so muss gegen die Verwaltung entschieden und die Massnahme aufgehoben werden.

4. Ermessensfragen.

Die Kognition eines Verwaltungsgerichts erstreckt sich in der Regel nicht auf die freie Nachprüfung von Ermessensentscheiden.⁷¹⁾ Das Gebiet der verwaltungsge-

⁶⁹⁾ BGE 55 I 173 f. (Praxis 18 Nr. 118).

⁷⁰⁾ Jellinek, 303. Über die Beweislast bei der Steuerveranlagung s. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht 586 f., Walter ImHof, Vierteljahresschr. f. schweiz. Abgabenrecht 9, 361 ff.

⁷¹⁾ Nähere Angaben über die Stellung der deutschen Verwaltungsgerichte zu den Ermessensfragen bei Jellinek, 293. Die Ermessenskontrolle ist danach die Ausnahme. S. auch

richtlichen Kontrolle wird so abgegrenzt durch den Gegensatz von gesetzlicher Gebundenheit und freiem Ermessen.

Das Ermessen ist nichts der Verwaltung Eigentümliches. Es findet sich auch in der Zivil- und Strafrechtspflege; man denke etwa an die Bestimmung der Genugtuungssumme nach Art. 49 OR oder an die Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. In der Verwaltung besteht indessen mehr Ermessen und weniger Gebundenheit als in der Justiz. Es hängt mit der Natur ihrer Aufgabe zusammen, dass das Gesetz den administrativen Behörden in weitem Umfang überlässt und überlassen muss, das im einzelnen Fall dem öffentlichen Interesse dienende vorzukehren.⁷²⁾

Immerhin ist bei richtiger Abgrenzung der Begriffe der gesetzlichen Gebundenheit und Freiheit der Bereich des Ermessens enger, als vielfach angenommen wird, überhaupt und auch in der Verwaltung. Man spricht häufig von Ermessen, wo bei näherem Zusehen kein freies Ermessen im eigentlichen Sinn vorliegt, sondern Gebundenheit auf Grund gesetzlicher Vorschriften mit mehr oder weniger unbestimmtem Inhalt. Mit wirklichem Ermessen hat man es nur da zu tun, wo das Gesetz für eine Massnahme auf eine Wertung abstellt, welche die Behörde im einzelnen Fall nach eigenen Zweckmässigkeitserwägungen vorzunehmen hat. Sie soll hiebei nach bestem Wissen und Gewissen handeln, so wie es das öffentliche Wohl heischt; aber innerhalb dieses Rahmens ist es eben doch eine stark subjektive Wertung. Nach dem Gesetz soll Rechtens sein, was die Behörde auf Grund dieser ihrer subjektiven Wertung bestimmt. Zum Wesen des Ermessens gehört daher, dass eine Mehrzahl von Lösungen als rechtlich möglich

Fleiner, 257 f. Auch der berühmte französische *recours pour excès* und speziell *pour détournement de pouvoir* schliesst keine Ermessenskontrolle ein, sondern richtet sich u. a. gegen Ermessensfehler.

⁷²⁾ Fleiner, 142 ff.

und gleichwertig erscheint.⁷³⁾ Diese vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit ist das Kriterium des Ermessens. Rechtmässig ist jede Lösung, die sich innerhalb desjenigen Rahmens hält, der nach richtiger Auslegung des Gesetzes, unter Würdigung der Umstände des Falles, als der rechtliche Ermessensrahmen erscheint. Diese Grenzziehung und damit die Frage, ob nicht Ermessensüberschreitung vorliege, ist Rechtsfrage. Sie bietet häufig Schwierigkeiten, da keine scharfe Scheidewand Freiheit und gesetzliche Gebundenheit voneinander trennt. Die nach dieser Richtung überprüfende Instanz kann mehr oder weniger Zurückhaltung beobachten. Sie kann das Einschreiten auf die Fälle beschränken, wo es auf den ersten Blick klar ist, dass auch die weitest gespannten Grenzen des Ermessens überschritten sind, was ungefähr auf den Willkürstandpunkt hinausläuft, oder aber mehr nach eigener selbständiger Würdigung das Ermessensfeld abstecken und untersuchen, ob der angefochtene Entscheid noch eine der rechtlich möglichen Lösungen darstellt. Die blosse Ermessenskontrolle dagegen, die sich innerhalb jenes Rahmens bewegt, bedeutet, dass die obere Instanz ihr eigenes Ermessen walten lässt, wie wenn die Vorinstanz noch nicht entschieden hätte.

Ein Beispiel mag dies veranschaulichen: Die Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, sei es durch den Strafrichter, sei es durch die Verwaltung bei administrativen Bussen. Ist der gesetzliche Rahmen 8 Tage bis 3 Jahre Gefängnis,⁷⁴⁾ so hat der Richter innerhalb dieser Grenzen nach eigener Wertung die Strafe zu wählen. Im einzelnen Fall kommt nicht der ganze gesetzliche Strafrahmen, sondern nur ein Teilrahmen in Betracht, der sich nach der grössern oder geringern Schwere des Deliktes bestimmt. Der Richter schwankt zwischen 3, 4 oder 5 Monaten Gefängnis; er entscheidet sich schliess-

⁷³⁾ Jellinek, 30, Merkl, 149 f.

⁷⁴⁾ So z. B. das eidg. MilStrG v. 13. Juni 1927, Art. 29..

lich für 4 Monate. Ein anderer Richter würde in derselben Sache zu 3 und ein dritter zu 5 Monaten gelangen. Der Appellationsrichter, der neuerdings frei zu urteilen hat, setzt sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Unterrichters. Wenn er hiebei die Strafe etwa um einen Monat erhöht oder herabsetzt, so heisst das nicht, dass die Strafzumessung durch den untern Richter nicht rechtmässig gewesen wäre, sondern nur, dass die Appellationsinstanz kraft eigener subjektiver Wertung einer andern der rechtlich möglichen Lösungen den Vorzug gibt. Das ist Ermessenskontrolle. Der auf die Rechtsfrage beschränkte Kassationsrichter ist von einer eigenen subjektiven Wertung ausgeschlossen. Er kann nicht, wie der Appellationsrichter, wählen zwischen jenen verschiedenen Möglichkeiten, sondern nur objektiv prüfen, ob die Strafe in denjenigen Teil des gesetzlichen Strafrahmens hineingeht, der nach den gesamten Umständen des Falles überhaupt noch in Betracht fällt. Das wäre vielleicht nicht mehr der Fall bei einem Jahr oder bei 14 Tagen Gefängnis. Ein anderes Beispiel echten Ermessens ist die Steuertaxation, soweit sie mangels tatsächlicher Anhaltspunkte nach freier Schätzung vorgenommen werden muss.

Mehrdeutigkeit des Gesetzes im angegebenen Sinn ist auch da nicht ausgeschlossen, wo der Entscheid nur auf ein Ja oder ein Nein lauten kann. Beide Lösungen, die positive und die negative, können dann gleichzeitig rechtmässig sein. Hieher wird z. B. die Einbürgerung zu rechnen sein, Art. 2 Abs. 2 des BürgerrechtsG vom 25. Juni 1903, auch die Verleihung von Wasserrechten nach Art. 39 des eidg. WasserrechtsG und viele andere Fälle, wo nach dem Gesetz die Behörde beim Vorliegen mehr oder weniger bestimmter Voraussetzungen eine Massnahme treffen „kann“.⁷⁵⁾

⁷⁵⁾ Ein Beispiel solchen Ermessens aus dem Entwurf zu einem BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (Bbl. 1929, I 925), Art. 4: „Die Behörde entscheidet im Rahmen

Die vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit, die das Wesen des freien Ermessens ausmacht, ist nicht identisch mit der blossen Unbestimmtheit des Gesetzes. Verhältnismässig wenige gesetzliche Vorschriften sind absolut zweifelsfrei. Die meisten sind in ihrer Tragweite für den einzelnen Tatbestand mehr oder weniger unsicher. Verschiedene Lösungen werden von den Beteiligten vertreten und von der zur Rechtsanwendung berufenen Behörde in Erwägung gezogen. In der Regel wird aber nur eine dem Gesetz gemäss sein können. Diese handelt es sich zu finden, auch wenn es nicht leicht sein mag, zu einem Schlusse zu kommen. Das Gesetz verwendet indessen häufig Begriffe, die einen ganz besonders unbestimmten und dehnbaren Charakter haben, wie die guten Sitten, Treu und Glauben, schwere Pflichtverletzung, Gefährdung, Bedürfnis, öffentliches Interesse usw. Will das Gesetz, indem es auf solche vage und elastische Voraussetzungen abstellt, nicht dem Ermessen der Behörde Raum geben? Man redet hier in der Tat vielfach von Ermessen. Allein die Unsicherheit der Handhabung des Begriffes im einzelnen Fall, die erhebliche Möglichkeit abweichender Entscheidungen, spricht noch nicht dafür, dass man es mit freiem Ermessen zu tun habe. Die Frage ist jeweilen die, ob der unbestimmte gesetzliche Begriff im Sinn der Mehrdeutigkeit oder der Eindeutigkeit zu verstehen ist, ob er jener subjektiven Wertung der Behörde ruft, oder aber auf Grund objektiver, allgemeingültiger Erwägungen klarzustellen ist. Darauf hin ist die einzelne gesetzliche Bestimmung zu prüfen. Derselbe unbestimmte Begriff kann am einen Ort mehrdeutig, am andern eindeutig sein. Ist der Sinn einer Vorschrift der, dass trotz des unbestimmten Begriffs nur eine Entscheidung richtig sein kann, so ist von freiem Ermessen nicht die Rede, mag die Lösung auch noch so zweifelhaft und schwierig erscheinen. Die Nachprüfung

der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt, Niederlassung und Toleranz.“

einer solchen Entscheidung ist nicht Ermessens-, sondern Rechtskontrolle.⁷⁶⁾ Eindeutigkeit dieser Art wird überall da anzunehmen sein, wo von der Auslegung und Anwendung des unbestimmten Begriffes der Bestand subjektiver Rechte abhängt. Die Eintragung einer Marke kann verweigert oder die Löschung einer Marke nachträglich verfügt werden, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt; aus dem entsprechenden Grund kann ein Erfindungspatentgesuch zurückgewiesen werden (VDG Anhang I). Das Patent zum Betrieb einer Auswandereragentur kann entzogen werden bei Zu widerhandlung gegen das Gesetz „unter erschwerenden Umständen“ (Anhang III). Es ist wohl klar, dass in diesen und ähnlichen Fällen nur das Ja oder Nein dem Gesetze entsprechen kann und nicht beides zugleich; ob die Verwaltungsbehörde richtig entschieden habe, ist eine Frage nicht der Angemessenheit, sondern der Rechtsmässigkeit des Entscheides.

Auch die freie Beweiswürdigung, die oft dem Ermessen zugerechnet wird, fällt nicht in den Bereich des freien Ermessens im eigentlichen Sinn, da sie, zutreffend gehandhabt, nur zu einem Ergebnis führen kann. Eine tatsächliche Annahme kann nicht gleichzeitig richtig und unrichtig sein. Ob und wieweit der Verwaltungsrichter die Tatfragen und damit die Beweiswürdigung nachzuprüfen habe, hat mit der Frage der Ermessenskontrolle nichts zu tun.

Versteht man das Ermessen im angegebenen Sinn der vom Gesetz gewollten Mehrdeutigkeit, so erscheint das administrative Ermessen als die Negation eines subjektiven Rechtes des Einzelnen. Dieser kann keinen Anspruch darauf haben, dass von mehreren rechtlich möglichen und gleichwertigen Lösungen die eine und nicht die andere getroffen werde. Legt das Gesetz eine Massnahme in das Ermessen der Behörde (die Behörde „kann“), so will sie dem Einzelnen kein Recht darauf einräumen. So lange

⁷⁶⁾ Fleiner, 144, 260 f.

die Behörde bei einer Größenbestimmung — Zumessung einer Busse, Steuerveranlagung nach freiem Ermessen usw. — in den Schranken des rechtlich zulässigen bleibt, kann der Betroffene dadurch nicht in einem Rechte verletzt sein. Ist die Aufgabe des Verwaltungsrichters auf den Schutz subjektiver Rechte beschränkt, so schliesst sie daher keine Ermessenskontrolle ein. Der Einzelne kann aber natürlich ein grosses Interesse an der Ermessenskontrolle, d. h. daran haben, dass in einer Sache, die von der Verwaltung nach freiem Ermessen zu seinen Ungunsten entschieden worden ist, auch noch der Richter sein Ermessen walten lasse.

Im Gegensatz zum fehlerfreien kann der fehlerhafte administrative Ermessensakt subjektive Rechte verletzen, wie denn ja die Nachprüfung des Entscheides auf solche Fehler hin die Frage seiner Rechtmässigkeit betrifft. Der Einzelne hat unbedingt ein Recht darauf, dass Ermessensentscheide, die seine persönliche Stellung berühren, an keinen rechtlichen Fehlern leiden. Es ist bereits von der Ermessensüberschreitung die Rede gewesen, das heisst von der Überschreitung der im einzelnen Fall dem Ermessen gezogenen Schranken. Noch gröber ist der Verstoss, wenn die Verwaltungsbehörde eine Sache, in der sie gesetzlich gebunden ist, als eine solche des freien Ermessens behandelt. Umgekehrt mag es vorkommen, dass sie rechtsirrtümlich sich in einer Frage gebunden glaubt, wo ihr das Gesetz in Wahrheit Freiheit gibt.⁷⁷⁾ Von Ermessensmissbrauch spricht man, wo ein Entscheid zwar an sich innerhalb des gesetzlichen Ermessensrahmens verbleibt, aber auf unsachlichen Motiven beruht, sei es dass sie willkürlich sind, oder doch bei einem Entscheid dieser Art nach dem Gesetz nicht in Betracht kommen dürfen.⁷⁸⁾ Aller Regel nach wird die Behörde aber allfällige unsachliche Erwägungen, die ausschlaggebend sein mögen, nicht

⁷⁷⁾ Jellinek, 36.

⁷⁸⁾ Fleiner, 146, Jellinek, 36 f.

erwähnen, und der Verwaltungsrichter kann nicht nach ihren verborgenen Motiven forschen. Sind die angeführten Gesichtspunkte einwandfrei, so wird es dann eben wieder darauf ankommen, ob der Entscheid noch in den Ermessensrahmen hineingeht. Zum Ermessensmissbrauch kann man auch den Fall rechnen, da der Entscheid sich auf eine unrichtige tatsächliche Annahme stützt. Hat der Verwaltungsrichter, wie es für das eidgenössische Verwaltungsgericht der Fall ist (s. oben S. 45 f), volle Freiheit in der Nachprüfung des Sachverhaltes, so wird er ohne dadurch Ermessenskontrolle zu üben, einen solchen nach der tatsächlichen Seite fehlerhaften Ermessentscheid aufheben können.

Es leuchtet ein, dass das Problem der Ermessenskontrolle durch den Verwaltungsrichter eine verschiedene Tragweite hat, je nachdem seine Zuständigkeit auf der Generalklausel oder der Enumeration beruht. Im ersten Fall, wo die Verwaltungsgerichtsbarkeit alle Materien ergreift, die nicht ausdrücklich ausgenommen sind, und wo daher in einer unübersehbaren Menge von Geschäften die Beschwerde möglich ist, würde die allgemeine Prüfung der administrativen Ermessensfragen der richterlichen Aufgabe nicht gemäss sein. Daher wird hier der Umstand, dass die Verwaltung nach freiem Ermessen entscheiden konnte, häufig als Grund der Inkompétence des Verwaltungsgerichts formuliert,⁷⁹⁾ der sich durch das ganze Gebiet der Verwaltung hindurchzieht. Anders bei der Enumeration. Bei ihr wird man diejenigen Materien, die ganz oder überwiegend vom freiem Ermessen beherrscht sind, von vornherein in den Katalog der Beschwerdefälle nicht aufnehmen. Alle Ermessensfragen wird man indessen auch hier nicht ausschalten können. Auch in solchen Gebieten, in denen die Verwaltung in der Hauptsache rechtlich gebunden ist, können Ermessensfragen eine Rolle spielen, und häufig mischen sich in derselben

⁷⁹⁾ So der 4. Entwurf Fleiner zum VDG.

Entscheidung Elemente der Gebundenheit und des Ermessens. Je nach dem Umfang und der Natur der Beschwerdematerien kann es aber keine Bedenken haben oder sogar geboten sein, dass dem Verwaltungsrichter in dem beschränkten und strikte abgegrenzten Raum seiner Zuständigkeit auch noch ein kleines Feld der Ermessenskontrolle offen stehe.

Im Lichte dieser allgemeinen Ausführungen soll nun das Problem der Ermessenskontrolle für das eidgenössische Verwaltungsgericht näher untersucht werden.

Einer der leitenden Gesichtspunkte bei der Auswahl der Beschwerdematerien war, das Gebiet des administrativen Ermessens möglichst auszuschliessen.⁸⁰⁾ In der Tat scheinen die Materien, in denen die verwaltungsgerichtliche Beschwerde möglich ist, wenig Ermessen zu enthalten. Natürlich kann zurzeit die Fülle der Gestaltungen nicht übersehen werden, welche die Praxis erst allmählich ans Licht bringen wird. Aber soweit heute ein vorläufiges Urteil möglich ist, lässt sich etwa folgendes sagen: Echtes Ermessen liegt in der freien Taxation mangels genügender Anhaltspunkte bei der Kriegs- und Militärsteuer. Bei den Entscheiden über die Bildung von Genossenschaften, über den Beitritt zu solchen und über ihre Rechtsverhältnisse nach dem eidgenössischen WasserrechtsG (Anhang V) werden sich wohl Ermessensfragen stellen. Bei der Aufforderung an eine Versicherungsgesellschaft zur Sanierung (Anhang VIIb) wird zu unterscheiden sein zwischen der Voraussetzung der Aufforderung — Gefährdung der Interessen der Forderungsberechtigten —, was eine Rechtsfrage ist, und den der Gesellschaft auferlegten Sanierungsmassnahmen, die sich nach administrativem Ermessen, und zwar technischem Ermessen bestimmen.⁸¹⁾ Auch bei den Entscheiden betrifft das Schicksal der Kautions von Versicherungsgesell-

⁸⁰⁾ Botsch. 19.

⁸¹⁾ VersichAufsG Art. 9 Abs. 2, KautionsG Art. 8 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1.

schaften (Anhang VIIId) kann es sich zum Teil um Ermessensfragen handeln.⁸²⁾ Nach Ermessen bestimmt sich sodann innerhalb eines gewissen Rahmens die Höhe der von den kantonalen Rekurskommissionen nach KStB und der von der Oberzolldirektion zu verhängenden Ordnungsbussen (Anhang VIII und IX). Auch die allgemeinern Zuständigkeitsklauseln der Z. IX und XI des Anhangs werden einzelne Ermessensfragen bergen.⁸³⁾

So darf man denn heute schon die Behauptung wagen, dass das Feld des Ermessens in den Beschwerdematerien nicht sehr gross ist. Auch werden in einzelnen der erwähnten Gebiete, wo Ermessensfragen vorkommen, Beschwerden voraussichtlich selten sein. Der Hauptermessensfall, die freie Steuertaxation, hat im Gesetze eine Sonderregelung erfahren (Art. 10 Abs. 2). Die Bedeutung des Problems für die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit schrumpft daher, wenn man näher zusieht, stark zusammen.

Das VDG enthält keine ausdrückliche Vorschrift über die Stellung des Verwaltungsgerichts in Fragen des administrativen Ermessens. Die Auslegung seiner Bestimmungen führt aber dazu, dass es dem Verwaltungsgericht keine Ermessenskontrolle geben will. Das „nur“ in Art. 10 Abs. 1⁸⁴⁾ bezieht sich in erster Linie auf den Ausschluss der Ermessenskontrolle, die, wie ausgeführt wurde, von der Rechts- und auch von der Sachverhaltskontrolle begrifflich verschieden ist. Die Sonderbestimmung des Art. 10 Abs. 2 für die Steuersachen, die, wie noch zu zeigen sein wird, eine, wenn auch etwas begrenzte, Kontrolle der nach freiem Ermessen getroffenen Steuertaxation bedeutet und die als ein Plus von Kognition gegenüber den

⁸²⁾ S. namentlich KautionsG Art. 9: „Der Bundesrat kann die Kautions verwendet usw.“.

⁸³⁾ Z. B. Verweigerung von Konzessionen: s. oben S. 20, Anm. 37.

⁸⁴⁾ „Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann der Beschwerdeführer nur geltend machen, der Entscheid beruhe auf einer Verletzung von Bundesrecht.“

andern Materien gedacht ist,⁸⁵⁾ wäre bei allgemeiner Ermessenskontrolle eine Einschränkung. Nach der parallelen Bestimmung über die Beschwerdegründe bei der Beschwerde an den Bundesrat (Art. 24) können Entscheide eidgenössischer Amtsstellen nicht nur wegen Verletzung von Bundesrecht oder unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des Sachverhaltes angefochten werden, sondern auch „wegen Unangemessenheit“. Damit wird dem Bundesrat, wie das seiner Stellung als oberer Verwaltungs- und Aufsichtsbehörde entspricht, die Befugnis eingeräumt, an Ermessungsentscheide mit seiner eigenen subjektiven Wertung heranzutreten, die Ermessensfrage noch einmal zu lösen. Das Fehlen einer analogen Vorschrift für das Verwaltungsgericht kann nur dahin deutet werden, dass es als Gericht im Gegensatz zur Beschwerdeinstanz innerhalb der Verwaltung keine Ermessenskontrolle haben soll. Eine solche Ordnung steht auch grundsätzlich im Einklang mit der Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde auf die Rüge der Verletzung subjektiver Rechte, da ja die Ermessenskontrolle bei richtiger Abgrenzung des Ermessensbegriffs nicht dem Rechtsschutz, sondern dem Schutz blosser Interessen dient. Dass die Ermessensfragen keinen Zugang zum Verwaltungsgericht haben sollen, war denn auch die ausgesprochene Meinung der am Erlass des Gesetzes beteiligten Organe. In der Botschaft zum Gesetzesentwurf und in den parlamentarischen Beratungen ist nachdrücklich hervorgehoben worden, dass das Verwaltungsgericht sich nicht auf die Frage einlassen dürfe, ob die Verwaltung „zweckmässig und den Verhältnissen angemessen“ entschieden habe, widrigenfalls es ja selber „in Verwaltung machen würde“.⁸⁶⁾

⁸⁵⁾ „In Kriegs- und Militärsteuersachen jedoch kann sich die Beschwerde überdies darauf stützen . . .“

⁸⁶⁾ Botsch. 49, Ständerat 5, 40/1, Nationalrat 291. Es ist unvermeidlich, dass ein Verwaltungsgericht „in Verwaltung macht“. Es kann sich immer nur um ein weniger oder mehr handeln.

Man hätte dem Verwaltungsgericht auch die wenigen Ermessensfragen, die etwa in Beschwerdefällen auftauchen mögen, ruhig zur Nachprüfung überlassen können. Bei den eng und scharf begrenzten Beschwerdematerien wäre nicht zu befürchten gewesen, dass das Verwaltungsgericht durch eine solche Ermessenskontrolle die Verwaltung irgendwie hemmt und stört. Aber das Gesetz steht unverkennbar auf einem andern Standpunkt, was sich wohl daraus erklärt, das man bei der Regelung dieses Punktes mehr die Aufgabe eines Verwaltungsgerichts im allgemeinen, als gerade die dem eidg. Verwaltungsgericht eingeräumte Stellung und Aufgabe im Auge gehabt hat.

Bei dieser Lösung des Problems erhebt sich dann aber sofort die Frage, was nun mit Ermessenentscheiden in den Beschwerdematerien zu geschehen habe. Können sie wegen Unangemessenheit an den Bundesrat gezogen werden? Das hängt ab von der Auslegung des Art. 23a, welche Vorschrift die Verwaltungsbeschwerde als unzulässig erklärt, „wenn das Bundesgericht (oder das eidg. Versicherungsgericht) zuständig ist“. Wird hier mit Zuständigkeit auf die Beschwerdematerien oder, in einem weitern Sinn, auf den Umfang der Kognition des Verwaltungsgerichts im einzelnen Fall abgestellt? Je nachdem ist auch in den verwaltungsgerichtlichen Materien die Unangemessenheitsbeschwerde an den Bundesrat möglich oder nicht. Es wäre eine gewisse Verschlechterung gegenüber der bisherigen Ordnung, wenn in dieser Hinsicht keinerlei Überprüfung von Entscheiden der Mittelinstanzen gegeben wäre. Auf der andern Seite hätte aber die Beschwerde an den Bundesrat schwere Bedenken gegen sich. Einmal würde hier die Abgrenzung der Gebiete der verwaltungsgerichtlichen und der Verwaltungsbeschwerde auf dem unbestimmten und schwankenden Begriff des freien Ermessens beruhen, und sodann würde sich eine Doppelspurigkeit der Rechtsmittel ergeben da, wo ein Entscheid sich auf rechtliche und Ermessenserwägungen zugleich stützt. Diese Nachteile wiegen so schwer, dass

die ausdehnende Interpretation jener Bestimmung zu gunsten der Beschwerde an den Bundesrat abzulehnen ist.⁸⁷⁾ Dann lag es aber nahe, dem Verwaltungsgericht auch die gelegentliche Ermessenskontrolle einzuräumen.

In der Beratung im Ständerat ist die Frage aufgeworfen worden. Der Berichterstatter lehnte den Gedanken einer parallelen Beschwerde an den Bundesrat gleichfalls ab und fügte bei: „Nach den Ausführungen des Vertreters des Bundesrates in der Kommission soll aber das wegen Rechtsverletzung angerufene Verwaltungsgericht auch über allfällige Einreden der Unangemessenheit urteilen können. Wir sind damit einverstanden und fragen uns nur, ob dies nicht in unserm Gesetz ausdrücklich gesagt werden sollte“. Wenn man das wollte, hätte man es allerdings sagen müssen, denn aus den Bestimmungen des Gesetzes folgt das Gegenteil. Auch hätte man nicht dabei stehen bleiben können, dass das wegen Rechtsverletzung angerufene Verwaltungsgericht akzessorisch auch allfällige Ermessensfragen prüfen kann, sondern es hätte die Beschwerde auch wegen Unangemessenheit allein zugelassen werden müssen. Die Bestimmungen über die Beschwerdegründe und die Kognition des Verwaltungsgerichts wären entsprechend zu ändern gewesen.

So wie die Nachprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts im Gesetz umschrieben ist, kommt ihm, wie bemerkt, die Ermessenskontrolle nicht zu (von Kriegs- und Militärsteuersachen abgesehen). Es hiesse dem Gesetz Gewalt antun, wenn man dem Gericht diese Befugnis vindizieren wollte. Man muss sich damit abfinden, dass das Gericht den Entscheid in Ermessenspunkten nicht frei nachprüfen kann und dass in dieser Hinsicht auch keine Beschwerde an den Bundesrat wegen Unangemessenheit offen steht. Die Unzukömmlichkeit ist indessen doch nicht so gross, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte.

⁸⁷⁾ In diesem Sinn auch die Botsch. 49 f.

Denn einmal spielen die Ermessensfragen in den verwaltungsgerichtlichen Materien, wie dargetan wurde, keine erhebliche Rolle, und sodann steht es dem Verwaltungsgericht frei, bei der Nachprüfung auf Ermessensüberschreitung hin einen strengeren Maßstab anzulegen. Es braucht sein Einschreiten nicht auf Willkür zu beschränken, d. h. auf Fälle, wo die Verwaltung von ihrem Ermessen einen schlechthin unvernünftigen Gebrauch gemacht hat, sondern kann es davon abhängig machen, dass ernstliche Bedenken dagegen bestehen, dass der Entscheid noch in den Ermessensrahmen hineingeht. Sein eigenes Ermessen darf es freilich nicht walten lassen, wie es ein Appellationsrichter oder die obere Verwaltungsinstanz tun könnte. Aber auch mit der gedachten, etwas freieren Rechtskontrolle wird den berechtigten Schutzbedürfnissen im allgemeinen Genüge geschehen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch der Bundesrat bei der Beschwerde wegen Unangemessenheit sich eine gewisse Reserve auflegt, indem er ohne Not sich von der Auffassung der Mittelinstanz nicht entfernt. So können Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle, bei aller grundsätzlicher Verschiedenheit, doch in der praktischen Funktion sich gegenseitig annähern. Mit jener freiern rechtlichen Überprüfung bei Ermessensentscheiden wird das Verwaltungsgericht im grossen und ganzen dasselbe leisten können wie mit einer eigentlichen Ermessenskontrolle, die es, im Bewusstsein seiner richterlichen Stellung und Aufgabe, doch auch nur mit zurückhaltendem Takt und ohne Besserwissenwollen gegenüber der Verwaltung üben würde.

5. In Kriegs- und Militärsteuersachen.

Neben der besondern Bestimmung für die Kriegssteuersachen, die den Umfang des Rechtsstreites anbetrifft (s. oben S. 39), enthält das Gesetz für die Kriegs- und Militärsteuersachen auch eine die Kognition des Verwaltungsgerichtes beschlagende Spezialvorschrift, in-

dem Art. 10 Abs. 2 anordnet: „In Kriegs- und Militärsteuersachen jedoch kann sich die Beschwerde überdies darauf stützen, dass durch den angefochtenen Entscheid die dem Steuerpflichtigen auferlegte Steuerleistung offensichtlich unrichtig berechnet worden sei.“ Diese Regel steht im Zusammenhang mit Art. 104 KStB, demzufolge die Beschwerde an die eidg. Rekurskommission möglich war, „insofern durch den kantonalen Beschwerdeentscheid ein Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet oder die dem Steuerpflichtigen auferlegte Steuerleistung offensichtlich unrichtig berechnet wurde“. Nach dem Entwurf des Bundesrates (Art. 11) sollte die Sonderbestimmung betr. die Steuern die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts einigermassen erweitern auf Tat- und Ermessensfragen, wie dies ja in ihrer Fassung zum Ausdruck kommt („überdies“). Und diese Redaktion ist unverändert geblieben, obgleich das Rechtsmittel in der parlamentarischen Beratung dann auf die Tatfragen ausgedehnt worden ist. Welches ist nunmehr die Tragweite des Art. 10 Abs. 2? Ist aus der ursprünglich beabsichtigten Erstreckung des richterlichen Prüfungsrechtes im neuen Zusammenhang nicht schliesslich eine Einengung geworden?

Die dem Pflichtigen auferlegte Steuerleistung beruht, soweit nicht — frei zu prüfende — Rechtsfragen eine Rolle spielen, auf der Taxation, die ihrerseits entweder auf Tatsachen, die der Entscheid feststellt, und deren Würdigung sich stützt oder aber, soweit Anhaltspunkte fehlen, eine nach freiem Ermessen vorgenommene Schätzung ist. Beide Möglichkeiten werden oft im Entscheid kombiniert sein, und es wird häufig auch nicht leicht zu bestimmen sein, wo die Beweiswürdigung, die nicht in das Gebiet des Ermessens fällt (s. oben S. 52), aufhört und die freie Schätzung, die Ermessen ist, anfängt. Mit der Beschwerde wird der Entscheid nach der tatsächlichen Seite angefochten, oder es wird gerügt, die kantonale Rekurskommission habe unrichtig geschätzt,

oder es wird 'das eine und das andere zugleich geltend gemacht.

Bezieht man den Art. 10 Abs. 2 auf die tatsächlichen Beschwerden, so ergäbe sich eine Einschränkung gegenüber allen andern Materien, indem das Verwaltungsgericht in Kriegs- und Militärsteuersachen die Feststellungen des Entscheides nicht frei, sondern nur daraufhin nachprüfen könnte, ob sie offensichtlich unrichtig sind. Aus dem „überdies“ würde in diesem Punkte ein „nur“. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein (wenns schon der Ausdruck „berechnet“ in Art. 10 Abs. 2 mehr auf die Tatsachenkontrolle hinweist). Nachdem entgegen dem bundesrätlichen Entwurf die verwaltungsgerichtliche Beschwerde auch die Tatfragen ergreift und der Richter sogar von amteswegen den Sachverhalt überprüfen und neu feststellen kann, ist kein Grund ersichtlich, weshalb das nicht auch für die Kriegs- und Militärsteuersachen gelten sollte, die ja sonst, statt der beabsichtigten Privilegierung, schlechter gestellt wären. Das ist, was die Kriegssteuersachen anlangt, um so weniger anzunehmen, als in diesen das Verwaltungsgericht nicht einmal an die Anträge der Parteien gebunden ist, sondern ganz frei entscheidet, ähnlich einer obern Verwaltungsbehörde, womit sich eine Beschränkung in der Kontrolle des Tatbestandes schwer vertragen würde.⁸⁸⁾

Art. 10 Abs. 2 kann daher nur für die Ermessensfragen bei der Steuertaxation Bedeutung haben. Er gibt dem Verwaltungsgericht eine gewisse Ermessenskontrolle, die aber nicht ganz frei, sondern auf die Frage beschränkt

⁸⁸⁾ Nach der Botsch. 50 sollte in Kriegssteuersachen an den bisherigen Beschwerdegründen nichts geändert werden. „Beim Militärflichtersatz sind nach der Praxis dieselben Beschwerdegründe gegeben.“ Die Praxis der eidg. Kriegssteuerrekurskommission hat sich im Laufe der Zeit zu immer grösserer Freiheit entwickelt. „Als Ziel und Zweck ihrer Wirksamkeit gilt ihr die Herstellung des gesetzlichen Zustandes in allen Beziehungen.“ Geering in der S. 39 Note 64 zitierten Abhandlung.

ist, ob die Schätzung offensichtlich unrichtig sei. Auch hier kann daher das Verwaltungsgericht sein eigenes Ermessen nicht einfach an die Stelle des Ermessens der kantonalen Behörde setzen. Es hat zu untersuchen, ob die Lösung der letztern sich ohne weiteres als unangemessen darstelle. In der praktischen Anwendung wird es sich ungefähr mit der freieren Rechtskontrolle decken, die das Verwaltungsgericht nach früheren Ausführungen in den übrigen Materien bei Ermessensfragen auszuüben hat.

VIII. Suspensiv- und Devolutivwirkung.

Einem ordentlichen appellationsähnlichen Rechtsmittel, wie es die verwaltungsgerichtliche Beschwerde ist, würde der Suspensiveffekt angemessen sein:⁸⁹⁾ es sollte nach seiner ganzen Struktur die Vollstreckung des angefochtenen Entscheides hemmen. Der Gesetzgeber hat aber geglaubt, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung versagen zu sollen (Art. 12). Er hat sich dabei wohl von praktischen Erwägungen leiten lassen: der Suspensiveffekt könnte die Verwaltungstätigkeit erschweren; dem Missbrauch des Rechtsmittels um des Zeitgewinns willen soll der Riegel gestossen werden.⁹⁰⁾

⁸⁹⁾ Fleiner, 262.

⁹⁰⁾ Die Botsch. gibt kein Motiv für den Ausschluss der hemmenden Wirkung der Beschwerde. Im Ständerat, 41, wurde lediglich bemerkt, die Regelung sei die gleiche wie beim staatsrechtlichen Rekurs. Allein der staatsrechtliche Rekurs ist von der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde wesentlich verschieden: er ist ein ausserordentliches Rechtsmittel mit rein kassatorischer Funktion. Man kann sich fragen, ob es nicht richtiger gewesen wäre, der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde, etwa mit Ausnahme einzelner Materien, Suspensiveffekt zu geben mit der Beschränkung, dass der Präsident des Gerichts im einzelnen Fall den angefochtenen Entscheid als vorläufig vollstreckbar erklären kann. Die sofortige Vollstreckung eines Entscheides, z. B. die Publikation, kann dem Betroffenen einen unter Umständen schwer wieder gutzumachenden Schaden zufügen. Man wird erwarten dürfen,

Der Entscheid, gegen den die Beschwerde möglich ist, wird daher sofort verbindlich und vollstreckbar und nicht erst nach unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist, und auch die Einlegung der Beschwerde schiebt jene Folgen des Entscheides nicht auf.

Das Gesetz macht zwei Ausnahmen. Einmal behält es gegenteilige Vorschriften von Spezialbundesgesetzen vor, und sodann kann der Präsident des Verwaltungsgerichts der Beschwerde durch vorsorgliche Verfügung die aufschiebende Wirkung erteilen. Nach Art. 185 OG, der auch für die verwaltungsgerichtliche Beschwerde gilt, geschieht das aber nur auf Ansuchen einer Partei, und ein solches Gesuch kann erst gestellt werden „nach Eingang der Beschwerdeschrift“, also nicht schon der Beschwerde vorgängig.

Wird ein Entscheid vollstreckt, gegen den die verwaltungsgerichtliche Beschwerde erhoben wird, so muss die Vollstreckung, wenn dann der Entscheid vom Verwaltungsgericht aufgehoben wird, wieder rückgängig gemacht werden, so gut dies noch möglich ist.

Auch bei Entscheiden, die auf Geldzahlung lauten, insbesondere den Steuerentscheiden, hemmt die Beschwerde die Vollstreckung grundsätzlich nicht. Eine vorläufige Vollstreckung eines solchen Entscheides passt nicht in das System des SchKG.⁹¹⁾ Doch werden sich

dass die Verwaltung von sich aus mit Vollstreckungsmassnahmen zurückhält, wo nicht Gefahr im Verzug ist.

Mit Kreisschreiben vom 13. Aug. 1929 an die kant. Aufsichtsbehörden über das Handelsregister (Bbl. II 161) hat das eidg. Justiz- und Polizeidepartement empfohlen, Entscheide in Handelsregistersachen zu vollziehen, sofern nicht innert 5 Tagen — bisherige Rekursfrist — die verwaltungsgerichtliche Beschwerde erhoben wird und hierauf im Entscheide aufmerksam zu machen. Wird erst später, immerhin innert 30 Tagen, rekurriert, so soll der Vollzug aufrecht bleiben, soweit der Präsident des Verwaltungsgerichts nichts anderes verfügt.

⁹¹⁾ S. BGE 47 I Nr. 28 (Praxis 10 Nr. 98), wo ausgesprochen wurde, dass ein Kanton nicht befugt ist, einen Steuerentscheid, der noch mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten

praktische Schwierigkeiten kaum ergeben, da ja der Präsident des Gerichtes jederzeit die Betreibung einstellen kann und da die Verwaltung Beträge, die nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts als zuviel bezogen erscheinen, ohne weiteres zurückgeben wird.

Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde wird die ganze Streitsache im Rahmen der Parteianträge und des Entscheides — bei Kriegssteuersachen sogar über diesen Rahmen hinaus — vor das Verwaltungsgericht geschoben, dessen Kognition nur vor dem kantonalen Recht und, in gewissen Grenzen, vor Ermessensfragen haltmacht, und das auch in der Sache selber entscheiden kann. Das Rechtsmittel hat daher, was man Devolutiv-effekt nennt; aber doch auch wieder nicht in dem vollen Masse, wie die Appellation des Zivilprozesses: die Abweisung der Beschwerde ist, wie im Abschnitt über das Urteil auszuführen sein wird, ein Entscheid nur über das Rechtsmittel und nicht in der Sache selber.

IX. Das Urteil.

1. Die verschiedenen Arten.

Das Urteil erledigt die verwaltungsgerichtliche Beschwerde entweder formell oder materiell. Die formelle Erledigung liegt vor, wenn auf die Beschwerde nicht eingetreten wird mangels einer Prozessvoraussetzung: Verspätung, Formlosigkeit der Beschwerde, Fehlen eines anfechtbaren Entscheides nach der Materie oder der Behörde, Nichtvorhandensein der Beschwerdelegitimation. Das materielle Urteil lautet entweder auf Abweisung oder Gutheissung der Beschwerde oder auf beides zugleich je zum Teil. Mit der Gutheissung der Beschwerde ist die

werden kann, als vorläufig vollstreckbar zu erklären, weil ein solcher Entscheid nicht rechtskräftig und daher kein Vollstreckungsmittel ist im Sinn von Art. 80 SchKG. Art. 111 Abs. 4 KStB bestimmt: „Durch eine Einsprache oder Beschwerde wird die Fälligkeit der Steuerforderung nicht gehemmt.“

Aufhebung des Entscheides verbunden. Soweit sie erfolgt, hat das Verwaltungsgericht die Wahl, in der Sache selber zu entscheiden oder sie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 16 Abs. 2). Ein neuer formeller Entscheid in der Sache wird nicht immer notwendig sein. In einzelnen Fällen genügt die Aufhebung des Entscheides; so lebt eine gewerbepolizeiliche Bewilligung ohne weiteres wieder auf, wenn der den Entzug aussprechende Entscheid kassiert wird, und eine Ordnungsbusse fällt mit der Aufhebung der sie verhängenden Verfügung dahin.

Es ist eine reine Ermessensfrage, ob das Verwaltungsgericht bei Gutheissung der Beschwerde selber entscheidet oder zurückweist. Es wird das erstere tun, wenn die Sache für den Richter als spruchreif erscheint. Rückweisung wird namentlich erfolgen, wenn der Tatbestand noch weiterer Abklärung durch die Verwaltungsbehörde bedarf.

Die Abweisung der Beschwerde hat nur die negative Wirkung der Abweisung des Rechtsmittels und nicht die positive einer Bestätigung des angefochtenen Entscheides. In diesem Punkte entfernt sich das Rechtsmittel vom Typus der Appellation.⁹²⁾ Objekt einer allfälligen Vollstreckung ist daher hier der Entscheid und nicht das Urteil (abgesehen von den Kosten). Der Erlass eines neuen Entscheides in der Sache, wenn der Entscheid der Verwaltungsbehörde sich als richtig herausstellt, würde über die Rechtsschutzaufgabe des Verwaltungsgerichts hinausgehen. Wenn die verwaltungsgerichtliche Beschwerde die Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit des Verwaltungsentscheides nicht hemmt, wobei dieser unter Umständen schon vor Beendigung des Prozesses ganz oder zum Teil vollstreckt ist, so kann die Abweisung der Beschwerde nicht wohl bedeuten, dass der Entscheid nun dahinfällt

⁹²⁾ Auch von der Berufung ans Bundesgericht in Zivilsachen. S. Th. Weiss, Die Berufung ans Bundesgericht, 321 ff.

und das richterliche Urteil an seine Stelle tritt. Auch sieht ja das Gesetz die Entscheidung in der Sache durch das Gericht ausdrücklich nur vor, wenn die Beschwerde gutgeheissen wird.

2. Die Rechtskraft.

Nach Art. 195 OG (in Verbindung mit VDG Art. 13) werden die verwaltungsgerichtlichen Urteile des Bundesgerichts als Beschwerdeinstanz mit der Ausfällung rechtskräftig und vollziehbar. Die formelle Rechtskraft besteht darin, dass das Urteil nicht weiter gezogen werden kann — es ist auch gar keine Instanz vorhanden, die für einen Weiterzug in Betracht käme —, und dass es im Verfahren selber unabänderlich ist. Sobald das Urteil erlassen ist, kann auch das Verwaltungsgericht nicht mehr darauf zurückkommen, weder von amteswegen, noch auf ein Wiedererwägungsgesuch einer Partei hin, ausgenommen bei der Wiederaufnahme des Verfahrens im Wege der Revision, wenn das Urteil an bestimmten schweren Mängeln formeller oder materieller Natur leidet.

Art. 195 OG ist aber nicht nur auf die formelle, sondern auch auf die materielle Rechtskraft zu beziehen: die Bindung der Behörden an das Urteil. Das Gesetz spricht von Rechtskraft schlechthin. Die blosse formelle Rechtskraft des Urteils ist eine Selbstverständlichkeit. Auch in der entsprechenden Bestimmung für die bundesgerichtlichen Zivilurteile, OG Art. 101, ist nur die Rede von Rechtskraft, womit die formelle und die materielle Rechtskraft gemeint ist. Die Urteilswirkung, die man als materielle Rechtskraft bezeichnet, ist daher den Urteilen des Verwaltungsgerichts durch das positive Recht verliehen. Sie fliesst aber auch aus der Natur eines verwaltungsgerichtlichen Urteils.

Der zwingende Charakter des öffentlichen Rechtes würde freilich verlangen, dass ein behördlicher Akt bindende Kraft nur hat, soweit er sachlich rechtmässig ist. Es widerstreitet den daran beteiligten öffentlichen In-

teressen, dass ein Akt, der nicht oder nicht mehr mit dem Gesetze übereinstimmt, nicht jederzeit zurückgenommen oder abgeändert werden kann. Auf der andern Seite kann es ein Erfordernis der Rechtssicherheit sein, dass ein behördlicher Akt, unbekümmert um seine Rechtmässigkeit, verbindlich bleibe, oder dass er wenigstens nur beim Vorliegen ganz besonderer Voraussetzungen wieder in Frage gestellt werde. Das Problem der Rechtskraft des gewöhnlichen Verwaltungsaktes ist daher, soweit das Gesetz es nicht positiv regelt, unter Abwägung jener beiden sich gegenüberstehenden Gesichtspunkte für die verschiedenen Arten von Verfügungen zu lösen.⁹³⁾ Beim verwaltungsgerichtlichen Urteil dagegen, das in einem justizmässigen, dem Rechtsschutzzweck dienenden Verfahren ergeht, überwiegt von vornherein und durchaus das Moment der Rechtssicherheit. Es müsste, auch wenn das Gesetz schweigen würde, zur Anerkennung der materiellen Rechtskraft führen.⁹⁴⁾ Wie wirkt sich aber diese Eigenschaft des verwaltungsgerichtlichen Urteils im einzelnen aus? Das Problem, das dabei vor allem praktisch interessiert, ist das: Wieweit bindet das Urteil des Verwaltungsgerichtes die Verwaltung? Wieweit steht es im Wege, dass sie einen neuen, abweichenden Entscheid erlässt?

Geht das Urteil auf Abweisung der Beschwerde, so liegt darin, wie oben S. 66 ausgeführt wurde, keine formelle Bestätigung des Entscheides, sondern nur die Zurückweisung des Angriffes. In den Urteilserwägungen wird zwar ausgeführt, dass der Entscheid nicht rechtswidrig sei. Aber nicht die Erwägungen werden rechtskräftig, sondern nur das Dispositiv. Soweit dieses der Erläuterung bedarf, sind freilich auch die Urteilserwägungen heranzuziehen. Hier ist indessen das Dispositiv,

⁹³⁾ Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 62 ff.

⁹⁴⁾ Beetschen, Die mat. Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen (Zürch. Diss.), 30 f.

das eindeutig auf Verwerfung des Rechtsmittels lautet, auch ohne Zurückgehen auf die Motive verständlich. Rechtskräftig wird daher nur die Abweisung der Beschwerde nicht aber die Feststellung, dass der Entscheid rechtmässig sei. Dem Entscheid wächst aus dem Urteil keine bindende Kraft zu, die er nicht schon ohnehin hätte.⁹⁵⁾ Wenn die Verwaltungsbehörde nachträglich in der Sache anders entscheiden will, so bildet das Urteil kein formelles Hindernis.

Hebt das Verwaltungsgericht den Entscheid auf und weist es die Sache zu neuer Entscheidung an die Verwaltungsbehörde zurück, so hat diese die Rechtsauffassung des Gerichts, mit der die Rückweisung begründet wird, dem neuen Entscheid zugrunde zu legen. Das Gesetz sagt das zwar nicht ausdrücklich, wie bei der Berufung (OG Art. 84); aber es ist selbstverständlich. Man kann es, mangels einer gesetzlichen Bestimmung, immerhin aus der Rechtskraft herleiten, die hier in positiver Weise wirkt, da in dem aus den Motiven ergänzten Dispositiv die Weisung an die Vorinstanz liegt, gemäss den erteilten rechtlichen Direktiven neu zu entscheiden.⁹⁶⁾ Wird der neue Entscheid wiederum mit der Beschwerde angefochten, so ist dann auch das Verwaltungsgericht an sein früheres Urteil gebunden.⁹⁷⁾ Ein Urteil, das wegen ungenügender Feststellung des Sachverhaltes ohne rechtliche Anleitung zurückweist, hat keine materielle Rechtskraft.

Entscheidet das Verwaltungsgericht in der Sache selber, so erlässt es einen Verwaltungsakt in Form eines Urteils. Dieselbe Bedeutung hat das Urteil, das sich auf die Aufhebung des Entscheides beschränkt, in Fällen, wo

⁹⁵⁾ Burckhardt, a. a. O. 65 N. 1.

⁹⁶⁾ Das Dispositiv nimmt richtigerweise auf die Erwägungen Bezug: „Rückweisung zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen“.

⁹⁷⁾ Vgl. BGE 38 I 574, betr. die materielle Rechtskraft eines staatsrechtlichen Urteils des Bundesgerichts.

eine weitere Verfügung sich erübrigt (s. oben S. 66). Auch im letztern Fall bewirkt das Urteil eine dem aufgehobenen Entscheide gegenüber neue Rechtslage für den Einzelnen im Verhältnis zur Verwaltung. Der Verwaltungsakt in Urteilsform bindet die Verwaltung, soweit die Rechtskraft reicht, in dem Sinn, dass sie keinen neuen Entscheid erlassen darf, der ihn zurücknimmt oder abändert.⁹⁸⁾

Die Rechtskraft eines solchen Urteils ist objektiv⁹⁹⁾ beschränkt auf die durch das Urteil entschiedene Streitsache. Frägt es sich, ob die Angelegenheit, mit der die Verwaltung später befasst ist, mit jener Sache identisch sei, so sind auch die wesentlichen tatsächlichen Elemente zu berücksichtigen, die dem Urteile zugrunde liegen, soweit erst durch sie das Dispositiv seine wahre Bestimmtheit erhält. Stellt sich nachträglich heraus, dass der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkte ein anderer ist, oder ändern sich die Umstände, so liegt nicht mehr eadem res vor, und das Urteil steht einem neuen Entscheid der Verwaltung auf der neuen tatsächlichen Basis nicht entgegen. Hat z. B. das Verwaltungsgericht einen Entscheid, der wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Inhabers eine gewerbepolizeiliche Bewilligung entzieht, mit der Begründung aufgehoben, dass nach dem festgestellten Sachverhalt die Verfehlung nicht vorliege oder nicht hinläng-

⁹⁸⁾ Ob die Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils eine relative oder eine absolute ist, ist in der Literatur des deutschen Verwaltungsrechts streitig. Fleiner, 274, Jellinek, 299. Je nachdem muss die Behörde die Rechtskraft von amteswegen respektieren, wie beim Zivilurteil, oder kann hievon absehen, wenn die Partei, zu deren Gunsten es lautet, damit einverstanden ist. Die Frage hat geringe praktische Tragweite. Solche Verzichte auf die Rechtskraftwirkung des Urteils werden sehr selten sein. Auch steht ja die Rechtskraft dem Verzicht auf das materielle Recht nicht im Wege.

⁹⁹⁾ Subjektiv ist die Rechtskraft beschränkt auf die Parteien. Doch gilt das nur für das feststellende Urteil. Das rechtsgestaltende Urteil wirkt für und gegen jedermann.

lich schwer sei, und ergibt sich nachträglich, dass der wahre Sachverhalt viel gravierender ist oder lässt sich der Inhaber später eine schwere Verfehlung zuschulden kommen, so kann die Verwaltung die Erlaubnis neuerdings entziehen. Ein anderes Beispiel wäre die vom Verwaltungsgericht entgegen dem Entscheide der Verwaltung angeordnete Unterstellung eines Betriebes unter das FabrikG, die Sozialversicherung. In diesen und ähnlichen Fällen hat die Anordnung des Verwaltungsgerichts keine unbedingte Bedeutung, wie diejenige eines Zivilurteils, sondern nur eine auf die angenommenen tatsächlichen Verhältnisse bezogene relative. Man formuliert diese Begrenzung auch dahin, dass das verwaltungsgerichtliche Urteil unter der „*clausula rebus sic stantibus*“ ergeht.¹⁰⁰⁾ Erscheint dagegen der Sachverhalt in keinem wesentlichen Punkte anders, als das Gericht ihn angenommen hat, so kann die Verwaltung nicht auf die Sache zurückkommen, oder doch jedenfalls nur, wenn inzwischen in einer Rechtsfrage sich eine allgemeine Wandlung der **Anschaulungen** vollzogen hat, die etwa in späteren Urteilen des Verwaltungsgerichts zum Ausdruck gelangt ist.

Jene tatbeständliche Beschränkung der bindenden Kraft des Urteils wird im allgemeinen da anzunehmen sein, wo das Urteil Rechtsverhältnisse dauernder Art feststellt oder begründet. Die Rechtssicherheit kann verlangen, dass das Urteil ohne solchen Vorbehalt Recht schafft. Dies wird namentlich der Fall sein, wo es eine einmalige Leistung betrifft. Der richterliche Spruch, der eine Steuer in bestimmter Höhe festsetzt oder den Staat verhält, einen Steuerbetrag zurückzugeben, der eine Ordnungsbüsse aufhebt oder herabsetzt, ist unabhängig vom Tatbestand des Urteils und daher materiell rechtskräftig, auch wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass der Richter von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Ein Zurückkommen durch

¹⁰⁰⁾ Fleiner, 272/3.

die Verwaltungsbehörde ist hier nur möglich, soweit das Gesetz es ausdrücklich zulässt. So bildet das verwaltungsgerichtliche Urteil in einer Kriegssteuersache kein Hindernis für das Nachsteuerverfahren bei Steuerhinterziehung (KStB Art. 133).

Bisher war die Rede von der bindenden Kraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils für die Verwaltung. Wirkt es nicht in ähnlicher Weise auch auf andern Gebieten? Von praktischem Interesse ist die Stellung des Strafrichters, wenn der vom Verwaltungsrichter entschiedene Punkt Vorfrage im Strafprozess wird. Das Verwaltungsgericht hat ausgesprochen (in einem positiven Urteil¹⁰¹⁾), dass die von A. beabsichtigte Veranstaltung gegen das Lotterieverbot verstößt. Trotzdem führt A. die Veranstaltung aus und wird dem Strafrichter überwiesen (LotterieG v. 8. Juni 1923, Art. 38). Ist der Strafrichter an das Urteil des Verwaltungsgerichts gebunden, so muss er verurteilen; kann er die Frage der Übertretung des Lotterieverbotes frei prüfen, so gelangt er vielleicht zu ihrer Verneinung und damit zur Freisprechung. Für die formelle Schranke scheint die Erwägung zu sprechen, dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren ja gerade den Zweck hat, jene Vorfrage in autoritativer Weise abzuklären. Ganz abgesehen davon, dass die Erwägung auch für das negative Urteil zutrifft, das unter keinen Umständen binden kann, widerstreitet es dem im Strafprozess herrschenden Streben nach materieller Wahrheit und Gerechtigkeit, dass der Strafrichter unter Umständen gegen seine eigene Überzeugung verurteilen müsse.¹⁰²⁾ Der letztere Gesichtspunkt dürfte durchschlagend sein gegen die Annahme der Bindung. Auch der Kassationshof des Bundesgerichts, an den das Straf-

¹⁰¹⁾ Ein negatives Urteil — Abweisung der Beschwerde — hat, wie ausgeführt, nicht die bindende Wirkung der materiellen Rechtskraft, was die Frage der Rechtmässigkeit des Entscheides anlangt.

¹⁰²⁾ Stein, Justiz und Verwaltung, 99, 103.

urteil weitergezogen werden kann (OG Art. 160), ist dann frei. Es muss aber, wenn er von einem Urteil des Verwaltungsgerichts in einer Rechtsfrage abweichen will, die Sache dem Plenum des Bundesgerichts vorlegen (OG Art. 23 Abs. 2).¹⁰³⁾

X. Verhältnis zu andern eidgenössischen Rechtsmitteln.

Zwei Rechtsmittel können in derselben Sache und für denselben Beschwerdegrund in der Weise konkurrieren, dass an sich die gesetzlichen Voraussetzungen beider gegeben sind. Da aus Gründen der Ordnung und Ökonomie nur ein Rechtsmittel statthaft sein kann, so muss das eine vor dem andern zurücktreten. Dabei gilt die Regel, dass das ordentliche Rechtsmittel vor dem ausserordentlichen, das besondere vor dem allgemeinern den Vorrang hat.

Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat ist der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde gegenüber das allgemeinere Rechtsmittel (VDG Art. 22). Das Gesetz schliesst sie ausdrücklich aus, soweit das Bundesgericht zuständig ist (Art. 23a). Die Abgrenzung der beiden Rechtsmittel geschieht also lediglich danach, ob die Beschwerde an das Verwaltungsgericht offen steht.¹⁰⁴⁾

Bei einem kantonalen Entscheid in einer verwaltungsgerichtlichen Beschwerdematerie ist es möglich, dass die Beschwerde ans Verwaltungsgericht mit dem staats-

¹⁰³⁾ Diese Bestimmung, die Rechtsprechungskonflikte innerhalb des Bundesgerichts vermeiden will, gilt wohl über ihren Wortlaut hinaus, nicht nur für das Verhältnis von Abteilung zu Abteilung, sondern auch für dasjenige von Abteilung zu Kammer usw. Die Frage ist noch nie praktisch geworden.

¹⁰⁴⁾ Bundesrat und Bundesgericht haben, wenn beide Beschwerden ergriffen sind, oder in Zweifelfällen nach OG Art. 194 den Meinungsaustausch über die Kompetenzfrage zu pflegen. Nach dem neuen Abs. 3 von Art. 194 (VDG Art. 49 f.) schadet die Einreichung der Beschwerde bei der unrichtigen Behörde dem Beschwerdeführer nicht.

rechtlichen Rekurse konkurriert: ein in die Kognition des Verwaltungsgerichts fallender Punkt kann gleichzeitig staatsrechtlicher Beschwerdepunkt sein, z. B. die Verkennung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, Willkür in der Anwendung des kantonalen Rechts (s. oben S. 43), eine Verletzung des Rechts auf Ehe (BV Art. 54) bei Zivilstandsregistersachen. Hier geht der staatsrechtliche Rekurs als das ausserordentliche und allgemeinere und daher subsidiäre Rechtsmittel¹⁰⁵⁾ dem ordentlichen und spezielleren der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde nach.

Die staatsrechtliche und die verwaltungsgerichtliche Beschwerde können in einer Sache auch kumulativ in Betracht kommen, wenn eine Partei glaubt, der an das Verwaltungsgericht weiterziehbare Entscheid enthalte zugleich eine Verletzung der kantonalen Verfassung. Dabei ist es nicht unzulässig, die beiden Beschwerden in einer Rechtsschrift zu vereinigen.

Wenn Zweifel darüber bestehen, ob die staatsrechtliche oder die verwaltungsgerichtliche Beschwerde das richtige Rechtsmittel sei, kann die Beschwerde als das eine und ev. das andere bezeichnet werden. Eine irrtümliche Bezeichnung ist wohl von amteswegen zu berichtigen.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass die verwaltungsgerichtliche mit der zivilrechtlichen Beschwerde kollidiert. Kantonaler Entscheid im Sinn von Art. 87 Z. 1 und 2 OG kann auch ein Verwaltungsentscheid sein, bei dem es sich in der Hauptsache um eine Frage des Zivilrechts handelt: Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.¹⁰⁶⁾ Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde ist der Materie nach spezieller, der richterlichen Kognition nach

¹⁰⁵⁾ S. über die subsidiäre Natur des staatsrechtlichen Rekurses gegenüber andern eidg. Rechtsmitteln z. B. BGE 49 I 284, 50 I 63 (Praxis 13 Nr. 42).

¹⁰⁶⁾ BGE 41 II 762, 42 I 392, 42 II 420, 529, 52 II 416 (Praxis 5 Nr. 32, 187, 197; 6 Nr. 11; 16 Nr. 6).

allgemeiner als die zivilrechtliche Beschwerde. Entscheidend für ihren Vorrang ist das erstere Moment, das sie als das ordentliche Rechtsmittel erscheinen lässt gegenüber der zivilrechtlichen Beschwerde als dem ausserordentlichen. Da die Anrufung des Verwaltungsgerichts in den Beschwerdematerien zu einer umfassenden richterlichen Nachprüfung führt, bleibt kein Raum für ein Rechtsmittel in einem einzelnen besondern Beschwerdegrund. Daher auch in Art. 87 OG die ausdrückliche Beschränkung der zivilrechtlichen Beschwerde auf die der Berufung nicht unterliegenden Entscheide.

Über die Abgrenzung der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde von der verwaltungsrechtlichen Klage ist bei dieser zu handeln.¹⁰⁷⁾

C. Die verwaltungsrechtliche Klage.

I. Im allgemeinen.

Die verwaltungsrechtliche Klage, die das VDG in den Art. 17 bis 21 regelt, ist das Gegenstück der direkten Zivilklage beim Bundesgericht. Sie geht nicht, wie die verwaltungsgerichtliche Beschwerde, auf die Nachprüfung von Verwaltungsentscheiden; sie betrifft vielmehr Streitigkeiten, in denen die Entscheidungsbefugnis ausschliesslich dem Verwaltungsgericht vorbehalten ist. Im Umfang seiner Zuständigkeit als einziger Instanz kann daher die Verwaltung nicht entscheiden oder verfügen. Ein Ausspruch der Verwaltung in einer Streitigkeit kann hier rechtlich nur die Bedeutung einer unverbindlichen Parteierklärung oder Meinungsäusserung haben. Der verwaltungsrechtliche Prozess dient somit nicht der Kontrolle der Verwaltungstätigkeit. Er ist Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nach einer solchen Funktion, sondern nur nach

¹⁰⁷⁾ Über die Abgrenzung der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde von dem Rekurse an die Zollrechtskommission s. oben S. 16 Anm. 26.

dem anzuwendenden Recht. Das ist wenigstens der typische Charakter der Klage vor dem Verwaltungsgericht. In einzelnen Fällen kann der Klage doch auch ein eigentlicher Verwaltungsentscheid vorangehen; die Klage gestaltet sich dann, wenn auch nicht formell, so doch materiell zu einer Anfechtung dieses Entscheides und führt sachlich zu einer richterlichen Kontrolle der Verwaltung.

Wer einen Anspruch, für den die verwaltungsrechtliche Klage offen steht, gegen den Staat zu haben glaubt, wird die Verwaltung zuvor begrüßen. Nach Art. 20 kann der Bundesrat durch Verordnung bestimmen, dass die Klage gegen den Bund erst erhoben werden kann, nachdem eine bestimmte Verwaltungsinstanz zum Anspruch Stellung genommen hat.¹⁰⁸⁾ Diese Prozessvoraussetzung wird aber erfüllt sein, wenn die angegangene zuständige Instanz innert angemessener Frist sich nicht äussert.

Das Gesetz umschreibt die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als einziger Instanz und grenzt sie ab gegenüber andern Verfahren (Art. 17 bis 19). Es ordnet den Gegenstand des Rechtsstreites und verweist, was das Verfahren, das Urteil, die Kosten, die Revision und die Erläuterung anlangt, auf die für den staatsrechtlichen Rekurs geltenden Bestimmungen.

II. Die Fälle von Art. 17 VDG.

1. Die gemeinschaftlichen Merkmale.

Den Hauptfall der direkten verwaltungsrechtlichen Klage vor dem Bundesgericht bilden die „in der Bundesgesetzgebung begründeten vermögensrechtlichen Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund aus öffentlichem Recht“ (Art. 17). Kläger ist bei diesen Streitigkeiten in der Regel der Einzelne oder eine Korporation des privaten oder öffentlichen Rechtes. Die Parteirollen können aber auch umgekehrt liegen, indem der Bund als Kläger auftritt.

¹⁰⁸⁾ Eine solche Verordnung ist noch nicht ergangen.

Hieher können insbesondere auch Anstände zwischen dem Bund und einem Kanton gehören. Unter den Begriff „Bund“ fallen auch die Bundesbahnen, die ein Zweig der Bundesverwaltung ohne Rechtspersönlichkeit sind,¹⁰⁹⁾ nicht aber selbständige Anstalten des Bundes, wie die Nationalbank, die Unfallversicherungsanstalt. Die eidg. Alkoholverwaltung, die eine eigene juristische Person ist, gilt nach dem VDG, Art. 46, im Sinne des Gesetzes als Abteilung der Bundesverwaltung.¹¹⁰⁾

Vermögensrechtliche Ansprüche sind solche, die einer Abschätzung in Geld zugänglich sind. Der Begriff spielt auch bei der Berufung (OG Art. 61) und beim direkten Zivilprozess (OG Art. 48 ff.) eine Rolle. Er hat daher bereits in der bisherigen Praxis des Bundesgerichts seine Abklärung gefunden. Trotz der Beschränkung auf vermögensrechtliche Ansprüche ist die Klage unabhängig vom Vorhandensein eines Streitwertes in bestimmter Höhe. Die Klage kann Leistungs- oder Feststellungsklage sein. Immerhin wird die letztere auch hier nur zulässig sein, wenn der Kläger ein Interesse daran hat, sein Recht in dieser Form zu verfolgen.¹¹¹⁾

Die Klage nach Art. 17 ist nur gegeben für vermögensrechtliche Ansprüche aus dem öffentlichen Rechte. Ihre Abgrenzung hängt somit ab von der Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Recht. Zu diesem viel erörterten und umstrittenen Problem ist hier nicht Stellung zu nehmen.¹¹²⁾ Die Rechtsprechung wird sich von Fall zu Fall damit auseinanderzusetzen haben. Nur in einem Punkt trifft das Gesetz die Scheidung selber, indem es die Ansprüche aus dem Tarif-, Tax-, Ge-

¹⁰⁹⁾ BGE 29 I 193, 34 II 565.

¹¹⁰⁾ Botsch. 23.

¹¹¹⁾ S. z. B. BGE 50 II 56 (Praxis 13 S. 163).

¹¹²⁾ S. z. B. Giacometti, Die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Bundesgerichts, Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1 ff.

bühren- und Transportwesen der Bundesbahnen, wie von der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde, so auch von der verwaltungsrechtlichen Klage ausdrücklich ausschaltet (Art. 19b) im Hinblick auf ihren privatrechtlichen Charakter.¹¹³⁾ Wo sodann ein Spezialgesetz für einen Anspruch gegen den Bund den Zivilrechtsweg öffnet, wird dieser der verwaltungsgerichtlichen Klage vorgehen ohne Rücksicht auf die Natur des Anspruches.¹¹⁴⁾

Dagegen bedarf das Verhältnis der direkten verwaltungsrechtlichen Klage nach Art. 17 VDG zur direkten Zivilklage beim Bundesgericht der Abklärung. In Betracht kommen dabei folgende zivilrechtliche Streitigkeiten, die das Bundesgericht als einzige Instanz beurteilt: Streitigkeiten zwischen einem Kanton und dem Bund, bei denen der Bund Kläger oder Beklagter sein kann und bei denen keine Streitwertgrenze besteht, und solche zwischen Einzelnen und Korporationen als Klägern und dem Bund als Beklagtem mit einer Streitwertgrenze von 4000 Fr. (OG Art. 48 Z. 1 und 2). Es erhebt sich die Frage, ob der verwaltungsrechtliche direkte Prozess seinem Gegenstand nach als etwas völlig Neues neben den bisherigen direkten Zivilprozess tritt oder ob er den letztern teilweise absorbiert.

Der Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinne des Art. 48 OG ist nämlich nach der Praxis nicht einfach, was er logischerweise sein sollte, die Negation des Begriffs der öffentlichrechtlichen Streitigkeit, sondern er umfasst auch Ansprüche, die nach heutiger Anschauung als publizistische erscheinen. Von der Erwägung ausgehend, dass der Gesetzgeber seinerzeit mit der Zulassung der direkten Zivilklage den Rechtsweg vor dem obersten eidg. Gerichts-

¹¹³⁾ Botsch. 25 f.

¹¹⁴⁾ S. z. B. Art. 55 des PostG v. 2. Okt. 1924, demzufolge Klagen aus dem Gesetz oder internationalen, den Postverkehr betreffenden Verträgen gegen die Postverwaltung durch den kant. Richter und bei einem Streitwert von Fr. 4000 an durch das Bundesgericht — gemeint ist als Zivilgericht — entschieden werden.

hof für einen bestimmten Kreis von Anständen gewähren wollte auf Grund der damaligen Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht — OG Art. 48 Z. 1 und 2 geht zurück auf Art. 110 der BV von 1874 und schon auf Art. 101 derjenigen von 1848 — und dass die neuere Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht¹¹⁵⁾ nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dazu führen darf, gewisse Ansprüche, die unter den direkten Zivilprozess fallen sollten, nachträglich davon auszuschliessen, wird mehr abgestellt auf einen geschichtlich gegebenen, vom Wandel der Doktrin unabhängigen Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit. Es werden so bei der Frage nach der Kompetenz des Bundesgerichts als einziger Zivilinstanz als privatrechtlich angesehen, wenn nicht alle vermögensrechtlichen Ansprüche, so doch allgemein Schadenersatzklagen gegen das Gemeinwesen, auch diejenigen aus rechtmässiger Ausübung der Staatsgewalt (sog. öffentlichrechtliche Entschädigung),¹¹⁶⁾ die Ansprüche des Beamten auf Gehalt und wegen ungerechtfertigter Entlassung, die vermögensrechtlichen Ansprüche des Konzessionärs aus der Konzession usw.¹¹⁷⁾ Das Bundesgericht ist sich durchaus bewusst, dass Ansprüche, die es auf Grund dieses historischen Begriffs der privatrechtlichen Streitigkeit als einzige Zivilinstanz beurteilt, in Wahrheit öffentlich-rechtlich sein können, aber es hält aus dringenden praktischen Gründen des Rechtsschutzes an der früheren Begriffsbestimmung fest (während bei der Berufung, OG Art. 56 ff., nicht dieser veraltete, sondern der moderne Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit massgebend ist.¹¹⁸⁾)

¹¹⁵⁾ Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht.

¹¹⁶⁾ Fleiner, 289 ff.

¹¹⁷⁾ S. die Ausführungen über diese Praxis und die Gesichtspunkte, auf denen sie beruht, in BGE 49 II 415 ff. (Praxis 12 Nr. 153).

¹¹⁸⁾ S. z. B. BGE 40 II 86, 47 II 469, 49 II 109 (Praxis 3 Nr. 52; 11 Nr. 1; 12 Nr. 62).

Was bedeutet nun demgegenüber „öffentliches Recht“ in Art. 17 VDG als das Merkmal der verwaltungsrechtlichen Klage? Ist es der Gegensatz der zivilrechtlichen Streitigkeit im erwähnten weitern Sinn bei der direkten Zivilklage, also ein entsprechend engerer Begriff? Dann würden nur solche Streitigkeiten unter die verwaltungsrechtliche Klage fallen, die gemäss der bisherigen Praxis nicht in den direkten Zivilprozess gehören. Eine solche Auslegung des Gesetzes ist unbedingt abzulehnen. Wenn ein neues Gesetz den Begriff „öffentliches Recht“ verwendet, wird es kaum auf eine veraltete und überwundene Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht abstellen; die in Art. 17 angeführten Beispiele von verwaltungsrechtlichen Klagen, von denen noch im einzelnen zu reden ist, zeigen zum Teil, dass das Gesetz die neuere Grenzziehung im Auge hat; gewisse publizistische Ansprüche an den Bund, z. B. auf öffentlich-rechtliche Entschädigung, mit einem Streitwert unter 4000 Fr., könnten weder im einen noch im andern Verfahren vor dem Bundesgericht verfolgt werden, eine Konsequenz, die den Zwecken des VDG durchaus widersprechen würde.

Ist danach bei der Handhabung des Art. 17 von der heutigen Konzeption über das Herrschaftsgebiet des öffentlichen Rechts auszugehen, so darf aber daraus auf der andern Seite nicht eine Rückwirkung auf OG Art. 48 in dem Sinn gefolgt werden, dass der dortige weitere Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit nunmehr eine allgemeine Einengung erfahren habe. Denn da er als einheitlicher Begriff die Kompetenz des Bundesgerichts bestimmt nicht nur bei den Anständen, bei denen der Bund beteiligt ist, sondern auch bei denjenigen zwischen Kantonen und zwischen Kantonen und Privaten oder Korporationen (Z. 3 und 4), so ergäbe sich bei jener Annahme eine höchst unerwünschte Beschränkung des direkten Zivilprozesses auch da, wo er nicht durch den direkten verwaltungsrechtlichen Prozess ersetzt worden

ist. Es liegt gewiss nicht im Sinne des neuen Gesetzes, dass mit der Einführung der eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Kürzung des Rechtsschutzes in andern Gebieten verbunden sein sollte. Es empfiehlt sich vielmehr, das Verhältnis der beiden Prozessarten in folgender Weise aufzufassen: Wennschon Art. 17 VDG auf dem Boden der modernen Abscheidung von öffentlichem und privatem Recht steht, so lässt er doch den weitern Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit in Art. 48 OG bestehen; für gewisse Streitigkeiten, die unter diesen Begriff fallen, obgleich sie eigentlich öffentlichrechtlich sind, wäre daher an sich das Bundesgericht als Zivilgericht und als Verwaltungsgericht kompetent; die letztere Zuständigkeitsnorm erscheint aber gegenüber der ersteren als die spezielle und geht daher vor. Man kann dieser Lösung die juristische Eleganz absprechen; aber nur sie dürfte zu einem praktisch befriedigenden Resultat führen.

Welche Bedeutung es für die Parteien hat, ob die Klage im einen oder andern direkten Prozess beurteilt wird, folgt aus den späteren Bemerkungen über das Verfahren.

Nach dem Gesetz genügt es für die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nicht, dass der vermögensrechtliche Anspruch dem öffentlichen Rechte angehört. Er muss zudem in der Bundesgesetzgebung begründet sein. Mit der Bundesgesetzgebung ist das Bundesrecht überhaupt, auch das ungeschriebene, gemeint.¹¹⁹⁾ Die Klage muss sich also auf das öffentliche Bundesrecht stützen. War es nötig, dies zu sagen? Kann ein öffentlichrechtlicher Anspruch des Bundes oder gegen den Bund sein Fundament anderswo haben als im Bundesrecht (einschliesslich der Staatsverträge)? Es ist insofern denkbar, als der Bund mit irgend einer Beziehung, z. B. dem Eigentum an einer Liegenschaft, der Hoheit eines Kantons untersteht und daraus sich vermögensrechtliche Ansprüche

¹¹⁹⁾ Vgl. BGE 4 Nr. 34, 47 II Nr. 81, 82, 87 (Praxis 10 Nr. 152, 153; 11 Nr. 77).

publizistischer Natur ergeben, die dem kantonalen Recht angehören.

2. Die einzelnen Fälle, insbesondere die Beamtenansachen.

Das Gesetz erwähnt drei Gruppen vermögensrechtlicher Ansprüche des Bundes oder an den Bund aus dem öffentlichen Bundesrecht. Die Aufzählung ist aber nicht erschöpfend; es sind nur die wichtigsten Fälle.

An erster Stelle stehen die Streitigkeiten aus dem Bundesbeamtenverhältnis, inbegriffen solche über Leistungen einer Versicherungskasse des Bundes.¹²⁰⁾ Was unter Bundesbeamtenverhältnis zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 1 BeamG. Bei Angestellten des Bundes, die nicht Bundesbeamte sind, aber doch in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehen,¹²¹⁾ trifft Art. 17 als allgemeine Kompetenznorm zu. Die beiden Versicherungskassen des Bundes sind unselbständige Anstalten, ohne eigene Rechtspersönlichkeit; die Klagen auf Leistungen der Kassen sind also auch formell solche gegen den Bund. Als Beamtenstreitigkeiten kommen insbesondere in Betracht: Ansprüche des Bundes an den Beamten aus Haftung für Schaden, aus der Benützung von Dienstwohnungen, aus Überlassung von Erfindungen, die der Beamte bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit

¹²⁰⁾ Zufolge Art. 60 und 61 BeamtenG beurteilt das Bundesgericht diese Streitigkeiten aus dem Bundesbeamtenverhältnis schon seit 1. Januar 1928 (im staatsrechtlichen Verfahren). Bis 31. Dezember 1929 sind 21 solcher Fälle eingegangen, in der Mehrzahl Ansprüche gegen die Versicherungskasse für die Beamten oder die Pensions- und Hilfskasse der S.B.B. Die Ansprüche gegen die Versicherungskassen sind bis zum Inkrafttreten des BeamtenG vom Eidg. Versicherungsgericht beurteilt worden (Art. 7 BG vom 30. September 1919 über die eidg. Versicherungskasse, Art. 17 der Statuten der Pensions- und Hilfskasse der S.B.B.).

¹²¹⁾ Im Hof, Das öffentl. Dienstverhältnis. Referat, Schweiz. Juristentag 1929, 399a.

gemacht hat, auf Rückgabe von Besoldungs- und Pensionsbeträgen; Ansprüche des Beamten auf Vergütung für gemachte Erfindungen, auf Besoldung, Zulagen und Besoldungsnachgenuss, auf Ersatz von Auslagen u. dgl., auf Entschädigung wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses infolge Aufhebung oder Umgestaltung des Amtes, oder wegen Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen.¹²²⁾ Nach der Auffassung, die dem BeamtenG zu Grunde liegt, ist das Bundesbeamtenverhältnis durchweg vom öffentlichen Recht beherrscht,¹²³⁾ auch was die daraus fliessenden vermögensrechtlichen Ansprüche anbetrifft. Bei diesen Beamtenstreitigkeiten kommt es nicht selten vor, dass ein eigentlicher Verwaltungsentscheid in der Sache ergangen ist, mit dem sich dann das Verwaltungsgericht auseinandersetzen muss, z. B. die Besoldungs-, die Pensionsfestsetzung, von der in der auf eine höhere Besoldung oder Pension abzielenden Klage behauptet wird, sie sei in gesetz- oder statutenwidriger Weise vorgenommen worden. Solche Ansprüche können, wenns schon sie sachlich auf die Anfechtung eines Entscheides hinauslaufen, doch zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden, solange sie nicht materiell verwirkt sind.¹²⁴⁾ Man kann sich fragen, ob es nicht richtiger gewesen wäre, die Beamtenstreitigkeiten in das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren zu verweisen.

Ferner nennt das Gesetz die Fälle der Haftung für Unfälle infolge militärischer Übungen (Militärorganisation Art. 27, VDG Art. 47 Abs. 2) — ein typischer Fall der öffentlich-rechtlichen Entschädigung — und die Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen über deren Anteil

¹²²⁾ Botschaft zum BeamtenG, 199.

¹²³⁾ Botschaft, 23.

¹²⁴⁾ Klagen gegen die Versicherungskasse für die eidg. Beamten oder gegen die Pensionskasse der S.B.B. müssen binnen 2 Jahren seit Entstehung des Anspruches gerichtlich erhoben werden, ansonst das Klagerecht verwirkt; Art. 17 der Statuten der einen und der andern Kasse.

am Abgabenertrag (Kriegssteuer, Militärflichtersatz, Stempelabgaben, Handelsregistergebühren usw.).

3. Vorbehalte und Ausnahmen.

Es gibt zahlreiche vermögensrechtliche Anstände mit dem Bund, die zwar die Erfordernisse der verwaltungsgerichtlichen Klage aufweisen würden, die aber trotzdem davon ausgeschlossen sind.

Bei gewissen Ansprüchen ist durch das Bundesrecht die Kompetenz einer andern Bundesbehörde oder ein anderes Verfahren vorgesehen, und dabei hat es sein Be- wenden. So behält das Gesetz vor die Spruchkompetenzen der Bundesversammlung, die ja auch Administrativfunktionen ausübt,¹²⁵⁾ und diejenigen der ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden, endgültig urteilenden Instanzen (Art. 17 Abs. 2). Zu den letztern gehören namentlich die Kommissionen, die über zahlreiche vermögensrechtliche Streitigkeiten aus der Militärorganisation und aus dem Verwaltungsreglement für die Armee zu entscheiden haben (s. Allgemeines S. 10).¹²⁶⁾ Nach Art. 47 VDG können Ansprüche dieser Art aus dem Militärrecht besondern, ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Instanzen zur endgültigen Erledigung überwiesen werden, ausgenommen diejenigen aus Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen infolge militärischer Übungen, die denn ja in Art. 17 Abs. 1 als Beispiel der verwaltungsgerichtlichen Klage aufgeführt sind.

Einzelne vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund fallen unter die verwaltungsgerichtlichen Beschwerdematerien, so namentlich die Abgaben, die Käutionen und die Ordnungsbussen. Die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde schliesst

¹²⁵⁾ Art. 1 Abs. 2 des MilitärversicherungsG weist z. B. den Entscheid über Anstände zwischen Bund und Kantonen der Bundesversammlung zu. Botsch. 24.

¹²⁶⁾ Botsch. 55, 64.

die Klage aus (Art. 19a). Wo die Verwaltung zu entscheiden hat, ist die zutreffende Form des richterlichen Rechtsschutzes die Nachprüfung des Entscheides auf Anfechtung hin und bleibt kein Raum für eine ausschliessliche Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichts. Dieser Grundsatz ist freilich, wie oben hervorgehoben wurde, bei den Ansprüchen aus dem Beamtenverhältnis nicht strikte durchgeführt worden. Die Klage soll nicht die versäumte Beschwerde ersetzen, und wer einen Anspruch gegen den Bund auf Steuerbefreiung, Steuerrückzahlung, Rückgabe einer Kaution usw. geltend machen will, der muss zuerst einen Entscheid der zuständigen Verwaltungsstelle provozieren, bevor er das Bundesgericht, nicht mit der Klage, sondern mit der Beschwerde, angehen kann. Die Klage ist indessen unzulässig, nicht nur im Umfang der Beschwerdekompetenz des Verwaltungsgerichts, sondern auch soweit Verwaltungsentscheide gegenüber die Beschwerde nicht zugelassen wurde, weil die richterliche Kontrolle nicht als angezeigt erschien. Das Gesetz spricht dies ausdrücklich aus für die Beschwerdekosten (Art. 19a); es muss aber auch gelten für die Ordnungsbussen, die mangels des erforderlichen Streitwertes (Anhang VIII, IX) oder mangels Aufzählung unter den Beschwerdematerien nicht beim Verwaltungsgericht angefochten werden können,¹²⁷⁾ und die daher nicht geeignet sind, Gegenstand einer negativen Feststellungs- oder Rückforderungsklage des Gebüssten zu sein.¹²⁸⁾

Von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als einziger Instanz sind ferner ausgenommen die Bundessubventionen (Art. 19c), was die Botschaft (S. 24/25) damit begründet, dass in vielen Fällen kein eigentlicher Anspruch auf die Subvention besteht und im übrigen es sich um Ermessens- und technische Fragen handelt und dass

¹²⁷⁾ Botsch. 56 f.

¹²⁸⁾ Eine solche Klage ist formell unzulässig, ganz abgesehen davon, ob dem Anspruch nicht die Rechtskraft des Verwaltungsentscheides entgegensteht.

die verwaltungsgerichtliche Kontrolle auf diesem Gebiet auch in das Budgetrecht der Bundesversammlung eingreifen würde.¹²⁹⁾

III. Die Fälle des Art. 18 VDG.

Neben den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Bundes oder gegen den Bund verweist das Gesetz in den direkten verwaltungsgerichtlichen Prozess noch eine Reihe anderer verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten, die keinen weitern innern Zusammenhang unter sich haben. Zum Teil sind es alte Zuständigkeiten des Bundesgerichts in etwas neuem Gewande, zum Teil neue Kompetenzen. In den meisten dieser Fälle ist der Bund nicht Partei. Einige spielen sich ab zwischen materiell gleichgeordneten Parteien, Kantonen, Eisenbahngesellschaften, Inhabern von Verbindungsgeleisen usw. Man hat es überall mit vermögensrechtlichen Streitigkeiten zu tun, wohl auch bei Fällen von Art. 18e.

Unter lit. a bringt Art. 18 eine etwas erweiterte und verbesserte Formulierung des aufgehobenen Art. 179 OG: Anstände über eine durch das Bundesrecht vorgesehene Befreiung oder Beschränkung von kantonalen Abgaben.¹³⁰⁾ Die Streitigkeiten zwischen Kantonen über den Militärpflichtersatz, die Kriegssteuer (insbesondere betreffend

¹²⁹⁾ Die Unterstellung des Subventionswesens unter die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist einer der wenigen das Bundesgericht als Verwaltungsgericht betreffenden Punkte, über die in den eidg. Räten eine Diskussion stattfand. Ständerat 88 ff.

¹³⁰⁾ S. hiezu die Botsch. 57 f. Es ist nunmehr klargestellt, dass blosse Taxationsfragen bei nicht streitiger Steuerpflicht nicht vom Bundesgericht zu entscheiden sind; nicht nur der Bund, sondern auch andere Berechtigte, selbständige Anstalten des Bundes usw., können das Bundesgericht anrufen. Vgl. BGE 50 I 244 (Praxis 13 Nr. 148). In diesen Streitigkeiten wird die Klage häufig materiell an einen kantonalen Steuerentscheid anknüpfen.

die territoriale Abgrenzung der Veranlagungsbefugnis) und den Rückgriff für Beiträge an Seuchenschäden (Art. 18b) sind bisher vom Bundesrat oder der Eidg. Kriegssteuerrekurskommission (Kriegssteuer) beurteilt worden. Von den Streitigkeiten des Art. 50 OG sind einige, die als verwaltungsrechtlicher Natur erschienen, aus dem direkten Zivilprozess in den direkten verwaltungsrechtlichen Prozess verschoben worden, nämlich die unter Ziff. 1—4 genannten, die das Eisenbahnrecht beschlagen und die in Ziff. 15 und 16 erwähnten, die Entschädigung bei der Expropriation von Patenten und die Anstände über die Verteilung der Kosten der Massnahmen, die der Bundesrat beim Zusammentreffen von elektrischen Leitungen anordnet.

Die gleiche Verschiebung scheint Art. 18 unter vorzunehmen bei den in Art. 52 OG bezeichneten Streitigkeiten, „sofern sie überwiegend verwaltungsrechtlicher Natur sind“. Art. 52 OG verpflichtet das Bundesgericht (als Zivilgericht) in zwei Fällen, die ausschliessliche Beurteilung von Streitigkeiten zu übernehmen: 1. wenn beide Parteien es anrufen und der Streitwert mindestens Fr. 10,000 beträgt (BV Art. 111); 2. wenn ein Kanton durch seine Gesetzgebung mit Zustimmung der Bundesversammlung ihm bestimmte Streitigkeiten zuweist.¹³¹⁾ Diese Bestimmung, die vom Bundesgericht dahin ausgelegt wurde, dass sie nur Zivilstreitigkeiten im engen Sinn beschlage, erhielt im Jahre 1921 den Zusatz, dass das Bundesgericht solche Fälle anzunehmen habe, „auch wenn es sich nicht um rein zivilrechtliche Streitigkeiten handelt“.¹³²⁾ Nunmehr soll das Bundesgericht als Verwaltungsgericht urteilen, wenn eine solche Streitigkeit

¹³¹⁾ Hier von ist bisher in zwei Fällen Gebrauch gemacht worden; s. Schurter und Fritzsche, Zivilprozessrecht des Bundes, 280.

¹³³⁾ S. die Kritik dieses höchst unklaren Begriffs bei Schurter und Fritzsche a. a. O. 281, Haab, SJZ 18, 190 f.

überwiegend verwaltungsrechtlicher Natur ist. Und wenn sie ganz verwaltungsrechtlicher Natur ist? Dann ist offenbar die verwaltungsrechtliche Klage um so mehr zulässig. Wo sollte man übrigens auch die Grenzen ziehen zwischen der überwiegend und der ganz verwaltungsrechtlichen Sache? So zeigt sich denn, dass Art. 18d mehr bedeutet als eine blosse Verfahrensänderung, nämlich eine Kompetenzerweiterung.¹³³⁾ Die Bestimmung schafft die interessante Rechtsfigur einer Prorogation auf das Bundesgericht bei Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Sie wird hauptsächlich in Betracht kommen für Administrativanstände zwischen einem Kanton und einem Einzelnen oder einer Korporation, die nun beim Mangel einer kantonalen Gesetzesvorschrift, die sie generell dem Bundesgericht zuweisen würde, im einzelnen Fall durch Verständigung der Parteien dem Verwaltungsgericht unterbreitet werden können. Diese Fakultät wird dann aber dadurch wieder erheblich eingeschränkt, dass der Streitwert mindestens Fr. 10,000.— betragen muss, welches Erfordernis mit Struktur und Zweck des direkten verwaltungsrechtlichen Prozesses nicht recht im Einklang steht.

Eine letzte Kategorie von verwaltungsrechtlichen Klagen sind die verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, die Bundesgesetze dem Bundesgericht zur ausschliesslichen Erledigung zuweisen (Art. 18e). Es kommt also darauf an, ob eine Sache, die nach einem Spezialgesetz vom Bundesgericht als einziger Instanz zu beurteilen ist, administrativen und nicht etwa staatsrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter hat. Ist sie administrativer Natur, so kann es nichts verschlagen, dass das Spezialgesetz, wie es nicht selten der Fall ist, sagt, das Bundes-

¹³³⁾ Rein öffentlich-rechtliche Streitigkeiten aller Art waren mit der neuen Fassung von OG Art. 52 Ziff. 1 nicht gemeint, obgleich sie auch unter den Begriff der „nicht rein zivilrechtlichen Streitigkeit“ fallen würden, denn bei Art. 52 handelt es sich doch immer um Zivilrechtspflege.

gericht entscheide im staatsrechtlichen Verfahren oder als Staatsgerichtshof.¹³⁴⁾ Das ist z. B. bestimmt in zahlreichen Vorschriften des eidg. WasserrechtsG, u. a. in dem sehr wichtigen Art. 71, der die Anstände zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten betrifft. Bei diesen Streitigkeiten, die ohne Frage solche des Verwaltungsrechts sind, führt die Überweisung an das Verwaltungsgericht zu folgender Schwierigkeit: Nach Art. 71 Abs. 1 des zitierten Gesetzes entscheidet das Bundesgericht erst- und letztinstanzlich als Staatsgerichtshof, wenn es sich um eine von mehreren Kantonen oder vom Bundesrat erteilte Konzession handelt (Abs. 2). Aus Art. 18e folgt, dass das Bundesgericht solche Sachen nunmehr als Verwaltungsgericht beurteilt. Hat man es aber mit einer von einem Kanton erteilten Konzession zu tun, so entscheidet nach Art. 71 Abs. 1 in erster Instanz die zuständige kantonale Gerichtsbehörde und in zweiter das Bundesgericht, wiederum als Staatsgerichtshof. Da Art. 17 VDG nur die Kompetenzen des Verwaltungsgerichts als einziger Instanz betrifft, so fehlt es an einer Vorschrift, nach der das Verwaltungsgericht Streitigkeiten aus der Wasserrechtsverleihung zweitinstanzlich beurteilt. Und doch ist es wegen der Identität der Materie unbedingt geboten, dass dieselbe Sonderabteilung des Bundesgerichts in beiden Fällen amte. Man wird wohl aus Art. 18e des VDG in Verbindung mit Art. 71 WasserrechtsG den Schluss ziehen dürfen, dass auch die zweitinstanzliche Beurteilung der fraglichen Streitigkeiten Sache des Verwaltungsgerichts sein soll.

¹³⁴⁾ So auch die Botschaft 59/60, wo auch einige Spezialgesetze zitiert sind. Eine Zusammenstellung der Bundesgesetze, die dem Bundesgericht Kompetenzen zuweisen, findet sich auf S. 170 des 1922 von der Bundeskanzlei herausgegebenen Sammelbandes „Bundesrechtspflege“.

IV. Das Verfahren.

Der Streitgegenstand des direkten verwaltungsrechtlichen Prozesses bestimmt sich, wie derjenige der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde (in der Regel, s. oben S. 37 ff), durch die Rechtsbegehren der Parteien, die insofern über das Streitverhältnis verfügen können. Auch hier ist das Verwaltungsgericht dagegen an die Begründung der Parteibegehren nicht gebunden (Art. 21 Abs. 1). Im Gegensatz zur verwaltungsgerichtlichen Beschwerde ist seine Kognition nicht auf das Bundesrecht beschränkt, auch nicht bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Bundes oder gegen den Bund. Der in der Sache ausschliesslich entscheidende Richter muss alle Rechtssätze anwenden können, aus welchem Rechtsgebiet immer sie stammen. Es sind also kantonalrechtliche Fragen, die in gewissen Streitigkeiten (Art. 18e) sogar Hauptfragen sein können, und auch Vorfragen ausländischen Rechts, wenn sie sich stellen sollten, zu prüfen.¹³⁵⁾ Es ist ferner klar, dass das Verwaltungsgericht auch in Ermessensfragen, soweit sie bei der Beurteilung des Anspruchs eine Rolle spielen, frei zu befinden hat.¹³⁶⁾

Was die Beschaffung des tatsächlichen Prozessstoffes anlangt, so enthält das Gesetz für die direkten Klagen beim Verwaltungsgericht keine dem Art. 11 analoge Vorschrift über die freie richterliche Tätigkeit. Man könnte daraus schliessen, dass hier das Verhandlungsprinzip gelte. Indessen ist OG Art. 186 anwendbar, demzufolge der Richter die „zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Beweisaufnahmen“ anordnet. Der Richter hat somit nicht nur die Befugnis, von amteswegen Beweise zu erheben

¹³⁵⁾ Botsch. 53.

¹³⁶⁾ Wo eine Leistung in das Ermessen der Verwaltung gestellt ist, z. B. die Besoldungsfestsetzung in gewissem Umfang, BeamtG Art. 38 Abs. 3, 39 usw. und andere Leistungen nach dem BeamtG, besteht kein Rechtsanspruch, der im Wege der Klage verfolgt werden könnte. Im Hof, a. a. O. 400a.

oder erheben zu lassen in Bezug auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen, sondern zur Abklärung des Sachverhalts überhaupt, also ohne Bindung an die Vorbringen der Parteien. Immerhin ist damit, soweit wie im Beschwerdeverfahren, die reine Untersuchungsmaxime proklamiert. Das Gesetz gibt hier dem Richter eine ähnliche Bewegungsfreiheit wie dort. In der Regel wird er auf das von den Parteien beigebrachte Tatsachenmaterial und die von ihnen gestellten Beweisanträge abstehen können. Es wird eher eine Ausnahme sein, dass der Richter im Interesse der materiellen Wahrheit Veranlassung zu selbsttätiger Tatbestandsaufklärung hat.

Das Verfahren des direkten verwaltungsrechtlichen Prozesses unterscheidet sich von demjenigen des direkten Zivilprozesses im übrigen in folgenden Punkten: Es ist in der Regel ausschliesslich schriftlich. Eine mündliche Verhandlung findet nur ausnahmsweise statt (OG 183). Die Vorschriften des BZP sind nur subsidiär anwendbar (VDG Art. 3, OG Art. 22);¹³⁷⁾ bei der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht brauchen nur 5 und nicht 7 Richter mitzuwirken.

Es wird nicht selten zweifelhaft sein, ob eine Klage in das eine oder andere Verfahren gehört. Für den Kläger hat das keine Nachteile. Die Klage kann in beiden Fällen gleich lauten. Es wird Sache des Gerichts sein, zu bestimmen, in welchem Verfahren sie durchgeführt werden soll. Eine irrtümliche Bezeichnung der Klage ist von amteswegen zu berichtigen.

¹³⁷⁾ Wie weit der BZP herangezogen wird, hängt vom Erlassen des Richters ab. Beim direkten Zivilprozess wird der BZP sehr frei und ohne allen unnötigen Formalismus gehandhabt; Fragen des Verfahrens spielen nur selten eine Rolle. Deshalb kommt man auch mit dem veralteten Gesetz von 1850 noch immer aus. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Verfahren des direkten verwaltungsrechtlichen Prozesses noch freier ist.