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: 66 (1947)

Artikel: Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle des baselstädtischen Verwaltungsgerichts

Autor: Im Hof, Adolf

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896466

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: 23.01.2026

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

Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle des baselstädtischen Verwaltungsgerichts.

Von Adolf Im Hof. alt Regierungsrat, Basel.

I.

Das baselstädtische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928[1]) hat dem Bürger grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt, gegen alle ein Geschäft materiell erledigenden (oder auf Nichteintreten lautenden) Verfügungen des Regierungsrats den Richter anzurufen (§ 10), und hat nur eine gegenständlich beschränkte Zahl von Verfügungen von der Anfechtbarkeit ausgenommen (§ 11). Es will dem Bürger damit vor allem die Gewähr geben, daß ihn nur gesetzmäßige Verfügungen treffen. Die Hauptaufgabe des Richters ist es, darüber zu wachen, daß das Gesetz angewendet, und zwar richtig angewendet werde, auch auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechtes.

Schon das Gesetz vom 9. März 1905, mit dem der Kanton die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt hatte[2]), hatte aber die Aufgabe des Richters nicht hierauf beschränkt, sondern ihm auch die Befugnis zugewiesen, in bestimmten Fällen und in verschieden abgestufter Weise Verfügungen zu überprüfen, mit denen die Verwaltung Gesetze «handhabt». Daran hat auch das geltende Gesetz festgehalten. Gesetzeshandhabung ist ja neben dem Gesetzesvollzug nach der Kantonsverfassung eine der wichtigsten Obliegenheiten des Regierungsrats.

Weder 1905 noch 1928 ist es jedoch zu einer grundsätzlichen Abklärung der Frage gekommen, auf welche Art eigentlich der Regierungsrat in die Lage versetzt werde,

---

[1]) Ges.-Slg. Sammelband 1939, 1705.

[2]) Ges.-Slg. *25*, 282.

Gesetze zu handhaben, ob das stets auf dieselbe Art geschehe, und wenn nicht, ob nicht die Verschiedenheit der Regelung auch in den Vorschriften über die richterliche Kognition berücksichtigt werden müßte.

Gesetzeshandhabung ist die behördliche Funktion, mit der dem Bürger gegenüber der Wille nicht des Gesetzes, sondern der Verwaltung geltend gemacht wird. Das bedarf gesetzlicher Ermächtigung. Viele Rechtssätze lassen es ohne weiteres erkennen, daß sie eine solche Ermächtigung erteilen; sie sagen das oft ausdrücklich, oft ergibt es sich auch daraus, daß sie Verwaltungsverfügungen erwähnen, ohne deren Erlaß oder Inhalt zu regeln. Solche Ermächtigungen werden der Verwaltung in dem Gedanken gewährt, daß sie in der Lage sein solle, den tatsächlichen Umständen Rechnung zu tragen, mit denen sie sich zu befassen hat; Sie soll den ihr vorliegenden Tatbestand auf seine Bedeutung hin würdigen, und vom Ergebnis dieser Würdigung soll sie es abhängen lassen, ob sie verfügt und was sie verfügt. Solche Würdigung wird als «Ermessen» bezeichnet; ist der Verwaltung auf die eben beschriebene Art gestattet, es zu brauchen, so wird im folgenden von «ausdrücklich eingeräumtem Ermessen» geredet. Eine Würdigung des Tatbestandes verlangen von der Behörde, die dazu berufen ist, das Gesetz im Einzelfall auf den Bürger anzuwenden, alle darin aufgestellten Rechtssätze, auch die, die auf keine Weise erkennen lassen, daß sie mit behördlichen Entscheidungen oder Verfügungen rechnen. Solche werden dadurch notwendig, daß die Anwendbarkeit der gesetzlichen Anordnung für den Einzelfall in der Regel festgestellt sein muß, bevor das Gesetz für diesen Fall vollzogen werden darf.

Aufgabe der Würdigung ist bei dieser Feststellung in erster Linie, zu ermitteln, ob der vorliegende Tatbestand die Merkmale des vom Rechtssatze vorausgesetzten aufweise. Es handelt sich hierbei um qualitative Würdigung, und in vielen Fällen ist es der Sinn der Rechtssatzes, daß seine Anordnung auf den konkreten Tatbestand angewen-

det werden müsse, sobald sich dessen Übereinstimmung mit dem vorausgesetzten ergebe.

Aber vielfach haben die Rechtssätze nicht diesen Sinn, sondern verlangen auch eine quantitative (graduelle) Würdigung des konkreten Tatbestandes (oder lassen eine solche zu). Ihre Meinung ist, daß es vom Ergebnis dieser Würdigung abhängen solle, ob ihre sachliche Anordnung anzuwenden sei oder nicht. Das ist aber dieselbe Art von Würdigung, wie sie die Rechtssätze zulassen, die ausdrücklich Ermessen einräumen. Behördlichem Ermessen kann mit andern Worten auch implizite Raum gewährt sein.

In einem weiteren Sinne ließe sich auch die qualitative Würdigung als Betätigung von Ermessen bezeichnen; das empfiehlt sich aber nicht, sondern richtigerweise wird der Begriff nur da zu verwenden sein, wo das Gesetz der mit seiner Anwendung betrauten Behörde aufträgt oder erlaubt, ihren eigenen Willen geltend zu machen: denn das tut sie, wenn sie die Bedeutung des Tatbestandes würdigt; sie tut es bei ausdrücklich eingeräumten Ermessen insofern frei, als das Gesetz für den Gebrauch dieses Ermessens keinerlei Regel aufstellt, bei impliziertem Ermessen dagegen tut sie es gebunden an die Aufgabe, das Gesetz anzuwenden, das den Ermessensgebrauch regelt, obschon es die graduelle Würdigung selber der Behörde anheimstellt.

Zivil- und strafrechtliche Rechtssätze gestatten häufig sowohl ausdrücklich wie implizite den Gebrauch von Ermessen. Aber dieser steht infolge der Gewaltentrennung allein dem Richter zu. Die Anwendung der staats- und verwaltungsrechtlichen Gesetze ist in erster Linie Aufgabe der Verwaltung; um deren Verfügungen überprüfen zu können, bedarf der Richter besonderer Ermächtigung; diese wird ihm durch das Verwaltungsrechtspflegegesetz erteilt. Das Gesetz gestattet ihm aber nicht allen Verfügungen gegenüber die gleiche Art der Überprüfung. Es unterscheidet darnach, ob die Verwaltung das Gesetz anzuwenden habe oder befugt sei, den Bürger nach ihrem Ermessen zu behandeln. Aber es unterscheidet nicht, ob

ihr solches Ermessen ausdrücklich oder implizite eingeräumt sei. Wie es in dieser Hinsicht ausgelegt werden müsse und tatsächlich ausgelegt werde, soll der Gegenstand der folgenden Erörterungen sein.

II.

Das Gesetz von 1905, das bekanntlich in der Hauptsache die Enumerationsmethode befolgte, beschränkte die Kognition des Richters bei einzelnen Verfügungen auf den Entscheid darüber, ob sie «gesetzlich begründet» seien (§§ 11, 17). Das waren Verfügungen, bei deren Erlaß die Verwaltung vielfach ihr Ermessen zur Geltung bringen durfte; dessen Gebrauch war der richterlichen Beurteilung durch diese Vorschrift entzogen. Andern Verfügungen gegenüber stellte das Gesetz keine solche Beschränkung auf (§§ 12, 13, 15), so daß sie der Richter (§ 26) aufheben durfte, wenn er den Rekurs für «begründet» hielt. Bei den meisten Verfügungen, für die diese Art der Regelung galt, räumten die materiellen Gesetze der Verwaltung nicht ausdrücklich Ermessen ein, so daß das Gericht sie ebenfalls nur aufheben durfte, wenn sie nicht gesetzlich begründet waren. Doch traf das nicht bei allen diesen Verfügungen zu; insbesondere bei den in § 12 aufgezählten hatte die Verwaltung vielfach nach ihrem Ermessen zu entscheiden: dieses Ermessen war nach dem Wortlaut des Gesetzes unbeschränkt überprüfbar, jedoch hat dann eine Novelle von 1918[3]) für die meisten dieser Fälle die Ermessenskontrolle wieder ausgeschlossen. Frühere Novellen, die sie ebenfalls zuließen[4]), erfuhren dann keine ähnliche Abänderung.

Für vermögensrechtliche Ansprüche, deren Bestimmung nach den Paragraphen 3 bis 7 angefochten werden konnte, ließ das Gesetz nicht nur eine Entscheidung darüber zu, ob der Regierungsrat einen Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet habe, sondern auch darüber, «ob er den Umfang der dem Rekurrenten auferlegten Leistung oder

[3]) Ges.-Slg. *30*, 573.

[4]) Zum Beispiel § 18a bis von 1914, Ges.-Slg. *29*, 251.

des von ihm erhobenen Anspruches offensichtlich unrichtig bestimmt habe». Damit ließ es eine beschränkte Ermessenskognition zu (§ 8, Abs. 1). Diese schloß es für Besoldungs- und Pensionsrekurse wiederum aus (§ 8, Abs. 2); hier sollte der Richter nur «die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften» überprüfen können, «nicht aber die Würdigung der Verhältnisse des einzelnen Falles innerhalb des gesetzlichen Rahmens».

Mit dieser Vorschrift war dem Richter in der Tat bei den bezeichneten Rekursen jede Ermessenskontrolle vorenthalten, und zwar ihrem Wortlaut nach auch die Kontrolle des implizierten Ermessens, desjenigen also, mit dem über die Anwendung oder Nichtanwendung einer gesetzlichen Regel durch quantitative Sachverhaltswürdigung entschieden worden war. Der Text stellte diese Würdigung der Gesetzesanwendung als Gegensatz gegenüber, hinsichtlich welcher er die richterliche Kognition (unbeschränkt) zuließ. Bei den übrigen vermögensrechtlichen Verfügungen aber machte der Text (in § 8, Abs. 1) eine ganz andere Gegenüberstellung: als Gegensätze erscheinen hier nicht Sachverhaltswürdigung und Gesetzesanwendung, sondern einerseits Sachverhaltswürdigung, die sich auf den Umfang der Leistung, und solche, die sich auf ihre Existenz bezieht, und anderseits richtige (oder nicht offensichtlich unrichtige) Würdigung und offensichtlich unrichtige. Die Regel befaßt sich nur mit der offensichtlich unrichtigen Würdigung des Leistungsumfanges. Dabei setzt sie voraus, die Existenz des Anspruchs sei stets durch die Gesetzesanwendung zu bestimmen, die sie dem Richter zuweist. Deshalb ist ihr über die Prüfung des implizierten Ermessens nichts zu entnehmen, während die Sonderregel des Absatz 2 für dessen Handhabung ebenfalls gilt. Impliziertes Ermessen kann aber sowohl die Existenz wie den Umfang des Anspruches bestimmen.

Es liegen also der Regelung begriffliche Unklarheiten zu Grunde. In Wirklichkeit ist die Sachverhaltswürdigung kein Gegensatz zur Gesetzesanwendung, weil auch diese

häufig graduelle Sachverhaltswürdigung erfordert. Es erübrigt sich hier, zu erörtern, wie die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten hätten lösen lassen[5]).

III.

1. Das geltende Gesetz ist zur Generalklausel übergegangen und hat damit auch die Regelung der richterlichen Kognition vereinfacht. Die Frage, nach welchen Gesichtspunkten das Verwaltungsgericht eine anfechtbare Verfügung überprüfen dürfe, ist in § 8 wie folgt beantwortet:

(Abs. 1) «Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheide darüber zuständig, ob die Verwaltung . . . öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder den Tatbestand unrichtig festgestellt . . . habe[6]).

(Abs. 3) Soweit eine Verfügung im freien Ermessen der Verwaltung steht oder eine gesetzliche Vermögensleistung nach dem Ermessen der Verwaltung durch Schätzung zu bestimmen ist, entscheidet das Verwaltungsgericht nach Prüfung des Tatbestandes, ob die rechtlichen Grenzen des Ermessens verletzt sind oder ob von diesem Ermessen ein willkürlicher Gebrauch gemacht worden ist.

---

[5]) In Abschnitt VI wird auch die Praxis des Gesetzes von 1905 berücksichtigt.

[6]) In § 8, Abs. 1, wird dem Richter außerdem der Entscheid über die Frage zugewiesen, «ob die Verwaltung eine ihr obliegende Verfügung grundlos verzögert habe». Das ermächtigt ihn zur Ermessenskontrolle für alle Fälle, wo der Verwaltung für den Erlaß einer Verfügung kein Termin gestellt ist. Ergibt sich aus dem Gesetz die Verpflichtung, zu verfügen, aber nicht die Verpflichtung, einen bestimmten Termin einzuhalten, so ist es Willkür, den Erlaß der Verfügung hinauszuziehen, wenn das «grundlos» geschieht. Der Richter hat zu entscheiden, ob die von der Verwaltung geltend gemachten Gründe ein sachliches Hindernis bilden; dabei muß er der Notwendigkeit, den Sachverhalt abzuklären und die Entscheidung gehörig vorzubereiten, Rechnung tragen und berücksichtigen, inwieweit der Verwaltung hierfür Hilfskräfte zur Verfügung stehen. Das heißt, er muß ihr einen Bereich freien Ermessens zugestehen (vgl. auch § 42, Abs. 2).

(Abs. 4) Über die Angemessenheit einer Verfügung entscheidet es dann, wenn diese eine Strafe verhängt oder wenn es dazu durch besondere gesetzliche Vorschrift berufen ist[7]).

(Abs. 5) Bei Rekursen über Besoldungen und Pensionen unterliegt der Prüfung des Verwaltungsgerichts nur die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften[8])».

In § 9 des Gesetzes wird sodann dem Gerichte die Beurteilung von bestimmten Streitfragen für den Fall ermöglicht, daß die Verwaltung dagegen nicht Einsprache erhebt. Darin liegt jedoch keine Erweiterung der in § 8 bestimmten Kognitionsbefugnis, vielmehr trägt das Gesetz mit dieser Vorschrift nur einer Besonderheit der Rechtslage Rechnung, die sich je nach der Begründung der angefochtenen Verfügung ergeben kann (vgl. S. 277, Ziffer 2). Endlich bestimmt das Gesetz in § 19, Abs. 2, daß der Richter die ihm in § 8, Abs. 3 gewährte Kognitionsbefugnis nur zur Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Einwendungen ausüben dürfe, die der Rekurrent in der Rekursbegründung ausdrücklich vorgebracht habe (vgl. S. 277, Ziffer 1).

2. Bevor auf die Hauptfrage eingegangen wird, sollen zunächst einige Erläuterungen zu diesem Texte gegeben werden.

---

[7]) Vgl. die Zusammenstellung am Schlusse.

[8]) Es bestehen neben § 8 des Gesetzes von 1928 noch selbständige Kognitionsregeln für das Verwaltungsgericht im Straßengesetz vom 14. Januar 1937 (Ges.-Slg. *37*, 238): § 83 und 188. Sie beschränken die Beurteilung von «Ausführungs-» und «Umlegungsbeschlüssen» der Sache nach auf die Frage, ob das Gesetz nicht oder nicht richtig angewendet worden sei, formulieren das aber nach dem Vorbilde von 1905. Für andere Verfügungen, zum Beispiel für den Impropriationsbeschluß, bestimmt dagegen das Straßengesetz nichts Besonderes. Der Impropriationsbeschluß ist aber keine polizeiliche Verfügung, bestimmt auch keine Leistung, er ist daher auch nur nach § 8, Abs. 1, des Gesetzes von 1928 überprüfbar.

a) Das Gesetz von 1928 unterscheidet sich vom frühern nicht nur durch die Verwendung der Generalklausel: es geht auch nicht mehr von der Vorstellung aus, der Bürger solle den Richter nur dann anrufen dürfen, wenn er einen ihm zustehenden Anspruch für verletzt halte. Im neuen § 8 wird sowohl die Beurteilung von Gewährungen zugelassen, die der Bürger von der Verwaltung auf Grund eines ihm zustehenden subjektiven öffentlichen Rechtes verlangt, als von solchen, die dem Gemeinwesen zwar durch Rechtssatz auferlegt sind, die der Rechtssatz aber nicht zu subjektiven Rechten ausgebildet hat (sogenannte «Reflexrechte») [9] [10]. Die Vorschriften über die Rekurslegitimation, die

---

[9]) Die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften hat das Gericht nicht zu überprüfen, sondern nur die Einhaltung von Rechtssätzen. Für die Aufstellung von Rechtssätzen ist die Form des Gesetzes erforderlich, soweit nicht der Erlaß von Verordnungen oder autonomen Satzungen zugelassen ist. Die Praxis nimmt es nicht immer streng mit der Gesetzesform; Rechtssätze werden gelegentlich auch in Großratsbeschlüssen aufgestellt. Jedoch kommen durch dringliche Großratsbeschlüsse höchstens Verwaltungsvorschriften zustande. Die Frage ist namentlich von Bedeutung für Gewährungen an die Bürger, die häufig durch drinliche Beschlüsse angeordnet werden. Diese sind bloße Weisungen an die Behörden über die Verwendung der öffentlichen Mittel, und eine Verfügung, die davon abweicht, ist nicht schon aus diesem Grunde aufzuheben, auch wenn sie zu Gunsten der Bedachten eingehende Einzelvorschriften aufstellen. Das Verwaltungsgericht hat Rekurse wegen Verweigerung der Teuerungsbeihilfe und der Notunterstützung zurückgewiesen, weil sie nach § 11, Ziff. 3, des Verwaltungsrechtspflegegesetzes nicht anfechtbar seien; das traf bei der Teuerungsbeihilfe nicht zu, denn die Verwaltung war angewiesen, auf das Einkommen abzustellen, nicht auf die Bedürftigkeit. Aber die Anweisung war kein Rechtssatz. (Verw.-Ger. 10. Febr. 1933 i. S. F.; 15. Mai 1945 i. S. Tsch.) — Auch Gesetze können Verwaltungsvorschriften enthalten. Dies festzustellen, ist freilich im einzelnen nicht leicht. Ein Beispiel dürften die Vorschriften des Zwangsversorgungsgesetzes von 1901 sein, wonach Nichtbürger nicht versorgt werden sollen, wenn die Heimat die Versorgung übernimmt, Niedergelassene außerdem nur dann, wenn ihnen die Niederlassung nicht entzogen werden darf. Das bezweckt nicht den Schutz der Freiheit, sondern die Wahrung der finanziellen In-

hier nicht dargestellt werden[11]), führen ferner dazu, daß sich vielfach auch Personen über eine Verfügung beschweren können, die es ablehnt, einer andern Person Pflichten oder Lasten aufzuerlegen, oder die sich durch eine Gewährung an einen andern benachteiligt fühlen. Das bewirkt, daß je nach der Stellung des Rekurrenten gegenüber der angefochtenen Verfügung eine Ermessensgrenze für die Entscheidung rechtlich relevant wird, die es gegenüber einem andern Beteiligten nicht wäre.

---

teressen des Kantons. Das Gericht hat in früheren Entscheidungen stillschweigend angenommen, es handle sich um Rechtssätze (zum Beispiel Verw.-Ger. 28. August 1914 i. S. F.). In letzter Zeit stand die Frage nie zur Entscheidung.

[10]) Gemeindeverfügungen kann das Verwaltungsgericht nur daraufhin überprüfen — wenn der Regierungsrat sie geschützt hat —, ob der Rekurrent «in seinen Rechten verletzt ist» (Gemeindegesetz vom 6. Juli 1916 Ges.-Slg. Sammelband 1024, § 1). Denn auch der Regierungsrat hat nur dies festzustellen. Die Korrektur von Ermessensverfügungen der Gemeinde sollte der Aufsichtsbehörde nicht zustehen (Ratschlag zur Revision des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 22. September 1922, Drucksache Nr. 2468, Seite 84ff.). Die Tragweite der (in den Übergangsbestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes von 1928 formulierten) Vorschrift ist unklar. Die willkürliche Belastung oder Verpflichtung eines Bürgers wird doch wohl auch gerügt werden können, wenn der Gemeinde ausdrücklich Ermessen eingeräumt ist: solche Willkür verletzt sein Recht auf Freiheit seiner Person oder seines Eigentums. Dagegen wird die willkürliche Vorenthaltung einer Gewährung unüberprüfbar sein, die ausdrücklich dem Ermessen der Gemeinde überlassen ist. Für das implizierte Ermessen gilt, was hiernach allgemein ausgeführt wird. Die Gemeinde kann sich über Willkür des Regierungsrates in der Zulassung eines bei ihm eingereichten Rekurses nicht beschweren, weil das nicht unter § 8, Absatz 3, fällt.

[11]) Zum Rekurs legitimiert ist nicht nur die Person, die durch die Verfügung belastet oder verpflichtet oder der eine Gewährung versagt wird; es können auch Personen Rekurs erheben, die das Gesetz auf besondere Weise als von der Verfügung betroffen anerkennt: durch Gewährung von Einsprachebefugnissen im Verwaltungsverfahren, durch Auferlegung von Haftungen, durch Anforderungen an die Gestaltung von Sachen, die einem Dritten zur Benützung überlassen werden sollen und dergleichen.

Der Bürger, den die Verfügung verpflichten oder belasten will, kann geltend machen, die Verwaltung habe Ermessen in Anspruch genommen, das ihr nach der gesetzlichen Vorschrift gar nicht zustehe, und falls es ihr zustehe, habe sie seine Schranken überschritten; für den, der die Belastung des andern verlangt, kommt nur der erste Einwand in Betracht. Der Bürger, dem eine Gewährung verweigert worden ist, wird in rechtlich relevanter Weise nur dadurch benachteiligt, daß die Verwaltung die Freiheit in Anspruch nimmt, das Verlangte zu versagen, während diese Freiheit ihr nicht zusteht; der, der sich über eine Gewährung beschwert, wird sowohl geltend machen können, sie dürfe nicht nach Ermessen gewährt werden, als das Ermessen sei mißbraucht worden.

b) In Absatz 1 von § 8 wird dem Richter aufgetragen, darüber zu urteilen, ob die Verwaltung «öffentliches Recht» verletzt habe. Das ist insofern eine zu weite Fassung, als es öffentliches Recht gibt, dessen Verletzung der Richter auf Grund von Absatz 1 unzweifelhaft nicht feststellen darf: nämlich das verfassungsmäßige Willkürverbot; dessen Verletzung ist nach Absatz 3 nur bei den dort bezeichneten Verfügungen feststellbar. Die Vorschrift von Absatz 3 hätte keinerlei Sinn, wenn Absatz 1 wörtlich verstanden würde. Es wird aber gezeigt werden, daß aus innern Gründen unter Umständen freilich Willkür auch auf Grund von Absatz 1 muß festgestellt werden können, wenn sie sich nämlich zugleich als Gesetzesverletzung darstellt. Insofern kommt die Fassung von Absatz 1 der Auslegung zu Hilfe.

c) In Absatz 3 wird zunächst der Kreis von Verfügungen bestimmt, die der hier zugelassenen besondern Überprüfung unterstehen sollen. Es sind einerseits die polizeilichen Verfügungen. Was Polizei sei, wird nicht näher umschrieben; das Gesetz verläßt sich auf die Abgrenzung, die Praxis und Lehre entwickelt haben. Das Verwaltungsgericht ist nie in die Lage gekommen, sich zu fragen, ob eine Verfügung wirklich polizeilicher Natur sei. Zweifelhaft kann die Abgrenzung etwa bei den Befugnissen sein, die

öffentlichen Anstalten gegenüber ihren Benützern zustehen, und bei den Verfügungen über öffentliche Sachen[12]).

Die zweite Kategorie sind die Verfügungen, die eine Vermögensleistung durch Schätzung bestimmen. Hier ist der Wortlaut des Gesetzes zu eng, und es ergäben sich unhaltbare Entscheidungen, wenn man sich an ihn hielte. Mit dem Hinweis auf eine Schätzung wird die Verwaltung angehalten, einen Wert festzustellen. Eine Verfügung aber, die sie ermächtigt, die Leistung nach Würdigung der Tatumstände unmittelbar der Höhe nach zu bestimmen, also ohne daß zunächst ein Wert festzustellen wäre, muß in gleicher Weise überprüfbar sein. Es wäre sinnlos, zwar Steuerverfügungen als unter Absatz 3 fallend anzuerkennen, bei denen der Wert des Steuerobjektes zu bestimmen ist, nicht aber die Festsetzung einer Gebühr im Rahmen des gesetzlichen Tarifes, die auf Grund der Tatbestandswürdigung unmittelbar vorgenommen wird. Auch diese Frage hat die Praxis nie beschäftigt. Sie hatte sich nach dem Gesetz von 1905 nicht gestellt. Die Gründe, die zu der geltenden Formulierung geführt haben, können unerörtert bleiben.

d) Als Gegenstand oder Ziel der in Absatz 3 bezeichneten Überprüfung wird einmal die Feststellung von Willkür im Ermessensgebrauch genannt. Das Gesetz von 1905 sprach von offensichtlicher Unrichtigkeit. Das wird praktisch auf dasselbe hinauslaufen. Offensichtliche Unrichtigkeit wird regelmäßig die Folge davon sein, daß willkürlich verfügt worden ist.

Immerhin bezeichnet Willkür die Art, wie sich die Verwaltung verhalten hat; dieses Verhalten selber unterliegt aber nicht der richterlichen Beurteilung. Erscheinen die Erwägungen, durch die sich die Verwaltung hat bestimmen lassen, als willkürlich, so steht es dem Richter nur zu, das Ergebnis dieser Erwägungen — die Verfügung — zu ignorieren und unter Anwendung seines Ermessens die

[12]) Vgl. hierzu unten, Seite 280 bei Note 24.

Tatumstände selber zu würdigen. Dabei besteht an sich die Möglichkeit, daß er zum gleichen Ergebnis gelangt, und dann besteht kein Grund, die Verfügung aufzuheben. Dasselbe gälte wohl auch, wenn sein Ergebnis (beim Entscheid über den Umfang einer Leistung) von dem der Verwaltung nur unerheblich abwiche.

e) Als ein zweites Ziel der Prüfung bezeichnet Absatz 3 die Feststellung, ob die Grenze des der Verwaltung gewährten Ermessens etwa überschritten sei. Das kann aber unmöglich als eine Entscheidung angesehen werden, die dem Richter nur bei den in Absatz 3 bezeichneten Verfügungen zustehen soll, also etwa nur bei der Festsetzung einer Gebühr, die höher wäre, als das im gesetzlichen Tarif bestimmte Maximum. Auch die Festsetzung einer Beamtenbesoldung auf weniger als das gesetzliche Minimum muß vom Richter gerügt werden können. Beide Verfügungen überschreiten eine der Verwaltung gezogene Ermessensgrenze, es wird aber auch mit beiden ein Rechtssatz nicht angewendet: Das kann der Richter auf Grund von Absatz 1 feststellen. Hier liegt eine Unklarheit des Textes vor, die dazu zwingt, Absatz 3 in dieser Hinsicht als unmaßgeblich zu betrachten.

Dieser Überblick über den Inhalt von § 8 — die Absätze 4 und 5 brauchen hier zunächst nicht in Betracht gezogen zu werden — zeigt nun vor allem, daß die darin aufgestellten Vorschriften das Problem nicht berücksichtigen, wie der Richter den Gebrauch implizierten Ermessens zu beurteilen habe und wie sich seine Kognition über ausdrücklich eingeräumtes Ermessen dazu verhalte. Das läßt sich nur mit grundsätzlichen Erwägungen entscheiden.

IV.

1. Der Aufbau von § 8 scheint auf den ersten Blick ganz klar:

In Absatz 1 wird bestimmt, welche Kognitionsbefugnis dem Gericht gegenüber jeder anfechtbaren Verfügung zustehe;

in den Absätzen 3 und 4 werden dem Gericht bei Verfügungen über bestimmte Gegenstände besondere Kognitionsbefugnisse eingeräumt.

Die besondere Befugnis des Absatz 4 ist nicht weiter eingeschränkt; die des Absatz 3 dagegen gilt nur unter der Voraussetzung, daß der Verwaltung Ermessen zustehe. Das ist für die Strafverfügungen des Absatz 4 nicht erforderlich.

Allein es fehlt jeder Hinweis auf das Verhältnis zwischen der allgemeinen und den beiden besonderen Befugnissen.

Nur durch Auslegung läßt sich feststellen, daß die in Absatz 3 bezeichneten Verfügungen zunächst nach Absatz 1 zu prüfen sind und erst nachher nach Absatz 3. Wenn sie nach Absatz 1 aufgehoben werden müssen, so ist für eine Prüfung nach Absatz 3 kein Raum mehr. Diese ist nur dann möglich, wenn sie sich nach Absatz 1 als rechtmäßig erwiesen haben. Das setzt voraus, daß sie der Richter nach Absatz 1 als rechtmäßig oder wenigstens als gesetzmäßig anerkennen muß, auch wenn sie an einem rechtlichen Mangel leiden: diese Möglichkeit besteht dann, wenn die Verwaltung Ermessen gebrauchen darf und wenn sie dieses verfassungswidrig gebraucht hat. Hierin liegt der Grund, weshalb Absatz 3 die besondere Prüfung nur für Ermessensverfügungen vorsieht. Er stellt also in Wirklichkeit keine beschränkende Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Prüfung auf, sondern bezeichnet einfach die Rechtslage, bei welcher diese Prüfung in Betracht fällt.

Für die in Absatz 4 bezeichneten Strafverfügungen erübrigen sich solche Auslegungserwägungen. Die Aufgabe des Richters ist durch Absatz 4 hinsichtlich dieser Verfügungen klar bezeichnet, und man braucht sich nicht zu fragen, ob er sie zunächst nach Absatz 1 zu prüfen habe[13]).

---

[13]) Das Verwaltungsgericht hat freilich einmal ausgeführt, bei Entscheidungen nach § 13 des Armengesetzes sei § 8, Absatz 3, nicht anwendbar, die angefochtene Verfügung sei daher «auf ihre materielle Richtigkeit, nicht etwa nur auf die Überschreitung der Angemessenheit zu überprüfen» (10. Juli 1934 i. S. M.). Das ist eine abwegige Erörterung, weil ja § 13 selber Prüfung der Angemessen-

Das Gesetz will den Bürger vor unangemessener Bestrafung sichern und bringt damit unmittelbar zum Ausdruck, daß es eine solche Bestrafung nicht für rechts- und gesetzmäßig erachtet.

Der Schluß der sich hiernach aus Absatz 4 ziehen läßt, ist jedoch nicht allgemeingültig. Es gibt nach Absatz 1 Verfügungen, die der Richter nicht beanstanden darf, wenn er sie für gesetzmäßig anerkennen muß, weil er ihre Willkürlichkeit nicht feststellen darf.

Das Gesetz unterscheidet somit:

Verfügungen, die der Richter unter allen Umständen nach eigenem Ermessen zu überprüfen hat (Absatz 4),
Verfügungen, die er auf Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen hat (Absatz 3),
und Verfügungen, die er allein auf Gesetzmäßigkeit zu überprüfen hat (Absatz 1).

Bei den Verfügungen der beiden letzten Arten darf er sein eigenes Ermessen hinsichtlich der graduellen Würdigung des Tatbestandes nicht frei anwenden, wobei jedoch ausdrücklich beigefügt sei, daß sich diese Beschränkung nicht auf die Ermittlung des Tatbestandes selber bezieht.

Die Unterscheidung hat ihren Grund darin, daß das Verwaltungsgericht nicht, sobald der Bürger es anruft, an die Stelle der obersten Verwaltungsbehörde treten soll. Das wäre mit der Aufgabe unvereinbar, die die Verfassung dem Regierungsrate zuweist. Der Richter soll die Verwaltung an der Handhabung der Gesetze nicht hindern können, und zwar nicht einmal dann unbeschränkt, wenn das Gesetz willkürlich gehandhabt wird. Ob sich diese letzte Beschränkung de lege ferenda rechtfertigt, soll hier nicht erörtert werden; die Erfahrung läßt sie nicht unbe-

---

heit verlangt und damit die Anwendung von § 8, Absatz 3, ausschließt. Wenn das Gericht die Besonderheit der ihm in § 13 verliehenen Kognitionsbefugnis hervorheben wollte, so hätte es sagen müssen, es dürfe hier sein eigenes Ermessen unbeschränkt zur Geltung bringen, was ihm nach § 8, Absatz 1 und 3, nicht zustehe.

dingt als geboten scheinen. Daß aber dem Richter gestattet wird, den Tatbestand stets nach seinem Ermessen auf seine Bedeutung hin zu würdigen, dürfte nicht zur allgemeinen Regel erhoben werden: denn damit gelangte er in die bezeichnete Stellung. Diese umfassende Kognition soll ihm stets nur in einzelnen Fällen zustehen, wo dafür besondere Gründe sprechen; solche sind bei Strafverfügungen evident vorhanden, ebenso bei den andern Verfügungen, die der Richter auf ihre Angemessenheit hin überprüfen darf.

2. Das Gesetz berücksichtigt aber, wie gesagt, nicht, ob das der Verwaltung zustehende Ermessen ausdrücklich eingeräumtes oder impliziertes Ermessen sei. Schon bevor die Frage erörtert wird, wie die richterliche Kognition über impliziertes Ermessen bestimmt werden müsse, ist hervorzuheben, daß in dieser Beziehung Absatz 4 von Bedeutung ist und daß die Rechtsentwicklung Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage gibt.

a) die Strafverfügungen, die auf ihre Angemessenheit überprüft werden dürfen, das heißt als gesetz- und rechtswidrig gelten, wenn sie der Richter nicht gebilligt hat, beruhen auf Rechtssätzen, die zum Teil ausdrücklich Ermessen gewähren (z. B. hinsichtlich des Strafmaßes), zum Teil Ermessen implizieren. Der Richter darf eine Strafe als unangemessen auch dann aufheben, wenn der maßgebende Rechtssatz erkennen läßt, daß nicht jedes vorhandene Verschulden die Verhängung einer Strafe nach sich ziehen soll. Er darf eine Versorgung aufheben, wenn zwar die gesetzlichen Versorgungsgründe vorhanden sind, wenn ihm aber der Tatbestand die so schwerwiegende Freiheitsbeschränkung doch nicht zu rechtfertigen scheint. Diese Befugnis, dem Verwaltungsermessen unbeschränkt sein eigenes entgegenzusetzen, beruht ausschließlich auf § 8, Absatz 4, und § 42, die deshalb dem Gesetze eingefügt sind, weil hier dem richterlichen Ermessen Raum gewährt werden soll. Daraus wird ersichtlich, daß er diese Befugnis auf Grund von Absatz 1 nicht besitzt.

b) § 8 des Gesetzes von 1905 sodann beschränkte die richterliche Kognition bei Pensions- und Besoldungsrekursen in der oben (S. 254. Abs. 2) bezeichneten Weise. Nach dem Pensionsgesetz von 1888, das damals galt, bestand ein Pensionsanspruch zu Gunsten der öffentlichen Bediensteten, die «unverschuldet dienstunfähig» geworden waren. Dieser Anspruch war zahlenmäßig bestimmt, die Verwaltung hatte keine Befugnis, ihn höher oder tiefer zu bemessen (sie durfte freilich selbst einen höhern Anspruch begründen). Die Klausel des Gesetzes, die es dem Verwaltungsgericht verwehrte, sich mit der Würdigung der Verhältnisse im Einzelfall zu befassen, schloß es somit von der Entscheidung darüber aus, ob ein Verschulden den Pensionsanspruch hinfällig mache oder ob der Beamte noch dienstfähig und deshalb nicht anspruchsberechtigt sei. Das sind beides Fragen implizierten Ermessens, und das Gesetz bekundete, daß es eben Fragen seien, die der Richter kraft seiner Befugnis zur Kontrolle der Rechtsanwendung nicht beantworten dürfe, daß vielmehr die Lösung, die die Verwaltung nach ihrem Ermessen getroffen habe, für ihn verbindlich sei. Das kann aber nur als eine allgemeine Auffassung des Gesetzes angesehen werden, nicht als eine Spezialvorschrift für die Fälle, auf die sie sich zunächst bezog. Sie galt auch bei den übrigen Rekursen, bei denen das Gericht auf die Entscheidung beschränkt war, ob eine Verfügung «gesetzlich begründet» sei. Auch dort war ihm die freie Überprüfung implizierten Ermessens entzogen. § 8 ließ allerdings nicht ebenso klar erkennen, wo er, insbesondere bei Pensionsrekursen, die gesetzlichen Schranken der Würdigung sah, deren Überschreitung der Richter sollte rügen dürfen. Es sind auch in der Praxis keine Entscheidungen ergangen, die sich mit dieser Frage hätten befassen müssen. Sie ist heute ohne praktische Bedeutung.

Freilich ist im Gesetz von 1928, § 8, Absatz 5, jene Klausel nicht mehr enthalten. Ihre Weglassung darf indessen nicht als eine Abkehr von der Auffassung angesehen werden, die darin zum Ausdruck gekommen war. Für eine

solche Abkehr findet sich einmal in den Gesetzesmaterialien keinerlei Anhaltspunkt. Außerdem hat aber die Gesetzgebung später ausdrückliche Vorschriften für erforderlich gehalten, um im Gegensatz zu der das Gesetz von 1928 trotz der Streichung der Würdigungsklausel beherrschenden Auffassung eine richterliche Prüfung des Verschuldens und der Dienstfähigkeit zu ermöglichen[14]). Das beweist, daß diese Prüfung nach § 8, Absatz 5, noch nicht als zulässig hätte angesehen werden dürfen.

Fragt man nun aber nach dem Sinn der Grundauffassung, wonach es dem Richter nicht ohne weiteres zustehen soll, die Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls zu überprüfen, wenn das anzuwendende Gesetz Ermessen impliziert, so kann nur dies die Antwort sein: Diese Rechtssätze wollen der Verwaltung erlauben, ihren eigenen Willen zur Geltung zu bringen, und deshalb geht es nicht an, daß der Richter das von der Verwaltung Verfügte durch seine Verfügung ersetzt, wenn sich die Verwaltung in den ihr gezogenen Schranken gehalten hat. Denn die Handhabung der Gesetze ist grundsätzlich Aufgabe der Verwaltung. Der Richter würde also die materielle Rechtsordnung seinerseits nicht richtig anwenden, wenn er beanspruchte, sein eigenes Ermessen da zur Geltung zu bringen, wo sich die Verfügung als gesetzmäßig erweist. Freilich ist dieser Gedanke weder 1905 noch 1928 mit der wünschenswerten Klarheit zum Ausdruck gekommen. Der Fehler liegt allein darin, daß weder das eine noch das andere Gesetz deutlich sagt, wo die gesetzliche Schranke des implizierten Ermessens liegen soll, deren Feststellung dem Richter unter allen Umständen zusteht.

3. Rechtssätze, die Ermessen implizieren, bezeichnen der Verwaltung stets den Gesichtspunkt, unter dem der vorausgesetzte Tatbestand bei der Entscheidung über die Anwendung ihrer sachlichen Regel gewürdigt werden soll. Damit begrenzen sie den Bereich der Würdigung und

---

[14]) Vgl. Zusammenstellung am Schluß, Ziff. 7.

geben zugleich zu erkennen, daß sie den Ermessensgebrauch zu regeln beabsichtigen.

Sie können deshalb unzweifelhaft durch Nichtanwendung verletzt werden. Nichtanwendung liegt vor, wenn der Tatbestand unter einem andern als dem vom Gesetz bezeichneten Gesichtspunkt gewürdigt wird; um ein krasses Beispiel zu nennen: wenn statt der Bedürftigkeit des Bürgers seine politische Parteistellung in Betracht gezogen wird.

Streng genommen können sie dagegen nicht unrichtig angewendet werden. Denn da sie Ermessen gewähren, stellen sie die Verwaltung hinsichtlich der Würdigung unter dem vorgeschriebenen Gesichtpunkt nicht unter eine Regel. Aber diese logische Folgerung würde ihrem Sinn doch nicht entsprechen; denn sie wollen den Ermessensgebrauch regeln, und wenn sie ihn auch nicht bestimmt begrenzen, eine Verletzung der unbestimmt gezogenen Ermessensgrenze, die durch die Art der Tatbestandswürdigung begangen würde, nicht als rechtmäßiges Verhalten anerkennen. Die Rechtsordnung begrenzt nun auch das Ermessen, dem im Gesetz keine bestimmte Grenze gezogen ist, durch das verfassungsmäßige Willkürverbot. Durch willkürliche Würdigung wird seine Grenze überschritten und zugleich der Rechtssatz unrichtig angewendet, ja Willkür ist die einzige Art, wie die Rechtssätze, die impliziertes Ermessen gewähren, unrichtig angewendet werden können. (Willkür ist übrigens auch jede Nichtanwendung eines Rechtssatzes; nur ist das Willkür anderer Art: wenn im Rechtsstaat der Bürger nach den Gesetzen behandelt werden soll, so will ihn die Verfassung überall da, wo ein Rechtssatz besteht, dem Willen der Verwaltung entzogen wissen, und es ist Willkür, wenn diese dem entgegenhandelt.)

Willkürlichem Gebrauch implizierten Ermessens kann aber der Richter entgegentreten, weil dadurch der es gewährende Rechtssatz, das Gesetz, verletzt wird. Dazu hat er keine besondere Ermächtigung nötig, wie die in den

Absätzen 3 und 4 von § 8 enthaltene, sondern er kann sich auf Absatz 1 berufen, der ihm gestattet, Verletzungen des öffentlichen Rechtes zu rügen. Jedoch steht ihm nur die Feststellung von Willkür zu. Er darf die angefochtene Verfügung nicht schon darum ändern, weil er ihr nach seinem Ermessen einen andern Inhalt gegeben hätte; er muß das Ergebnis, zu dem die Verwaltung ohne Willkür gelangt ist, gelten lassen: es ist dann nicht gesetzwidrig.

Wie weit der Bereich sei, in dem die Verwaltung vor richterlichem Eingreifen bewahrt ist, hängt von der größern oder geringern Bestimmtheit der Anweisung über die Tatbestandswürdigung ab, die der Rechtssatz ihr erteilt. Als «erheblich» oder als «außerordentlich» können regelmäßig verschiedenartigere Tatbestände ohne Willkür hervorgehoben werden, denn als «gefährlich» oder als «schuldhaft». Und wo in Frage steht, ob Tatumstände unberücksichtigt geblieben seien, die für die Würdigung ins Gewicht fallen, oder ob die Verwaltung solche, denen kein Gewicht zugesprochen werden darf, in Betracht gezogen, oder ob sie einzelne Tatumstände überwertet habe, da wird der Richter die Willkürgrenze am sichersten dann finden, wenn er bedenkt, daß die Verwaltung und nicht er für den Gang der Geschäfte und das Wohl des Gemeinwesens verantwortlich ist. Daher wird er ihre Entscheidung nur abändern, wenn er die Erwägungen, auf die die Verwaltung sie stützt oder mit denen sie sie im Prozeß verteidigt, mit klaren Gegenerwägungen als unhaltbar bezeichnen kann.

Das Ergebnis dieser Darlegungen ist, daß der Richter die Verfügungen, mit denen die Verwaltung impliziertes Ermessen gebraucht, nicht nach eigenem Ermessen beurteilen, sondern nur bei Gesetzwidrigkeit aufheben darf, daß aber diese Gesetzwidrigkeit hier auch in der Verletzung des Willkürverbotes liegen kann.

Dem Umstande, daß die angefochtene Verfügung den Richter nicht voll befriedigt, daß er sie nach seiner Erkenntnis des Gesetzessinnes selber nicht so getroffen hätte, kommt deshalb hier nicht immer Bedeutung zu. Der Ver-

waltungsrichter befindet sich in derselben Lage wie der Richter, der im Zivil- oder Strafrecht über ein Rechtsmittel zu entscheiden hat und erkennt, daß ihm die Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht zustehe, das er sachlich vielleicht nicht billigt. Theoretisch kann das Urteil sowohl gesetzmäßig wie gesetzwidrig sein: es besteht ja keine objektive Gewißheit, daß der obere Richter immer richtiger urteile (siehe hierzu weiter Seite 275, Ziffer 6).

V.

1. Die Rechtssätze, die der Verwaltung ausdrücklich Ermessen einräumen, gewähren dieses Ermessen in einem ganz andern Sinne als die bisher behandelten Rechtssätze; freilich gilt das, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht ausnahmslos. Das Gesetz, das ausdrücklich Ermessen einräumt, will dessen Gebrauch nicht regeln, wenn es ihn auch in vielen Fällen begrenzt. Es verläßt sich allerdings, wie das Ermessen implizierende Gesetz, darauf, daß das verfassungsmäßige Willkürverbot die Verwaltung beim Ermessensgebrauch in Schranken halten werde. Aber da es darauf verzichtet, der Verwaltung selber die Gesichtspunkte zu bezeichnen, unter denen sie den Tatbestand würdigen solle, kann nur die Verletzung einer allfällig von ihm aufgerichteten Ermessensgrenze gesetzwidrig sein; die Rechtswidrigkeit, die in der Verletzung des Willkürverbotes liegt, ist aber nach richtiger Auslegung von § 8, Absatz 1, für den Richter auf Grund der dort umschriebenen Kognitionsbefugnis nicht feststellbar, sondern sie kann nur in den durch Absatz 3 bezeichneten Fällen festgestellt werden.

2. Nicht in allen Fällen jedoch, in denen das Gesetz der Verwaltung ausdrücklich Ermessen einräumt, entscheidet sich die Frage nach der dem Richter diesem Ermessen gegenüber zustehenden Kognitionsbefugnis nach den Bestimmungen von § 8, Absatz 3 (oder 4), also nach dem Gegenstande der Verfügung. Vielmehr hat der Richter dann,

wenn der ausdrücklich Ermessen gewährende Rechtssatz dessen Gebrauch durch ein Regel bestimmt, die ihrerseits implizite Ermessensgebrauch involviert, zunächst festzustellen, ob nicht diese Regel den Ermessensgebrauch auch ausschließlich bestimme. Denn in diesem Falle hat die ausdrückliche Ermessensgewährung keine selbständige Bedeutung; sie bestätigt nur, daß die Regel Ermessensgebrauch erfordert.

Als Beispiel diene der Satz, wonach die öffentliche Krankenkasse einem Mitgliede Spitalpflege gewähren «darf», wenn die Natur der Krankheit oder die häuslichen Verhältnisse des Kranken es erfordern. Das ist der ausschließlich maßgebende Gesichtspunkt der Würdigung, trotzdem das Gesetz die Gewährung der Spitalpflege mit dem Worte «darf» ausdrücklich dem Ermessen der Behörde überläßt. Wenn es hiernach nötig ist, muß Spitalpflege gewährt werden; aber ob es nötig sei, ist eine Frage des Ermessens, das hier impliziertes Ermessen ist.

Daß die vom Gesetz in solcher Weise bezeichneten Gesichtspunkte für die behördliche Würdigung ausschließlich maßgebend seien, muß im Rechtsstaate vermutet werden. Denn im Rechtsstaat sind — wie schon hervorgehoben — die Pflichten und Rechte der Bürger grundsätzlich nach dem Gesetze zu bestimmen, wenn das Gesetz nicht erkennen läßt, daß es das nicht verlangt. Es ist Sache des Richters, das Gesetz in dieser Hinsicht auszulegen. Bei Rechtssätzen über Gewährungen an die Bürger wird sich eine freiere Auslegung oft eher rechtfertigen lassen als bei Rechtssätzen, die in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen oder sogar verfassungsmäßige Freiheitsrechte berühren.

3. Keiner derartigen Prüfung bedarf es natürlich da, wo der Ermessen einräumende Rechtssatz den Bereich dieses Ermessens entweder nicht begrenzt oder ihm eine feste (nicht unbestimmte) Grenze zieht.

a) Unbegrenztes Ermessen gewähren namentlich oft polizeiliche Rechtssätze. Es sei nur an die vielen Bestim-

mungen des Polizeistrafgesetzes erinnert, die die Zuwiderhandlung gegen eine polizeiliche Verfügung mit Strafe bedrohen. Häufig sind diese Verfügungen nirgends sonst gesetzlich geregelt. Die Erwähnung im Strafgesetz bildet aber für die Verwaltung die Ermächtigung, sie zu erlassen, und da das Strafgesetz selber nichts weiter bestimmt, fehlt eine Grenze für das ihr eingeräumte Ermessen.

b) Eine feste Grenze ziehen die Ermessen einräumenden Rechtssätze, wenn sie den Bezirk des Ermessens durch eine Regel bestimmen, zu deren Anwendung keine graduelle Würdigung erforderlich ist.

Feste Ermessensgrenzen sieht zum Beispiel der Gebührentarif, der eine Minimal- und eine Maximalgebühr in Franken bestimmt, oder das Besoldungsgesetz, das die Minimal- und die Maximalbesoldung eines öffentlichen Amtes festsetzt. Mit solchen Vorschriften wird der Verwaltung Ermessen eingeräumt, in dessen Bereich ihr Verhalten durch keine gesetzliche Regel bestimmt ist. Hier fragt es sich daher für den Richter einzig, ob er den Ermessensgebrauch auf Grund von § 8, Absatz 3 oder 4, des Gesetzes überprüfen dürfe.

c) Einen solchen Bezirk räumen der Verwaltung freilich unter Umständen auch Rechtssätze ein, die keine bestimmte, sondern eine unbestimmte Ermessensgrenze aufrichten.

Beispiel: Ein Gebührentarif enthält die Bestimmung, das festgestellte Maximum dürfe «in besonderen Fällen» überschritten werden. Hält sich die Verwaltung im normalen Bereich, so ist ihre Verfügung nur auf Grund von § 8, Absatz 3, überprüfbar; beschwert sich aber der Rekurrent darüber, daß er über die Norm hinaus belastet werde, so hat der Richter zu prüfen, ob der Rechtssatz, der das Ermessen unbestimmt begrenzt, verletzt worden sei.

4. Endlich gibt es aber auch ausdrücklich Ermessen gewährende Rechtssätze, die zwar den Ermessensgebrauch durch Bezeichnung der dafür maßgebenden Gesichtspunkte regeln (und damit unbestimmte Ermessensgrenzen

aufrichten), die aber diese Gesichtspunkte nicht als die ausschließlich maßgebenden bezeichnen.

Dahin gehören die Rechtssätze, wonach eine Steuerleistung auf Grund einer Schätzung bestimmt werden soll. Durch den Hinweis auf eine Schätzung wird die Behörde gebunden, bei der Würdigung den Wert des Steuergegenstandes in Betracht zu ziehen; aber hinsichtlich des Betrages, den dieser Wert erreichen mag, ist ihrem Ermessen keine Grenze gesetzt. Nur auf Grund von Absatz 3 ist der Richter befugt, festzustellen, daß das Ermessen willkürlich gebraucht worden sei. Es besteht die Möglichkeit, daß die Verfügung geschützt werden muß, auch wenn sich die Verwaltung nicht von dem Wert des Objektes hat leiten lassen; geschützt, weil das Ergebnis trotzdem nicht als willkürlich gelten kann[15]).

Die Rechtssätze, die die Übertragung eines öffentlichen Amtes oder die Erteilung einer Konzession regeln, enthalten vielfach Bestimmungen, womit die Gesichtspunkte der Würdigung bestimmt oder unbestimmt bezeichnet werden. Aber neben diesen Gesichtspunkten darf die Verwaltung auch andere in Betracht ziehen. Sie darf unter den Bewerbern für ein öffentliches Amt auch den zurückstellen, der die aufgestellten Erfordernisse erfüllt; sie braucht ihn nicht zu wählen, selbst wenn er der einzige ist, der sie erfüllt, ja auch dann nicht, wenn er überhaupt der einzige ist und sie seine Eignung willkürlich bestritten hat. Denn der Richter kann solche Willkür nach Absatz 3 nicht feststellen. Deshalb wäre es gar nicht notwendig gewesen, die

---

[15]) In bezug auf diese Schätzungen hat das Verwaltungsgericht einmal ausgesprochen, sie seien keine reine Ermessenssache, denn der zu bestimmende Wert sei objektiv feststellbar (Verw.-Ger. 1. Februar 1929 i. S. R.). Das ist ein verwirrender Satz; es gibt keinen Gegensatz zwischen reinem und nicht reinem Ermessen. Richtig ist nur, daß bei Grundstückswertungen — um eine solche handelte es sich — eine gewisse Sicherheit darüber besteht, von verschiedenen sachkundigen Schätzern Werturteile zu erlangen, die ungefähr übereinstimmen. Aber an sich ist die Schätzung stets eine Ermessenssache.

Anfechtung einer Beamtenwahl in § 11 von vornherein auszuschließen.

5. Hiernach läßt sich nun der Bereich der in Absatz 3 von § 8 zugelassenen Ermessenskontrolle — unter einem Vorbehalt — mit wenigen Worten umschreiben.

> Der Richter darf bei den dort bezeichneten Verfügungen Willkür feststellen, wenn das Gesetz der Verwaltung ausdrücklich oder implizite Ermessen einräumt und dieses bestimmt oder unbestimmt begrenzt und wenn die Verwaltung unbestrittenermaßen die Grenze dieses Ermessens eingehalten hat.
>
> Er darf bei diesen Verfügungen auch Willkür feststellen, wenn das Gesetz der Verwaltung ausdrücklich Ermessen eingeräumt und es nicht selber begrenzt hat. Den Streit über die Einhaltung der Ermessensgrenze hat der Richter kraft Absatz 1 zu entscheiden, der Hinweis auf diese Entscheidung hat in Absatz 3 keine selbständige Bedeutung.

Die Feststellung von Willkür kommt nur in Frage gegenüber Verfügungen, die der Richter auf Grund von Absatz 1 als gesetzmäßig anerkennen muß. Eine solche Verfügung kann aber auch rechtswidrig sein, weil sie sich, ohne das Gesetz zu verletzen, als willkürlich erweist. Das vermag der Richter gegenüber den nicht unter Absatz 3 fallenden Verfügungen in keinem Falle festzustellen. Gegenüber den unter Absatz 3 fallenden Verfügungen aber vermag er bei der Prüfung ihrer Gesetzmäßigkeit (Absatz 1) eine Art von Willkür ebensowenig festzustellen wie gegenüber allen andern: nämlich Willkür, die nicht in der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung des Gesetzes besteht, sondern darin, daß der gesetzmäßig behandelte Bürger rechtsungleich behandelt worden ist. Deshalb erhebt sich noch die Frage, um derentwillen vorhin ein Vorbehalt gemacht worden ist: darf der Richter bei polizeilichen und vermögensrechtlichen Verfügungen willkürlich rechtsungleiche Behandlung rügen? Mit der Pra-

xis[16]) ist das zu bejahen; denn Absatz 3 läßt die Feststellung von Willkür nicht nur dann zu, wenn sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens verletzt (oder wenn ihr keine gesetzlichen Grenzen gesetzt sind), sondern auch dann, wenn sie ihre rechtlichen Grenzen verletzt, und somit auch dann, wenn das verfassungsmäßige Willkürverbot mißachtet worden ist. Rechtsungleiche Behandlung durch eine nicht unter Absatz 3 fallende Verfügung kann der Richter dagegen nicht feststellen[17]) [18]).

6. Man ist gewohnt, die genaue Bestimmung des Gesetzessinnes als Aufgabe des Richters zu betrachten, und die Sinndeutung, die der oberste Richter einem Rechtssatz gegeben hat, hat für die Untern maßgebende Autorität (in welcher Art, ist hier nicht zu erörtern). Das gilt für alle Rechtssätze, auch für die, die tatsächlich gar keinen bestimmten Sinn haben, weil sie Ermessen implizieren. In diesen Fällen ist der richterlich festgestellte Sinn (der, den der Bürger beobachten muß) insofern der des Gesetzes, als dieses die Meinung des Richters als die seinige erklärt. So

---

[16]) Vgl. zum Beispiel Verw.-Ger. 15. Februar 1938 i. S. F. (A.S. VII, 101).

[17]) Rechtsungleiche Behandlung wird praktisch wohl der einzige Fall sein, wo Rekurse wegen der Weigerung der Verwaltung, private Bestrebungen aus öffentlichen Mitteln zu unterstützen, Erfolg haben könnten, wenn kein Gesetz eine solche Unterstützung vorsieht. Denn die Feststellung, daß ein privater Zweck die Aufwendung öffentlicher Mittel nicht rechtfertige, wird kaum je an sich als willkürlich gelten können, wo das Gesetz nicht die Existenz eines öffentlichen Interesses anerkennt. Vgl. Verw.-Ger. 11. Juli 1939 i. S. P.

[18]) Um Mißverständnisse auszuschließen, sei hier noch ausdrücklich bemerkt, daß die oben zusammengefaßten Grundsätze nur für das Rechtsgebiet gelten, das vom öffentlichen Recht bestimmt wird, nicht aber auch da, wo das öffentliche Recht einen Tatbestand durch Hinweis auf privat- oder strafrechtliche Normen bestimmt. Für die Beantwortung der privat- oder strafrechtlichen Vorfragen, die sich aus einer derartigen Regelung ergeben, darf das Verwaltungsgericht stets sein eigenes Ermessen anwenden. Denn die Lösung solcher Fragen gehört von vornherein zu den Aufgaben der richterlichen Gewalt.

erhalten viele «Rechtsbegriffe» ihren Inhalt erst durch die richterliche Praxis. Es gibt aber keinen Verfassungssatz, der die Befugnis zu solcher Bestimmung des Gesetzessinnes außerhalb des Privat- und des Strafrechts allein dem Richter vorbehielte. Vielmehr steht sie auch der Verwaltung zu, freilich auch ihr nur unter dem Vorbehalt, daß sie davon keinen willkürlichen Gebrauch macht (dieser Vorbehalt gilt für ihr gesamtes Verhalten, er gilt aber für den Richter ebenfalls). Was der Bürger nach dem Gesetze für öffentlichrechtliche Pflichten und Befugnisse habe, das ergibt sich daher aus der Praxis der Verwaltung, und sie stellt für ihn den Sinn der Rechtssätze maßgebend fest. Nur soweit der Kanton die richterliche Gewalt auf diesem Gebiete mit besondern Befugnissen ausgestattet hat, steht es ihr nicht mehr zu.

Das Verwaltungsgericht sieht sich infolge der Übertragung solcher besonderer Befugnisse bei der Gesetzesanwendung vor Ermessensfragen dreifacher Art gestellt:

Vor Ermessensfragen, die es nach seinem eigenen Ermessen zu lösen hat (Angemessenheit),
vor Ermessensfragen, die die Verwaltung zu lösen hat, deren Entscheidung ihm aber dann zusteht, wenn die Lösung der Verwaltung willkürlich ist,
vor Ermessensfragen, die ausschließlich die Verwaltung zu lösen hat.

Fragen der ersten Art können ebensowohl als Rechtsfragen bezeichnet werden; bei Fragen der zweiten Art stellt sich für das Gericht zunächst die Rechtsfrage, ob Willkür vorliege. Diese stellt sich auch bei der Überprüfung der Gesetzeshandhabung, jedoch auch wiederum nur da, wo ein besonderer Rechtssatz ihre Entscheidung ermöglicht.

Aber die Unterscheidung von Ermessens- und Rechtsfragen besagt nichts für die Erkenntnis, welcher von den beiden Gewalten die Lösung zustehe: auch die Verwaltung kann für Rechtsfragen im angedeuteten Sinne maßgebend sein, wenn ihr allein die Gesetzesanwendung obliegt. Nur

die Wissenschaft ist in der Lage, die einheitliche Lösung aller «Rechtsfragen» anzustreben.

VI.

1. Prozessual ist Voraussetzung für die Zulässigkeit einer richterlichen Entscheidung über Willkür, daß der Rekurrent die Verfügung ausdrücklich mit diesem Vorwurf angefochten habe (Gesetz § 19, Absatz 2). Ob jedoch die zur Feststellung einer Ermessensgrenze erforderliche graduelle Würdigung willkürlich vorgenommen sei, hat der Richter von Amtes wegen zu prüfen, weil das eine Frage der richterlichen Gesetzesanwendung ist. Damit wird freilich das Gesetz einschränkend ausgelegt. Das läßt sich damit rechtfertigen, daß sich die Regel von § 19 nur auf die in Absatz 3 von § 8 behandelte Willkür beziehen kann, die innerhalb der Ermessensgrenze geübt wird und deren Feststellung dem Richter in Absatz 3 auch dann erlaubt wird, wenn er die Rechtsanwendung nicht zu beanstanden findet.

Umgekehrt darf der Richter aber den ausdrücklich erhobenen Vorwurf der Willkür nicht ungeprüft zurückweisen, wenn die Verfügung nicht unter Absatz 3 fällt. Vielmehr hat er in diesen Fällen die Grundlage der Ermessensfreiheit zu untersuchen. Beruht diese auf einer bloßen Ermächtigung zum Ermessensgebrauch, so ist eine Prüfung freilich ausgeschlossen, ebenso dann, wenn der Rechtssatz die Gesichtspunkte der Würdigung nicht erschöpfend bezeichnet, sondern weitern Erwägungen Raum läßt. Aber Willkür innerhalb der gesetzlichen Schranken, die der Würdigung durch Bezeichnung ausschließlich maßgebender Gesichtspunkte gezogen sind, hat der Richter zu rügen.

2. In § 9 des Gesetzes wird dem Verwaltungsgericht mit einer bestimmten Beschränkung die Entscheidung über die Anwendung von Rechtssätzen ermöglicht, die ausdrücklich Ermessen einräumen und Gesichtspunkte für dessen Gebrauch bezeichnen, jedoch nicht als die aus-

schließlich maßgebenden: In den Fällen, wo das Gesuch eines Bürgers um Erlaß einer Verfügung ausschließlich darum abgewiesen worden ist, weil das Gesetz seine Gutheißung nicht zulasse, kann das Gericht über diese Frage entscheiden, falls die Verwaltung nicht Einsprache erhebt; und eine Einsprache steht der Verwaltung zu, wenn ihr das Gesetz gestattet, auch andere Gesichtspunkte geltend zu machen: die Einsprache muß dahin gehen, daß dem Gesuch auch bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzung nicht entsprochen würde. Wird keine Einsprache erhoben, so ist über die Gesetzmäßigkeit der Verfügung sowohl dann zu entscheiden, wenn dafür nur eine qualitative Würdigung des Tatbestandes nötig ist, als auch dann, wenn es dafür einer graduellen Würdigung bedarf[19]).

VII.

Zum Schlusse soll ein Überblick über die Entscheidungen gegeben werden, in denen sich das Verwaltungsgericht mit den hier behandelten Problemen befaßt hat. Für diesen Überblick kommen namentlich die Entscheidungen über nicht polizeiliche und nicht vermögensrechtliche Verfügungen in Betracht, denn bei diesen allein ist ja die Feststellung von Willkür dem Richter entzogen. Derartige Verfügungen sind nur außerordentlich selten angefochten worden, und wo es geschah, richtete sich die Anfechtung oft

[19]) Der Rekurrent kann die Einsprache, deren Erhebung seinen Rekurs gegenstandslos macht, anfechten, wenn die Verfügung zu denen gehört, die nach § 8, Absatz 3, der Ermessenskontrolle unterworfen sind. In dieser Hinsicht ist § 9 freilich unpräzis, er läßt die Auslegung zu, die Anfechtung sei bei Abweisung eines Gesuches stets zulässig, wenn einer der in § 8, Absatz 3, bezeichneten Gründe vorliege. Es wäre aber sinnlos, anzunehmen, daß Gesuche, die sich nicht auf einen der in § 8, Absatz 3, bezeichneten Gegenstand beziehen, gegen willkürliche Abweisung zu schützen seien, daß der Rekurrent jedoch gegen Verfügungen, die von Amtes wegen ergehen, im Fall der Willkür keinen Schutz fände.

Die Vorschrift von § 9 ist nicht von praktischer Bedeutung geworden.

allein gegen unrichtige Anwendung von Rechtssätzen, die kein Ermessen implizieren, oder es wurde der Gebrauch solchen Ermessens vom Rekurrenten nicht beanstandet. Die Übersicht befaßt sich nicht nur mit Urteilen aus der Zeit seit 1928; das Problem war schon vorher vorhanden.

Das Verwaltungsgericht hat sich auch nur ganz selten ausführlicher über die Grenzen seiner Kognitionsbefugnisse ausgesprochen; meist stellen seine Urteile einfach fest, daß eine Streitfrage nicht beurteilt werden könne, weil es eine Ermessensfrage sei. Manchmal wird gesagt, eine Verfügung sei nicht willkürlich, aber nicht erörtert, ob sie im Falle von Willkür aufgehoben werden dürfte, und vielfach wurden Verfügungen aufgehoben, ohne daß die Motive erkennen ließen, ob das Gericht Gesetzwidrigkeit oder Willkür annahm.

1. Der Gebrauch ausdrücklich eingeräumten Ermessens, dessen Grenze nicht im Streite lag, wurde namentlich bei Besoldungs- und Pensionsrekursen wiederholt auf Willkür überprüft, wobei freilich nur in einem Fall die Verfügung als willkürlich aufgehoben wurde.

a) Dabei standen folgende Streitfragen zur Beurteilung: Durfte die Verwaltung dem Rekurrenten bei der Einweisung in neugeschaffene Besoldungsklassen die Besoldung der höhern Klasse versagen, wenn ihr die Wahl der Klasse freistand[20]?
Durfte sie dem Rekurrenten, der in der frühern Klasse das Besoldungsmaximum erreicht hatte, die im neuen Besoldungsgesetz vorgesehene Maximalbesoldung verweigern und ihm nur die Erhöhung gewähren, die ihm nach den Übergangsbestimmungen zustand[21]?
Durfte die Verwaltung dem Rekurrenten, der bei der

[20]) Verw.-Ger. 9. September 1927 i. S. H. u. W. — Der ähnliche Fall, Verw.-Ger. 25. Juni 1920 i. S. N., gehört nicht hierher; dort handelte es sich um impliziertes Ermessen, da das Gesetz für die Einreihung in die obere Klasse eine Voraussetzung aufstellte, deren Erfüllung unter Ermessensgebrauch zu beurteilen ist.

[21]) Verw.-Ger. 25. Juni 1920 i. S. R.

Einweisung in die neue Besoldungsklasse eine höhere Besoldung zugesprochen erhalten hatte, als die Übergangsbestimmungen vorschrieben, eine bisher gewährte Besoldungszulage entziehen[22])?

Hätte die Verwaltung einen dienstunfähigen Beamten, dem nach dem alten Recht wegen Verschuldens kein Pensionsanspruch zustand, die trotzdem bewilligte Pension nicht mit Rücksicht auf die Erledigung anderer ähnlicher Fälle höher bemessen müssen[23])?

Durfte die öffentliche Verwaltung zum Nachteil des rekurrierenden Straßenanwänders eine Konzession zur Erstellung eines Bauwerkes auf der öffentlichen Straße erteilen[24])?

In allen diesen Fällen war aber Willkür nicht feststellbar, weil die angefochtenen Verfügungen nur auf richtige Gesetzesanwendung überprüft werden durften.

b) In einem Urteil über den Gebrauch ausdrücklich eingeräumten Ermessens hieß das Gericht den Rekurs im Gegensatz zu den eben angeführten Fällen gut. Die Frage war die schon erwähnte: durfte die Verwaltung, der es freistand, zu entscheiden, in welche der neugeschaffenen Besoldungsklassen die Beamten einzuweisen seien, den Rekurrenten die Einweisung in die höchste Klasse versagen[25])?

Das Urteil bezeichnete die angefochtene Verfügung nicht ausdrücklich als willkürlich, aber die Begründung läuft auf die Feststellung von Willkür hinaus: sie macht geltend, die verlangte Einweisung sei den Rekurrenten bei den Gesetzesberatungen zugedacht worden, und das hätte

---

[22]) Verw.-Ger. 15. Mai 1920 i. S. S., 4. Juni 1920 i. S. M.; zur vgl. auch Verw.-Ger. 19. April 1918 i. S. K.

[23]) Verw.-Ger. 5. Januar 1932 i. S. Z. (A.S. VI, 87). Verw.-Ger. 1. Juni 1934 i. S. B.; zu vgl. aber zum Beispiel Verw.-Ger. 4. August 1922 i. S. St., 6. November 1936 i. S. Sp., wo Prüfung des Ermessensgebrauchs abgelehnt wurde.

[24]) Verw.-Ger. 14. April 1931 i. S. B.

[25]) Verw.-Ger. 9. September 1927 i. S. H. u. W.

nicht ignoriert werden dürfen. Hier hat das Gericht mit dem Schutz des Rekurrenten die Grenzen seiner Kognitionsbefugnis überschritten.

c) In einem andern Urteil hat es im Gegenteil seine Kognitionsbefugnis verkannt.

Eine Gemeinde hatte sich darüber beschwert, daß ihr der Regierungsrat untersagt habe, den staatlichen Grundbesitz im Gemeindebann zu besteuern, obschon das von ihm genehmigte Steuerreglement keine derartige Steuerbefreiung vorsah[26]).

Das Gericht trat auf den Rekurs nicht ein, weil es kein Staatsgerichtshof sei. Diese Begründung ist zu allgemein gefaßt. Das Verwaltungsgericht hat auch über staatsrechtliche Verfügungen zu entscheiden; es steht ihm freilich kein Urteil über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu, wie dem Bundesgericht, und es kann die Verletzung des verfassungsrechtlichen Willkürverbotes nicht in allen Fällen feststellen.

Die Frage war aber im jenem Streite nicht die, ob Willkür festgestellt werden könne, sondern die, ob die Verfügung des Regierungsrates ein Gesetz nicht oder unrichtig angewendet habe. Das war zu bejahen; denn das Gemeindegesetz erlaubt den Gemeinden, gemäß genehmigten Reglementen Steuern zu erheben. Aufsichtsverfügungen gegenüber den Gemeinden sind im Gegensatz zu aufsichtsrechtlichen Verfügungen in kirchlichen Angelegenheiten nicht nach § 11 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes der Überprüfung von vornherein entzogen. Hätte der Regierungsrat allerdings die Genehmigung des Gemeindereglementes widerrufen, so hätte das Verwaltungsgericht feststellen müssen, daß das nicht gesetzwidrig sei und daß es die Willkürlichkeit eines solchen Widerrufes nicht zu beurteilen habe.

2. a) Den Gebrauch implizierten Ermessens hat das Verwaltungsgericht in einer Entscheidung aus neuester

---

[26]) Verw.-Ger. 26. Januar 1940 i. S. Gemeinde B.

Zeit nicht bloß auf Willkür überprüft, was ihm nach den vorstehenden Darlegungen zugestanden hätte, sondern es hat ihn nach seinem eigenen Ermessen überprüft, hat dabei dann allerdings die Rekurrenten abgewiesen.

Entlassene Aushilfsbedienstete der öffentlichen Verwaltung hatten den Richter angerufen, mit dem Begehren, es sei ihnen der Gehalt bis zur festgesetzten Kündigungsfrist fortzuzahlen, weil sie mit Unrecht ohne Kündigung entlassen worden seien [27]).

Es kann hier nicht dargestellt werden, welche Rechtsgrundsätze im einzelnen für die Beurteilung eines solchen Begehrens maßgebend sind [28]). Der ohne Verschulden vorzeitig entlassene Aushilfsangestellte besitzt einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Gehaltsbezug bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Das Verwaltungsgericht hat aber angenommen, es seien über die Frage keine Normen des öffentlichen Rechtes vorhanden, und hat den Streit deshalb in analoger Anwendung des Obligationenrechtes entschieden, das den Gehaltsfortbezug davon abhängig macht, ob dem Dienstherrn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zuzumuten sei, wenn sich der Dienstpflichtige verschuldet habe. Daß der Richter diese Frage nach Obligationenrecht gemäß seinem eigenen Ermessen zu beurteilen hat, ist klar. Das Dienstverhältnis beruhte aber auf öffentlichem Recht, und wenn dieses dahin auszulegen ist, daß nicht jedes Verschulden den Gehaltsfortbezug ausschließt — wie das Pensionsgesetz von jeher ausgelegt wurde —, so war nur zu prüfen, ob das vorhandene Verschulden willkürlich gewürdigt worden sei.

b) Diesen Grundsatz, daß der Gebrauch implizierten Ermessens nur im Falle von Willkür gerügt werden könne, haben nun aber doch mehrere Gerichtsentscheide anerkannt, und zwar sowohl gegenüber polizeilichen Verfügungen, wie gegenüber solchen, die nicht unter Absatz 3 fallen.

---

[27]) Verw.-Ger. 9. Oktober 1945 i. S. H. u. B.

[28]) Vgl. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1946, Seite 368.

Einmal war streitig, ob die Verwaltung die Ausführung eines Bauprojektes wegen erheblicher Verunstaltung des Straßenbildes habe untersagen dürfen[29]).

Bei dieser Entscheidung ist der Verwaltung kein Ermessen ausdrücklich eingeräumt; die Heimatschutzverordnung verlangt die Versagung der Bewilligung, wenn eine solche Verunstaltung vorauszusehen ist. Aber ob eine Verunstaltung einträte und ob sie erheblich wäre, das sind Fragen gradueller Würdigung, also liegt impliziertes Ermessen vor. Das Gericht entschied, es müsse der Verwaltung bei der Beurteilung dieser Fragen eine gewisse Ermessensfreiheit zugestanden werden; es fügte freilich bei: keine allzu große. Dann aber steht dem Richter für die Beurteilung des Ermessensgebrauches kein anderer Maßstab zur Verfügung als eben das Willkürverbot, worauf ihn § 8, Absatz 3, für diesen Fall auch ausdrücklich verweist.

Ganz klar und rückhaltlos vertrat das Gericht die hiervor begründete Anschauung in zwei Entscheidungen, die noch vor 1928 gefällt wurden, über die Frage:

ob die öffentliche Verwaltung einem Mitgliede der öffentlichen Krankenkasse Spitalpflege habe verweigern dürfen[30]).

Der hierfür bestimmende Rechtssatz, der ausdrücklich Ermessen einräumt, wurde schon erwähnt; er bezeichnet die für die Würdigung des Tatbestandes ausschließlich maßgebenden Gesichtspunkte. Das Gericht entschied, es könne einen Rekurrenten nur bei willkürlicher Würdigung schützen, und nahm in einem Falle an, die Spitalpflege sei willkürlich, im andern, sie sei nicht willkürlich verweigert worden. Die Entscheide ergingen unter der Herrschaft einer Novelle zum Gesetz von 1905, die die Kognition des Richters bei der Überprüfung derartiger Verfügungen nicht beschränkte, ihm also erlaubt hätte, die Verfügungen wegen

---

[29]) Verw.-Ger. 28. Dezember 1934 i. S. M. (A.S. VI, 210).

[30]) Verw.-Ger. 9. Mai 1924 i. S. St.; 19. Dezember 1924 i. S. B. (A. S. IV, 166).

Unangemessenheit aufzuheben. Heute kommt höchstens die Feststellung von Willkür in Frage; in Übereinstimmung mit jenen Entscheiden müßte aber die willkürliche Handhabung des Ermessens auch heute gerügt werden, obschon die Verfügung nicht unter Absatz 3 fiele.

Die gleiche Auffassung hat das Gericht beim Streit über die Frage bekundet,

> ob eine private Einrichtung im Trottoir einer Straße für den Verkehr gefährlich geworden sei und also vom Eigentümer ersetzt werden müsse[31]),

und ebenso beim Streit über die (materiell zivilrechtliche) Frage,

> ob sich der Bruder eines Bedürftigen in günstigen Verhältnissen befinde und deshalb unterstützungspflichtig sei[32]).

In beiden Fällen wurde entschieden, das seien Ermessensfragen; in beiden wurde der Verwaltungsentscheid als nicht willkürlich beurteilt.

3. Bei polizeilichen und vermögensrechtlichen Verfügungen, die das Verwaltungsgericht beurteilt hat, läßt sich in den Fällen, wo es die Rekurrenten abwies, aus den Motiven oft nicht erkennen, ob für die Abweisung das Fehlen von Willkür maßgebend war oder ob der Richter die Würdigung des Sachverhaltes auch nach seinem eigenen Ermessen gebilligt hat.

Auf der andern Seite bleibt man angesichts der Motivierung von gutheißenden Entscheidungen ebenfalls häufig im Zweifel darüber, ob sich der Richter bewußt war, daß er nur im Falle der Willkür einschreiten dürfe. Jedoch darf gesagt werden, daß keine dieser Entscheidungen — wenigstens auf dem Gebiete der Polizei, das bei der Durchsicht hauptsächlich in Betracht gezogen wurde — sachlich

---

[31]) Verw.-Ger. 20. März 1934 i. S. G., (A.S. VI, 167).

[32]) Verw.-Ger. 11. Juli 1913 i. S. Armenamt gegen W. (A.S. II, 139).

ernsthaft beanstandet werden könnte. Sie erscheinen auch dann als gerechtfertigt, wenn man sie unter dem Gesichtspunkt nachprüft, daß der Richter nur Willkür feststellen konnte.

4. Nur bei den Entscheidungen über den Entzug der Niederlassungs- und Aufenthaltsbewilligung gewinnt man den Eindruck, daß das Gericht nach eigenem Ermessen entscheidet, wobei es dann freilich regelmäßig die Grundsätze der bundesgerichtlichen Praxis zur Geltung bringt. Obwohl das Gesetz für diesen Bezirk keine Ausnahme macht — also nur die Feststellung von Willkür zuläßt —, ist die Praxis zu billigen. Das Gesetz hat in § 11 die bezeichneten Verfügungen im Gegensatz zur Verweigerung der Niederlassungs- und Aufenthaltbewilligung von der Anfechtung nicht ausgeschlossen, wie das Verwaltungsgericht richtig entschieden hat[33]). Es wollte damit die davon Betroffenen davor bewahren, sich an das Bundesgericht wenden zu müssen. Nun ist die Kognition des Bundesgerichtes nicht beschränkt; der Zweck des Gesetzes würde daher nur halb erfüllt, wenn das Verwaltungsgericht den Rekurrenten allein vor Willkür schützen dürfte.

Verfügungen, die das Verwaltungsgericht auf ihre Angemessenheit zu überprüfen hat.

1. Strafverfügungen (§ 8, Abs. 4). Das kantonale Recht kennt fast nur noch Geldstrafen; die Arreststrafe, die im Gesetz über die Vormundschaftsbehörde vom 13. April 1944 (Ges.-Slg. *40*, 238, § 43) vorgesehen ist, kann nach § 47 dieses Gesetzes nicht an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden.
2. Versorgungsverfügungen (§ 42, Abs. 1). In bezug auf diese spricht das Gesetz zwar nicht von der Feststellung der Angemessenheit, sondern es weist dem Richter an, einen Rekurs gutzuheißen, wenn er eine Versorgung nicht oder nicht mehr «gerechtfertigt» finde. Damit ist aber dasselbe gesagt, wie mit dem Hinweis auf Unangemessenheit.
3. Verfügungen, die ein geplantes oder ein bestehendes Gebäude wegen der Verletzung der öffentlichen Schicklichkeit beanstan-

[33]) Verw.-Ger. 3. November 1933 i. S. H.

den (Hochbautengesetz vom 11. Mai 1939, Ges.-Slg. *38*, 257, § 19). Die Bestimmung gilt nicht auch für die Beanstandung wegen erheblicher Störung des Stadt- und Straßenbildes, solche sind nach § 8, Abs. 3, zu beurteilen.

4. Verfügungen zur Herstellung einer Grenze zwischen Grundstücken, die «möglichst senkrecht» zur Straßenlinie verläuft, und zur Herstellung «möglichst lotrechter» Nachbargrenzen (Hochbautengesetz, § 60 und 61).
5. Verfügungen über die Höhe des Beitrags an die Kosten der Änderung oder Beseitigung von Gebäuden (Hochbautengesetz, § 2, Abs. 2). Auch hier spricht das Gesetz nicht ausdrücklich von der Beurteilung der Angemessenheit; das Gericht soll aber über die «Höhe des Beitrages» offenbar nach seinem Ermessen entscheiden, wie der Expropriationsrichter. Ein Streit über die Existenz des Beitragsanspruches fällt unter § 8 des Gesetzes von 1928.
6. Verfügungen über Ersatz und Rückerstattung von Armenunterstützungen (Gesetz betreffend das Armenwesen vom 25. November 1897, Sammelband 389, § 13). Die Vorschrift gilt auch für die entsprechenden Forderungen der öffentlichen Krankenanstalten (vgl. Sammelband 465).
7. Besoldungs- und Pensionsverfügungen gegenüber den dem Beamtengesetz unterstehenden Bediensteten (Beamtengesetz vom 25. November 1926, § 16d, Fassung von 1933, Ges.-Slg. Sammelband 1561). Der ursprüngliche Text von § 8, Abs. 5, des Verwaltungsrechtspflegegesetzes findet nur noch Anwendung auf Bedienstete, die dem Beamtengesetz nicht unterstellt sind; vgl. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1946, S. 368.