

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:	Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund
Autor:	Imboden, Max
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896468

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: 09.02.2026

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

Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund

Referat von
Dr. iur. Max Imboden,
Privatdozent an der Universität Zürich,
Rechtskonsulent der Stadt Zürich.

I N H A L T:

Seite

Einleitung 4a

§ 1. Allgemeine Richtpunkte für den Ausbau der Verwaltungsrechtsprechung.

I. Die Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung.	7a
1. Der Rechtsschutz des Bürgers.	7a
2. Die Gewährleistung der Rechtssicherheit	8a
3. Die Weiterbildung des Rechtes	8a
II. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege	9a
III. Der Zusammenhang zwischen den Formen der Verwaltungsjustiz und der materiellen Verwaltungsgesetzgebung	10a
IV. Die Entwicklung der materiellen Verwaltungsgesetzgebung	11a
1. Ausdehnung und Vermehrung der gesetzlichen Erlassen.	12a
2. Die Vermehrung und Differenzierung der verwaltungsrechtlichen Eingriffsformen	12a
3. Die Veränderung der Verwaltungsgesetzgebung durch die Entwicklung zum Sozialstaat.	13a
4. Die «Engmaschigkeit» der modernen Verwaltungsge setze	14a

§ 2. Die zivilgerichtliche Verwaltungsrechtsprechung.

I. Ursprung und Rechtfertigung der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz	16a
---	-----

II. Der Abbau der zivilgerichtlichen Verwaltungsrechtsprechung	Seite 18a
III. Das Verfahren der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle	23a
IV. Erfahrungen und Ergebnisse der heutigen zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz	25a

§ 3. Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtsprechung.

I. Begriff und Entwicklung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtsprechung	31a
II. Die Gründe des heutigen Vorranges der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz	32a
1. Der demokratische Gedanke	33a
2. Die Wirksamkeit des verwaltungsmäßigen Handelns	34a
3. Die Einfachheit der Organisation und des Verfahrens	34a
III. Die Voraussetzungen eines richtigen Funktionierens der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege	35a
1. Der Stand der materiellen Verwaltungsgesetzgebung	35a
2. Die selbständige und freie Nachprüfung durch die Oberbehörde, insbesondere durch den Regierungsrat	36a
3. Der Charakter der Rekursentscheidungen	37a
4. Die Wirksamkeit des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht	37a
IV. Die Funktion der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz	38a
1. Die Beanspruchung der Verwaltungsbehörden durch Verwaltungsstreitsachen	38a
2. Beschwerden gegen lokale Verwaltungsbehörden	40a
3. Beschwerden gegen kantonale Zentralbehörden	42a
V. Die heutigen Mängel der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege	43a
1. Die organisatorischen Mängel: Die Überbelastung der Exekutive und die Preisgabe des Kollegialprinzips	43a
2. Die Beeinträchtigung des Rechtsschutzgedankens	45a
3. Die Erschwerung der Bildung einer klaren und einheitlichen Praxis	48a

Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung.	3a
§ 4. Die parlamentarische Verwaltungsrechtsprechung.	Seite
I. Begriff und Bedeutung der parlamentarischen Verwaltungsjustiz	54a
II. Erfahrungen und Ergebnisse der parlamentarischen Verwaltungsjustiz	58a
§ 5. Die Übertragung der Verwaltungsrechtsprechung auf besondere Verwaltungsjustizbehörden	
I. Bedeutung und Organisation der besonderen Verwaltungsjustizbehörden	60a
1. Die Ressortkommissionen.	62a
2. Die Spezialrekurskommissionen	62a
3. Die kantonalen Obergerichte als Rekursinstanzen in Verwaltungssachen	64a
4. Das Verwaltungsgericht	64a
II. Die Vorteile der Übertragung der Verwaltungsjustiz auf Spezialorgane	65a
III. Die Mängel der heutigen Ordnung (insbesondere die Mängel der Spezialrekurskommissionen).	67a
1. Die Gefahr der Zersplitterung der Rechtsprechung und der Auflösung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Begriffe	67a
2. Die Planlosigkeit in der Schaffung von Spezialrekurskommissionen	68a
3. Das Abstellen auf das Fachwissen der Behördemitglieder	70a
IV. Die zukünftige Entwicklung	72a
1. Die Erweiterung des Zuständigkeitsbereiches der unabhängigen Verwaltungsjustizorgane	72a
2. Die Ordnung der Verwaltungsjustiz nach einem Gesamtplan.	74a
3. Die Schaffung eines zentralen Verwaltungsgerichtes	75a
§ 6. Die Ausgestaltung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz	
I. Die Notwendigkeit einer Umgestaltung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz	80a
II. Der Erlass gesetzlicher Vorschriften über das Verwaltungsverfahren, insbesondere über das Rekursverfahren vor den Verwaltungsbehörden	81a

	Seite
III. Die organisatorische und personelle Trennung der Verwaltungsjustiz von den übrigen Funktionen der Verwaltungsbehörden	85a
IV. Einzelprobleme des Verwaltungsprozesses	87a
1. Akteneinsicht.	87a
2. Mündlichkeit oder Schriftlichkeit	89a
3. Formelle Rekursvoraussetzungen	90a
4. Der Zeugenbeweis	92a
V. Die Veröffentlichung der Verwaltungsentscheide . . .	92a

Einleitung.

Nicht eine rechtsdogmatische, sondern eine rechts-politische Frage steht zur Diskussion. Die Sichtung der Ergebnisse und Erkenntnisse der Praxis im Gebiete der Verwaltungsjustiz ist Grundlage und Ausgangspunkt für die Weiterbildung der Rechtsordnung. Zu sehr ist die Frage nach der Ausgestaltung der Verwaltungsjustiz, insbesondere das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, zu einem Streit der Lehrmeinungen geworden. Über Wert und Unwert einer Institution des Verwaltungsverfahrens entscheiden vorab die praktischen Erfahrungen. Erstes Ziel dieser Schrift ist es daher, das sich in der Praxis bietende Bild der heutigen Verwaltungsjustiz zu zeichnen. Die Darstellung des Bestehenden ruft zwangsläufig der kritischen Stellungnahme. Damit stellt sich die Frage nach der zukünftigen Gestaltung.

Die besondere Zielsetzung dieser Abhandlung bedingte eine besondere Arbeitsmethode. Die bereits vorhandene reichhaltige rechtswissenschaftliche Literatur¹⁾ birgt zwar

¹⁾ An allgemeiner Literatur seien genannt (weitere spezielle Literatur ist am Beginn der einzelnen Abschnitte angeführt): Albisser, H., Die Verwaltungsrechtspflege im Kt. Luzern, 1926; Blumenstein, M., Die Bedeutung der Offizialmaxime in der bernischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege, Berner Dissertation, 1935; Buser, G., Zur Geschichte und Reform der aargauischen Verwaltungsrechtspflege, Separatdruck aus der Zeitschrift f. schweiz. Recht, Bd. 62, 1943; Cadotsch, G., Die Nichtig-

eine Fülle von Gedanken und Hinweisen. Für manche der hier behandelten praktischen Fragen läßt sie sich indessen nur beschränkt verwenden. In weitem Maße mußte auf das Ergebnis eigener Erhebungen bei Verwaltungsbehörden, Gerichten und Privaten abgestellt werden. Für das große

keitsbeschwerde in der Verwaltungsrechtspflege der schweiz. Kantone, Freiburger Dissertation, 1916; Eichenberger, K., Die Verwaltungsrechtsprechung des aargauischen Obergerichtes, Zürcher Dissertation, 1921; Fehr, O., Die Verwaltungsrechtspflege im Kt. Zürich, Zürcher Dissertation, 1941; His, E., Geschichte des neueren schweiz. Staatrechtes, 3 Bde, 1920—1938; Hofmann, H., Der Rechtsschutz in Verwaltungssachen im Kt. Zürich, Zürcher Dissertation, 1919; Hungerbühler, O., Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kt. Zürich, Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 21, S. 141; Jenny, L., Artikel «Verwaltungsrechtspflege» in Reichesberg's Handwörterbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, Bd. III, S. 1346 ff.; Inderbitzin, H., Die Verwaltungsrechtspflege im Kt. Schwyz, Zürcher Dissertation, 1941; Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Zeitschrift f. schweiz. Recht, Bd. 49, S. 1ff.; Mäder, R., Der Rechtsschutz in Steuersachen im Kt. St. Gallen, 1928; Müller, W., Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach allgemeinem und schweizerischem Recht, Zürcher Dissertation, 1910; Oswald, W., Der Rechtsschutz in Steuersachen nach aargauischem Recht, Freiburger Dissertation, 1928; Picenoni, V., Die Kassation von Volkswahlen und Volksabstimmungen, Zürcher Dissertation, 1945; Piller, J., Le contentieux administratif en Suisse, Revue internationale des sciences administratives, 1936, S. 203 ff.; Riedmatten, M., Juridictions civiles et administratives, spécialement en droit valaisan, Berner Dissertation, 1933; Schmid, J., Das Rechtsmittel des Rekurses und der Beschwerde nach bündnerischem Verwaltungsrecht, Zürcher Dissertation, 1940. Schollenberger, J., Staats- und Verwaltungsrecht der schweizerischen Kantone, 1899/1900; Schurter-Fritzsche, Kantonales Zivilprozeßrecht und Zivilprozeßrecht des Bundes, 1924—1933; Schwyz, St., Das Verwaltungsverfahren im Kt. St. Gallen, Freiburger Dissertation, 1934; Speiser, P., Die Verwaltungsrechtspflege in den schweizerischen Kantonen, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1889, Zeitschrift f. schweiz. Recht, Bd. 8; Stadelhofer, E., Die Verwaltungsrechtspflege im Kt. Schaffhausen, Zürcher Dissertation, 1943; Studer, M. Th., Steuerjustiz nach solothurnischem Recht, Berner Dissertation, 1942; Werner, G., Action administrative et Contentieux administratif, Zeitschrift

Verständnis und die wertvolle Unterstützung, die ich bei allen Instanzen gefunden habe, möchte ich auch an dieser Stelle danken²⁾. Die Vielfalt des durchgesehenen Materials schließt im Rahmen des vorliegenden Berichtes eine detaillierte oder gar vollständige Dokumentation aus. Wo unter Anführung konkreter Vorschriften oder Entscheide auf Gesetzgebung und Praxis verwiesen ist, handelt es sich lediglich um Beispiele^{2a)}. Entscheidend sind nicht die De-

f. schweiz. Recht, Bd. 38, S. 631 ff.; Wyssa, A., *Le Contentieux administratif en Suisse*, Dissertation Lausanne, 1920; Zendralli, U., *La giustizia amministrativa nel Cantone dei Grigioni*, Zürcher Dissertation, 1937; Zellweger, E., *Die Verwaltungsjustiz der Kantone im Gebiete ihrer direkten Steuern*, Berner Dissertation, 1926; Zürcher, H., *Die verwaltungsrechtliche Klage*, 1944.

²⁾ Wertvolle Aufschlüsse verdanke ich insbesondere folgenden Herren: Dr. H. Albisser, Departementssekretär, Luzern; Dr. H. Aeppli, Staatsschreiber, Zürich; Dr. Desax, Kanzleidirektor, Chur; Dr. Fisch, Staatsschreiber, Frauenfeld; Dr. Hedinger, Staatsschreiber, Schaffhausen; Dr. Jobin, Juristischer Beamter des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes, Bern; Dr. Kuhn, Chef der Eidg. Justizabteilung, Bern; Dr. K. Luchsinger, Kantonsgerichtsschreiber, Glarus; Dr. E. Pequignot, Generalsekretär des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes, Bern; Dr. P. Reichlin, Kanzleidirektor, Schwyz; Dr. F. Reinhardt, Sekretär der kant. Rekurskommission, Solothurn; Dr. W. Rigoleth, Vorsteher der kant. Steuerverwaltung, St. Gallen; Dr. M. Ruth, früherer Chef der Rekurssektion der Eidg. Polizeiabteilung, Bern; Dr. Schmid, Landschreiber, Liestal; Dr. St. Schwyzer, Departementssekretär St. Gallen; Dr. Tanner, Staatsschreiber, Herisau; Dr. Weber, Bundes-Vizekanzler, Bern; Dr. E. Wyß, Vizedirektor der Eidg. Steuerverwaltung, Bern; Dr. E. Zumbach, Landschreiber, Zug.

^{2a)} Als typische und zugleich bedeutungsvollste Beispiele kantonalrechtlicher Bestimmungen über die Verwaltungsjustiz seien folgende Erlasse aufgeführt: Aargau, Gesetz über das Verfahren bei Verwaltungsstreitigkeiten vom 25. Brachmonat 1841; Basel-Stadt, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928; Bern, Gesetz betreffend die Verwaltungsrechtspflege vom 31. Oktober 1909; Graubünden, Verordnung über das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat vom 1. Dezember 1942; Schwyz, Verordnung über das Verfahren in Administrativrechtsstreitigkeiten vom 7. Oktober 1858; Zürich, Gesetz über die Streitigkeiten im Verwaltungsfach vom 23. Juni 1831.

tails, sondern die großen Zusammenhänge und Richtlinien. Um den Blick auf sie nicht zu beeinträchtigen, ist eine möglichste Entlastung von Einzelfragen angestrebt worden.

Auf Grund einer mit dem welschen Berichterstatter, Herrn Prof. Dr. H. Zwahlen, vereinbarten Arbeitsteilung beschränkt sich schließlich der vorliegende Bericht darauf, die Verhältnisse im Bund und in den deutschschweizerischen Kantonen, unter Weglassung des Kantons Bern, darzustellen.

§ 1. Allgemeine Richtpunkte für den Ausbau der Verwaltungsrechtsprechung³⁾.

I. Die Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung.

Verwaltungsrechtsprechung (= Verwaltungsrechtspflege oder Verwaltungsjustiz) ist gleichbedeutend mit der Entscheidung von Streitigkeiten, die aus der Anwendung der Verwaltungsgesetze entstehen. Das Ziel der Verwaltungsrechtspflege ist ein dreifaches:

1. Der Rechtsschutz des Bürgers.

Keine Rechtsordnung kann sich der Verpflichtung entziehen, zur Sicherung der Rechte und Ansprüche des Privaten gegenüber dem Staat besondere Institutionen zu schaffen. Nicht jede Epoche hat indessen die subjektiven Rechte des Individuums und mit ihnen auch den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen gegenüber rechtswidrigen Anordnungen der Behörden gleich gewertet. Aus der Verschiedenheit der Anschauungen über die Stellung des Bürgers in der Rechtsordnung ergeben sich zwangsläufig verschiedene Auffassungen über die Ausgestaltung

³⁾ Vgl. hiezu von der eingangs zitierten allgemeinen Literatur insbesondere: Albisser, S. 11; Blumenstein, S. 26 ff.; Fehr, S. 23 ff.; Inderbitzin, S. 1; Müller, S. 8 ff.; Schollenberger, Bd. III, S. 191; Stadelhofer, S. 1 ff.

des Rechtsschutzverfahrens. Was den modernen Rechtsstaat kennzeichnet, ist der starke Ausbau der institutionellen Sicherungen gegen Übergriffe und Willkürakte des Staates.

2. Die Gewährleistung der Rechtssicherheit.

Die Schaffung klarer und sicherer Rechtsverhältnisse ist eine notwendige Aufgabe jeder Rechtsordnung. So wenig wie irgendein anderes Gesetz können die Verwaltungsgesetze vollständig sein. Zahlreiche Zweifelsfragen finden erst in der Praxis der rechtsanwendenden Behörden ihre Abklärung. Indem sie im Einzelfall zugleich Allgemeingültiges festlegt, ist die Verwaltungsrechtspflege berufen, ihren Beitrag zur Garantie der staatlichen Rechtssicherheit zu leisten.

3. Die Weiterbildung des Rechtes.

«Jedes Gericht wendet in der Rechtsprechung nicht nur geltendes Recht an, sondern es schafft neues Recht.» Mit diesen Worten hat vor sechs Jahrzehnten bereits Speiser auf die rechtsgestaltende Wirkung der Administrativjustiz hingewiesen⁴⁾). Im richterlichen Recht, in der Praxis der Verwaltungsorgane vollzieht sich ein Teil der dauernd notwendigen Weiterbildung der verwaltungsrechtlichen Ordnung.

* * *

Aus dieser dreifachen Zielsetzung der Verwaltungsjustiz ergibt sich die dem Verwaltungsgesetzgeber gestellte Aufgabe. Er hat zwischen den drei verschiedenen Anliegen einen Ausgleich zu suchen. Je nachdem, welchen Gesichtspunkt er in den Vordergrund rückt, wird er sich für eine andere Organisations- und Verfahrensform entscheiden. Von der Bewertung der Grundfunktion der Verwaltungsrechtsprechung hängt die Stellungnahme zu den

⁴⁾ Speiser, Die Verwaltungsrechtspflege in den schweizerischen Kantonen, S. 548.

praktischen Einzelfragen (so etwa zum umstrittenen Problem der *Reformatio in peius*^{4a}) ab. Unter dem unverkennbaren Einfluß der deutschen Literatur^{4b}) hat die neuere schweizerische Verwaltungsrechtslehre vor allem und oft ausschließlich die Rechtsschutzfunktion der Verwaltungsrechtspflege betont^{4c}); damit hat sie zu einer vielfach einseitigen Betrachtung geführt.

II. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege.

Die begriffliche Trennung zwischen Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege hat in der Verwaltungsrechtslehre außerordentliche Schwierigkeiten bereitet. Für die hier zu beurteilende Frage — die praktische Frage nach der Ausgestaltung der Verwaltungsjustiz — kommt es indessen nicht darauf an, wie sich diese Differenzierung begrifflich durchführen läßt und ob sie grundsätzlich haltbar ist oder nicht. Unabhängig von jeder rechtsdogmatischen Betrachtung zeigt die Erfahrung, daß zwischen den herkömmlicherweise mit Verwaltung und Verwaltungsjustiz bezeichneten

^{4a)} Das Problem der *Reformatio in peius* ist ein Schulbeispiel für die Überspitzung der juristischen Dogmatik (vgl. z.B. Früh und Schmid in «Schweizerische Juristenzeitung», 1947, S. 133 ff.). Im Grunde hängt der Entscheid ausschließlich von der Bewertung der Grundfunktionen der Verwaltungsrechtspflege ab. Betont man ausschließlich oder vorwiegend den Rechtsschutzgedanken, dann muß man gegen die *Reformatio in peius* Stellung nehmen; anerkennt man hingegen auch die übrigen Funktionen der Verwaltungsrechtspflege (Gewährleistung der Rechtssicherheit, Weiterbildung des Rechts), dann verlangt dies konsequenterweise die Zulassung der *Reformatio in peius*.

^{4b)} So lautet der erste Satz der bekannten Schrift von Georg Meyer «Der Staat und die erworbenen Rechte» folgendermaßen: «Die erste und bedeutsamste Aufgabe des Staates ist die Gewährung von Rechtsschutz.»

^{4c)} Ähnlich wie Meyer beginnt Fleiner seinen programmatischen Aufsatz über die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit mit folgenden Worten: «Der Bürger, der sich über Mißgriff und Willkür der Verwaltungsbehörden des Bundes beklagen will, findet zur Stunde nur einen sehr unvollkommenen Rechtsschutz» (NZZ. vom 27. 5. 1921, Nr. 764).

Funktionen Zusammenhänge und Wechselwirkungen bestehen. Eine Form der Verwaltungsjustiz, die zum Beispiel in kompromißloser Weise der Forderung nach individuellem Rechtsschutz gerecht werden will, hat zwangsläufig ihre schwerwiegenden Rückwirkungen auf die gesamte Tätigkeit der Verwaltungsbehörden. Sie kann die Wirksamkeit alles verwaltungsmäßigen Handelns und Planens gefährden und in Frage stellen. Welches die angemessene Form der Verwaltungsjustiz sei, darf nicht allein danach beurteilt werden, welche Organisation der eigentlichen Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung — der Sicherung des Rechtsschutzanspruches des Bürgers, der Garantie der Rechtssicherheit und der Fortgestaltung der Rechtsordnung — am besten entspricht. Auch das Interesse an einer sachgemäßen und wirksamen Erfüllung der dem Staat obliegenden Verwaltungsaufgaben verlangt nach einer ganz bestimmten Ausgestaltung der Verwaltungsjustiz; vor allem ergeben sich zwei negative Richtlinien:

- Einmal darf die Verwaltungsrechtsprechung nicht zu einer Einengung der zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben unbedingt erforderlichen Bewegungsfreiheit der Verwaltungsbehörden führen;
- Sodann soll das Verwaltungsjustizverfahren ein ökonomisches sein: es sollen nicht durch die Rechtsprechung auf Kosten aller übrigen Anliegen die hauptsächlichsten Kräfte und Mittel des Staatsapparates beansprucht werden.

III. Der Zusammenhang zwischen den Formen der Verwaltungsjustiz und der materiellen Verwaltungsgesetzgebung.

Es ist ein fundamentales Anliegen jeder Rechtsordnung, daß ihre verschiedenen Teile aufeinander abgestimmt, einander angepaßt sind. Das gilt insbesondere für die Beziehungen zwischen dem materiellen Recht und dem Verfahrensrecht. Die Verwaltungsrechtspflege muß ent-

sprechend dem Charakter der materiellen Verwaltungsgesetzgebung ausgestaltet sein. Wird dieser elementare Zusammenhang verkannt, so besteht die Gefahr, daß das Gefüge des Ganzen gestört werde und daß das Recht teilweise unverwirklicht bleibe.

Diese Gefahr hat sich in der heutigen verwaltungsrechtlichen Ordnung zur fühlbaren Spannung entwickelt. Sie ist der Grund, weshalb die Formen der Verwaltungsjustiz in Bund und Kantonen sowohl für den Juristen wie für den Bürger zum Problem geworden sind. In kaum einem anderen Bereich des schweizerischen Rechtes haben sich in den letzten Jahrzehnten derart tiefgreifende und einschneidende Wandlungen vollzogen wie in der materiellen Verwaltungsgesetzgebung. Die Formen des Verwaltungsprozesses, der Verwaltungsrechtspflege, haben aber im allgemeinen keine entscheidenden Änderungen erfahren; ihre innere Übereinstimmung mit dem neuen Geist und den neuen Tendenzen der materiellen Verwaltungsgesetze ist daher nicht mehr in genügender Weise vorhanden.

Der Zusammenhang zwischen der materiellen Verwaltungsgesetzgebung und den Institutionen der Verwaltungsrechtspflege ist der notwendige Ausgangspunkt, um die heute in der Verwaltungsrechtspflege unleugbar vorhandenen Unzulänglichkeiten zu verstehen. Im folgenden Abschnitt sei daher in knappen Zügen dargetan, in welchem Sinn sich während der letzten Jahrzehnte die materielle Verwaltungsgesetzgebung weiterentwickelt hat. Daraus wird sich im Verlauf der weiteren Untersuchungen ergeben, wo sich in der praktischen Rechtsverwirklichung Mängel zeigen mußten und in welcher Richtung Reformen anzustreben sind.

IV. Die Entwicklung der materiellen Verwaltungsgesetzgebung.

Die Wandlungen, die sich seit der Mitte, vor allem aber seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts in der

Verwaltungsgesetzgebung der schweizerischen Kantone vollzogen haben, lassen sich unter vier Gesichtspunkten kennzeichnen.

1. Ausdehnung und Vermehrung der gesetzlichen Erlasse^{4d)}.

Diese Erscheinung ist am augenfälligsten. Weite Bereiche der heutigen öffentlichen Tätigkeit hat sich der Staat erst in neuerer und neuester Zeit erschlossen.

- Das gilt einmal für die verschiedenen Formen des öffentlichen Versicherungswesens: die Sozialversicherung, die Brandversicherung, die Beamtenversicherung und die Viehversicherung;
- das gilt ferner für fast die gesamte Landwirtschaftsgesetzgebung, vor allem für die Maßnahmen zur Boden- und Produktionsverbesserung;
- das gilt aber auch für weite Teile des öffentlichen Unterstützungsreiches, vor allem für das Subventionswesen und große Bereiche des Fürsorgewesens;
- das gleiche gilt schließlich auch für die polizeiliche Überwachungstätigkeit des Staates: zahlreiche polizeiliche Vorschriften, zum Beispiel diejenigen über die Ausübung besonderer Berufs- und Erwerbszweige oder über die private Bautätigkeit, sind zumeist erst in neuerer und neuester Zeit entstanden.

2. Die Vermehrung und Differenzierung der verwaltungsrechtlichen Eingriffsformen.

Mit dem Anwachsen der kantonalen Verwaltungsgesetzgebung hat sich auch ihr innerer Charakter verändert. Das lässt sich in mehrfacher Hinsicht feststellen. Einmal haben sich da, wo der Staat dem Einzelnen gebietend und verbietend gegenübertritt, die verwaltungsrechtlichen Ein-

^{4d)} Hiezu Gmür in Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 48, S. 177 ff.

griffsformen stark vermehrt und differenziert. Charakteristisch für die kantonale Verwaltungsgesetzgebung aus dem vorigen Jahrhundert ist das Bestreben, die Eingriffsmöglichkeiten des Staates auf wenige klare Grundtypen zu reduzieren; dem Grundeigentümer zum Beispiel konnte man das Eigentum durch Expropriation entziehen, man konnte es mit Beiträgen belasten, oder man konnte dem Eigentümer die für die Ausübung bestimmter Eigentumsbefugnisse erforderliche polizeiliche Bewilligung verweigern. An die Stelle dieser wenigen verwaltungsrechtlichen Grundtypen in der Beschränkung der privaten Freiheit ist immer mehr eine Vielzahl von differenzierten Zwischenformen und von völlig neuen Typen getreten. Es sei erinnert an die in Form und Inhalt kaum mehr zu überschende Vielheit von Geboten und Verboten, die heute auf dem Grundbesitz lasten.

3. Die Veränderung der Verwaltungsgesetzgebung durch die Entwicklung zum Sozialstaat.

Nicht nur die Eingriffsformen haben sich vermehrt. Noch in einer anderen Richtung hat die moderne Verwaltungsgesetzgebung einen neuen Charakter erhalten. Neben die im vorigen Jahrhundert dominierende, sich im Erlaß von Geboten und Verboten äußernde Verwaltungstätigkeit, die sogenannte Eingriffsverwaltung, ist in immer stärkerem Maße jener Bereich der staatlichen Arbeit getreten, in welchem der Staat helfend, fürsorgend, unterstützend und fördernd auftritt. Man denke an alle jene öffentlichen Einrichtungen, die man in der Verwaltungsrechtswissenschaft als Anstalten bezeichnet. Man denke aber auch an die immer neuen Formen staatlicher Fürsorge und staatlicher Wirtschaftsförderung. Hier geht es nicht um eine Beschränkung der Rechtssphäre des Einzelnen. Es geht im Gegenteil darum, dem Bürger immer festere Ansprüche gegen den Staat und die Allgemeinheit einzuräumen.

4. Die «Engmaschigkeit» der modernen Verwaltungsgesetze.

Noch in anderer Hinsicht hat sich der innere Gehalt der modernen Verwaltungsgesetzgebung verändert: die gesetzlichen Erlasse sind sehr viel eingehender, vollständiger und inhaltlich differenzierter, man möchte sagen «engmaschiger» geworden.

Vielleicht am deutlichsten erscheint diese Wandlung im Finanzrecht. Eine Reihe von Steuergesetzen aus dem vorigen Jahrhundert — unter ihnen das bis 1917 geltende zürcherische Steuergesetz von 1870 — haben das gesamte materielle Steuerrecht in einem Dutzend Gesetzesparagraphen geordnet. Darin war umfassend über die Besteuerung von Einkommen und Vermögen sowohl der natürlichen wie der juristischen Personen bestimmt. In Appenzell I.-Rh. bestanden bis 1919 die geschriebenen Rechtsgrundsätze über die direkten Steuern in einer einzigen lapidaren Vorschrift der Kantonsverfassung und in einem knappen Ausführungsreglement. Ähnliches lässt sich im Bereich der Polizeigesetzgebung feststellen. Zahlreiche kantonale Polizeigesetze — vereinzelt stehen sie heute noch in Geltung — schrieben zwar wohl vor, welche Behörde in einem bestimmten Sachbereich polizeiliche Verfügungen erlassen darf; über den Inhalt der zu treffenden Anordnungen wurde indessen nichts oder nur sehr wenig gesagt.

So war im vorigen Jahrhundert vor allem das materielle Verwaltungsrecht außerordentlich lückenhaft. Der Gesetzgeber begnügte sich damit, die allgemeinen Eingriffsformen zu typisieren und die äußersten Grenzen der behördlichen Befugnisse abzustecken. Um den genauen Inhalt der im Einzelfall zu erlassenden Anordnungen kümmerte er sich wenig. Das prägte sich vielfach schon im Gesetzaufbau aus; eine außerordentlich verbreitete Gesetzestechnik des vorigen Jahrhunderts ging dahin, in den Verwaltungsgesetzen die organisatori-

schen Vorschriften und die Verfahrensregeln an den Anfang zu stellen. Das bringt zum Ausdruck, worin der Gesetzgeber seine hauptsächlichste Aufgabe erblickte. Angesichts der Lückenhaftigkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen blieb den gesetzesanwendenden Behörden ein sehr weiter freier Raum. Innerhalb dieses Rahmens haben die Verwaltungsbehörden in der Regel nach einer Lösung gesucht, die einen allzu harten Gegensatz zu den Interessen und der Stellungnahme der betroffenen Privaten vermeiden ließ. Die Verwaltungspraxis war früher in gewissem Sinne beweglicher als heute; vom Privaten aus betrachtet mochte sie im Einzelfall oft als entgegenkommender empfunden werden.

§ 2. Die zivilgerichtliche Verwaltungsrechtsprechung⁵⁾.

Zivilgerichtliche Verwaltungsjustiz bedeutet Erledigung von Verwaltungsstreitigkeiten in den Formen des Zivilprozesses. Die Auseinandersetzung vollzieht sich in einem

⁵⁾ An besonderer Literatur sei genannt: Giacometti, Z., Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstitutionen, 1924; Hablützel, J., Die Abgrenzung der Administrativstreitsache von der Zivilprozeßsache im zürcherischen Recht, Zürcher Dissertation, 1911; Hungerbühler, Die prinzipielle Abgrenzung zwischen Rechts- und Verwaltungssachen im Kt. Zürich und die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 16, S. 113 ff.; Kistler, H., Abgrenzung zwischen der Zivilprozeßsache und der Verwaltungsstreitsache nach kantonal-bernischem Recht, Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bd. 4, S. 145 ff.; Raschle, Zivilprozeßsache und Verwaltungsstreitsache im aargauischen Rechtsgang, Festgabe f. Fritz Fleiner, 1937; Speiser, P., Die Kompetenzen der Gerichte in Verwaltungssachen im Kanton Basel-Stadt, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 8, S. 117 ff.; Werner, G., La notion judiciaire des contestations administratives, Festgabe für Fritz Fleiner, 1927, S. 352 ff.; der selbe, Le contrôle judiciaire à Genève, 1917. — Von der früher zitierten allgemeinen Literatur vgl. insbesondere: Albisser, S. 57 ff.; Blumenstein, S. 15 ff., 60 ff.; Fehr, S. 106 ff.; Inderbitzin, S. 15/95; Schollenberger, Bd. III, S. 199; Schwyzer, S. 209; Stadelhofer, S. 63 ff.

Verfahren, das von den Grundsätzen der Partei-Maxime beherrscht ist. Die Einleitung des Rechtsstreites erfolgt durch Klage, nicht durch Rekurs. Das besagt, daß nicht (wie im Falle des Rekurses) die Überprüfung des von einer anderen Instanz getroffenen Entscheides Gegenstand des Streitverfahrens bildet: das Gericht ist vielmehr berufen, unmittelbar über einen materiellrechtlichen Anspruch zu urteilen.

I. Ursprung und Rechtfertigung der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz.

Die Verfassungen der Regenerationszeit bezeichnen in den Kantonen den Beginn der modernen rechtsstaatlichen Entwicklung. Obwohl in einigen kantonalen Grundgesetzen aus den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts (zum Beispiel in der zürcherischen Verfassung von 1831) unter den Obliegenheiten des Regierungsrates ausdrücklich auch die Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Verwaltungsfach aufgeführt wurde, unterschied sich das durch die Regeneration neu geschaffene System der Verwaltungsrechtspflege sehr stark von der späteren und der heutigen Ordnung. Die Befugnisse der Verwaltungsbehörden zum Entscheid von Verwaltungsstreitigkeiten waren beschränkt durch die weitgehenden Kompetenzen, die den Zivilgerichten im Bereich der Verwaltungsrechtspflege eingeräumt waren. Das galt vor allem für die Kantone Zürich, Luzern, Baselland, Aargau, Thurgau und St. Gallen.

Es wurden in den schweizerischen Kantonen wohl nie Verwaltungsgesetze geschaffen, die in diesem Maße die kompromißlose Verwirklichung einer ganz bestimmten rechtswissenschaftlichen Doktrin brachten wie die Verwaltungsjustizgesetze der Regenerationszeit. Vor allem trifft dies zu für das heute noch geltende (durch die neuere Gesetzgebung allerdings zum großen Teil überholte) zürcherische Gesetz über die Streitigkeiten im Verwaltungsfach vom 23. Juni 1831, durch das auch die Gesetzgebung

anderer Kantone sehr stark beeinflußt worden ist. In betonter Anlehnung an die justizstaatlichen Theorien der deutschen Rechtswissenschaft — an die Konzeption der erworbenen Rechte einerseits und an die sogenannte Fiskustheorie anderseits — übertrug es einen großen Teil der Administrativstreitigkeiten, vor allem jene Streitfälle, die erworbene Rechte des Bürgers berühren, den Zivilgerichten. Scheinbar noch weitergehend als in Zürich sind allerdings in anderen Ständen, zum Beispiel in St. Gallen, die Zivilgerichte sogar bezüglich aller Streitigkeiten zwischen Privaten sowie zwischen Bürger und Staat als die präsumptiv zuständigen Behörden bezeichnet worden. Berücksichtigt man indessen die Sondervorschriften, durch die auch in den Kantonen mit einer scheinbaren Generalklausel im Sinne der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz regelmäßig bestimmte öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, vor allem solche polizeilicher Natur, den Verwaltungsbehörden zugewiesen waren, so läßt sich sagen, daß auch in diesen Ständen der wirkliche Kompetenzbereich der Zivilgerichte ungefähr der gleiche war wie in den durch die zürcherische Gesetzgebung beeinflußten kantonalen Ordnungen. Die vielfach unbesehene Übernahme außerkantonalen Rechtes und die kompromißlose Verwirklichung der justizstaatlichen Doktrin kennzeichnen die Leichtigkeit, mit der im Zuge der liberalen Erneuerung von 1830/31 in den schweizerischen Kantonen neue Gesetze geschaffen wurden.

Der Grundgedanke der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz ist der — und hierin ist der innere Zusammenhang dieser Form der Verwaltungsrechtsprechung mit der liberalen Bewegung des vorigen Jahrhunderts unverkennbar —, unter Hintersetzung aller anderen Anliegen dem Bürger einen größtmöglichen Schutz seiner individuellen Rechte zu gewährleisten. Der unabhängige Richter wurde zum Garant der Rechte des Einzelnen. Zu keinem anderen Zeitpunkt bildete die Sicherung der persönlichen Rechtssphäre so sehr das zentrale Anliegen der Verwaltungs-

justiz wie unter der Herrschaft der Regenerationsverfassungen. Auch hier offenbart sich der Zusammenhang zwischen Verwaltungsrechtspflege und materieller Verwaltungsgesetzgebung. Kann man die materielle Verwaltungsgesetzgebung aus der Regenerationszeit dahin kennzeichnen, daß sie die Einwirkungsmöglichkeiten des Staates auf möglichst wenige Sachgebiete und auf wenige klar umrissene Eingriffsformen zu beschränken suchte, so muß die Verfahrensordnung dahin charakterisiert werden, daß sie überall da, wo dem Staat ein solches Eingriffsrecht zugesanden wurde, die Zivilgerichte einzuschalten suchte. Materielle Verwaltungsgesetzgebung und Verwaltungsrechtspflege waren in diesem Sinne vollendet aufeinander abgestimmt.

II. Der Abbau der zivilgerichtlichen Verwaltungsrechtsprechung.

Die vielfach überspitzte Betonung des Gedankens der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle mußte einer zwangsläufigen Gegenbewegung rufen. In den meisten deutsch-schweizerischen Kantonen läßt sich seit dem vorigen Jahrhundert ein sukzessiver Abbau der Kompetenzen der ordentlichen Gerichte im Bereich der Verwaltungsrechtsprechung feststellen. Die Erklärung hiefür ist eine doppelte.

Einmal führte der Übergang von der liberalen zur demokratischen Staatsanschauung notwendigerweise zu einer anderen Wertung der Arbeit der Verwaltungsbehörden, vor allem der kantonalen Regierungen. Die «Ausdehnung der richterlichen Gewalt auf Kosten der vollziehenden Gewalt⁶⁾» war der Ausdruck eines unverkennbaren Mißtrauens gegen die Inhaber der kantonalen Staatsmacht. Je mehr die demokratische Bewegung das Bewußtsein vertiefte, daß auch die Exekutive ihre Autorität unmittelbar aus den Händen des Volkes schöpft und dem Volk verantwortlich bleibt, desto weniger war ein System der Ver-

⁶⁾ Speiser, (vgl. oben Anm. 5), S. 123.

waltungsrechtspflege innerlich haltbar, das die individuellen Interessen in dieser betonten Weise zu den Bestrebungen der Verwaltung in Gegensatz brachte. Die politischen Behörden beklagten sich denn auch vielfach offen darüber, daß die Zivilgerichte nur allzu leicht dem Bürger gegen den Staat Recht geben ⁷⁾).

Nicht weniger aber als diese Veränderung der politischen Auffassungen waren es aus der praktischen Anschauung geschöpfte Erfahrungen, die die Bestrebungen auf Einengung der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz förderten. In dreifacher Beziehung hat sich nach dem einmütigen Urteil der Wissenschaft und der Praxis erwiesen, daß die zivilgerichtliche Verwaltungsjustiz in ihrer praktischen Funktion nicht zu befriedigen vermag:

a) Es zeigte sich vor allem, daß der Richter, insbesondere der erinstanzliche Richter, kaum in der Lage ist, mit genügender Sachkenntnis und mit genügendem Verständnis für die Besonderheiten des öffentlichen Rechtes über Verwaltungsstreitigkeiten von allgemeiner Tragweite zu urteilen. Wenn in der deutschen Verwaltungsrechtslehre als eines der hauptsächlichsten Bedenken gegen die zivilgerichtliche Verwaltungsjustiz geltend gemacht wurde, daß diese Form der Verwaltungsrechtspflege zu einer «zu zivilistischen» Konzeption des öffentlichen Rechtes führe, so ist dies allerdings eine einseitige und eine zu doktrinäre Be trachtung. Nicht die zu starke Anlehnung an zivilrechtliche Begriffe und Auslegungsregeln macht in der Praxis die Unzulänglichkeit der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle aus. Viel eher muß der Mangel darin gesehen werden, daß die Rechtsprechung überhaupt jeder inneren Konstanz und jeder klaren Richtung entbehrt. Das tritt vor allem da in Erscheinung, wo der Zivilrichter nicht nur (wie zum Beispiel in Streitigkeiten über die Rückforderung von Unterstützungsleistungen) eine einzelne Sonderfrage des öffentlichen Rechtes zu beantworten hat, sondern wo vor-

⁷⁾ Zum Beispiel Buser (oben Anm. 1), S. 15.

ausgesetzt wird, daß er (wie zum Beispiel in Steuerstreitigkeiten) einen ganzen weiten Bereich der Verwaltungsgesetzgebung zu überblicken vermag.

b) Weiter erwies sich aber auch, daß sich der von der Parteimaxime beherrschte Zivilprozeß nicht für öffentlich-rechtliche Streitfälle eignet. Das Verfahren ist sowohl für den Bürger wie für die Verwaltung zu beschwerlich. Es ergab sich die sonderbare Situation, daß gerade jene Form der Verwaltungsjustiz, die die Rechte des Einzelnen in größtmöglicher Weise sichern wollte, den Privaten praktisch an einer wirksamen Wahrnehmung seiner Rechte hinderte. In jenen Kantonen, in denen heute noch gewisse öffentlich-rechtliche Streitfälle vom Privaten vor den Zivilrichter gebracht werden können, zeigt sich, daß der Private oft lieber den Verlust seines Anspruches in Kauf nimmt, als sich für einen oft geringen Streitwert der beschwerlichen Prozedur vor dem Zivilrichter zu unterziehen. Diese Erfahrung wird namentlich da gemacht, wo Ansprüche des Bürgers an eine Korporation oder an ein bürgerliches Nutzungsgut von den Zivilgerichten beurteilt werden. Das gleiche Mißbehagen vor dem Zivilprozeß empfindet aber in der Regel auch die Verwaltung. Vor allem empfindet sie es dann, wenn sie selbst Klage erheben muß; aber auch wenn ihr die Beklagtenrolle zufällt, ist es im allgemeinen ihre Tendenz, dem Prozesse auszuweichen. Im Kanton St. Gallen zum Beispiel sind Streitigkeiten über Erbschaftssteuern (gleich wie früher auch in anderen Kantonen) heute noch vor dem Zivilrichter auszutragen; das-selbe galt im Kanton St. Gallen bis vor drei Jahren für die Vermögenssteuern. In der Praxis verhält es sich so, daß die Beteiligten jeweils alles unternahmen, um durch gegenseitige Einigung einen gerichtlichen Streitfall zu vermeiden. Es soll im Kanton St. Gallen denn auch alle paar Jahre einmal vorkommen, daß ein Erbschaftssteuerprozeß vor die Zivilgerichte gelangt; — das stimmt nicht ganz mit der Beharrlichkeit und Gründlichkeit überein, mit der in anderen Kantonen bis vor die letzte Instanz um die Ver-

anlagung der Erbschaftssteuer gestritten wird. — Widerspruchsvoll erscheint die Anwendung zivilprozessualer Formen auf Verwaltungsstreitigkeiten sodann vor allem da, wo dem Verfahren vor dem Zivilrichter ein Administrativverfahren vorausgeht: die Verwaltungsbehörde verfährt nach den Grundsätzen der Offizialmaxime; das Gericht (die nächste Instanz) beurteilt die gleiche Sache unter dem Gesichtspunkt der Parteimaxime⁸⁾.

c) Ein drittes Ergebnis der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle bezieht sich vor allem auf jene Kantone, die nach dem Vorbild Zürichs und unter Anlehnung an bestimmte Thesen der deutschen Rechtswissenschaft Streitigkeiten über sogenannte erworbene Rechte den Zivilgerichten zur Beurteilung übertragen hatten. Diese (in ihrer Konzeption allzu doktrinäre) Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Justiz und Verwaltung erwies sich als praktisch undurchführbar. Nicht nur entstanden, wie die zahlreichen Kompetenzkonflikte beweisen, viele und oft kaum befriedigend lösbar Differenzen über die Zuständigkeitsfrage im Einzelfall; sehr oft mußte überdies eine Angelegenheit für je eine Teilfrage sowohl den Gerichten wie den Verwaltungsbehörden vorgelegt werden, um zu einer Lösung des gesamten Streitfalles zu gelangen⁹⁾. Aber auch dann, wenn für die Zuständigkeit der Zivilgerichte nicht der Gesichtspunkt des erworbenen Rechtes maßgeblich ist, zeigt sich in der Praxis eine starke Un-

⁸⁾ Vgl. zum Beispiel die Verhältnisse in der Steuerjustiz des Kantons Schwyz; Flüeler, B., Schwyzer Steuergesetze, 1947, S. 37, N. 4.

⁹⁾ Verwaltungspraxis des Kts. St. Gallen, Bd. I, Nr. 79; Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Bd. 7, Nr. 36; Rechenschaftsbericht des zürch. Regierungsrates, 1939, S. 279, Nr. 22. — Der Gesichtspunkt, alle Streitigkeiten über erworbene Rechte dem Zivilrichter zu übertragen, führt insbesondere dazu, daß mitunter in der gleichen Angelegenheit der Richter über die Leistungspflicht, die Verwaltungsbehörde aber über die Leistungshöhe zu urteilen hat.

sicherheit¹⁰⁾). Über das Grundsätzliche der Abgrenzung von Verwaltungsweg und Rechtsweg besteht im allgemeinen wenig Klarheit; im Einzelfall werden die phantasievollsten Thesen vertreten^{10a)}.

Die mit dem System der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle verbundenen praktischen Nachteile sind derart groß, daß in zahlreichen Kantonen die Praxis unverhohlen versuchte, durch eine möglichst restriktive Interpretation der gesetzlichen Kompetenzbestimmungen die verwaltungsrechtlichen Zuständigkeiten der ordentlichen Gerichte einzuengen. Ja es fehlt sogar nicht an Beispielen, daß die Verwaltungsbehörden entgegen dem Wortlaut eines noch geltenden Gesetzes den Zivilgerichten die Beurteilung von Verwaltungsstreitigkeiten abgenommen haben.

¹⁰⁾ Selbst darüber, wer (Zivilrichter oder Verwaltungsbehörde) in verbindlicher Weise das Bürgerrecht einer Person feststellen kann, herrscht in den Kantonen vielfach Ungewißheit; vgl. Imboden, Der Entscheid in Bürgerrechtsstreitigkeiten, Separatabdruck aus der Zeitschrift für Zivilstandswesen, 1945, Heft 12, S. 7. So feststehend ferner der Grundsatz ist, daß über Beamtenlohnstreitigkeiten der Richter befindet, so ungewiß bleibt es, was unter einer Lohnstreitigkeit aus dem Beamtenverhältnis zu verstehen ist. Wer hat zum Beispiel zu entscheiden, wenn es streitig ist, ob einem Beamten wegen ungenügender Leistung oder wegen eines Disziplinarvergehens der Gehalt gekürzt oder die ordentliche jährliche Lohnaufbesserung sistiert werden darf? Die Praxis läßt hierüber jede klare Richtlinie vermissen.

^{10a)} Eine grundsätzliche Schwierigkeit entsteht daraus, daß mitunter der behördliche Akt, der die Veranlassung zur Klageerhebung beim Zivilrichter bietet, auf dem Verwaltungsweg weitergezogen werden kann. So bestimmt zum Beispiel der § 72 Abs. 2 des Zürcherischen Gemeindegesetzes, daß gegen die Entlassung eines Gemeindebeamten an die Aufsichtsbehörde zu rekurrieren ist. Unabhängig davon bildet aber die ungerechtfertigte Entlassung einen Tatbestand, der das Gemeinwesen zu Schadensersatz verpflichtet und der somit dem entlassenen Beamten die Einreichung einer Klage beim Zivilrichter ermöglicht. Vgl. hiezu Rekurspraxis des Kantons Graubünden, Bd. II, Nr. 805; Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 35, S. 449; Bd. 48, S. 186.

III. Das Verfahren der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle.

Nach den konsequenten justizstaatlichen Anschauungen, wie sie in der Regeneration zum Durchbruch gelangten, sollten Verwaltungsstreitigkeiten vor den Zivilgerichten grundsätzlich im gleichen Verfahren ausgetragen werden wie private Streitigkeiten: hatte sich der Staat geweigert, einem Begehr des Bürgers zu entsprechen, so stand es dem Privaten jederzeit frei, den Richter anzu rufen; sprach umgekehrt der Bürger einer vom Staat an ihn gestellten Forderung die Berechtigung ab, so mußte der Staat zur Weiterverfolgung seines Anspruches beim erstinstanzlichen Richter — auch von der Angehung des Friedensrichters bzw. des Vermittlers war der Staat vielfach nicht befreit — Klage erheben. Eine Besonderheit bestand im Kanton Aargau: Hier waren seit 1831 die Bezirksgerichte in Verwaltungsstreitigkeiten ausgeschaltet. Die Klage war beim Bezirksgerichtspräsidenten anhängig zu machen; entscheidende Instanz war indessen das Obergericht. Eine ähnliche, allerdings sehr viel weniger ausgeprägte und anfänglich nur angedeutete Tendenz, die Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten dem zweitinstanzlichen Richter vorzubehalten, läßt sich seit der Regenerationszeit auch in einigen anderen Kantonen feststellen.

Durch die Ausschaltung der Bezirksgerichte war im Kanton Aargau ein Verfahren gewährleistet, das die der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz inhärenten Mängel sehr viel weniger hart in Erscheinung treten ließ und das zugleich eine organische Weiterentwicklung der Verwaltungsjustiz im Sinne des modernen Postulates der Verwaltungsgerichtsbarkeit erleichterte. Es ist daher kein Zufall, wenn es gerade der Kanton Aargau ist, der von allen deutschschweizerischen Kantonen in seiner späteren Rechtsentwicklung am stärksten dem in der Regeneration geschaffenen System der Verwaltungsrechtspflege ver-

bunden blieb. Mehr und mehr haben aber auch andere Kantone versucht, in der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz (zum Beispiel in Streitigkeiten über Bemessung der Expropriationsentschädigung) durch Ausschaltung der unteren Gerichtsinstanzen ein den praktischen Bedürfnissen besser angepaßtes Verfahren zu schaffen.

Noch in anderer Richtung hat das für Zivilstreitigkeiten vorgesehene Verfahren in manchen Kantonen — nicht in allen — im Hinblick auf die besonderen Bedürfnisse des Verwaltungsprozesses eine Abwandlung erfahren: dem Klageverfahren wurden in immer stärkerem Maße Elemente des Beschwerdeverfahrens eingefügt. So wurde vielfach das Recht, gegen eine Weigerung der Behörde den Richter anzurufen, befristet. Noch weitergehend ist mitunter die Klageerhebung von der vorherigen Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges abhängig gemacht worden. In einigen Kantonen (zum Beispiel in St. Gallen, Zug und Schwyz) konnten und können zum Teil heute noch bestimmte Verwaltungsstreitigkeiten, insbesondere Steuerstreitigkeiten, erst dann vor die Zivilgerichte gebracht werden, wenn sie zuvor durch Rekurs an die oberste kantonale Verwaltungsbehörde weitergezogen wurden. Damit bleibt die zivilgerichtliche Verwaltungskontrolle grundsätzlich zwar bestehen. Praktisch erfährt sie insofern eine Beschränkung, als die weitaus größte Zahl aller Streitfälle im vorausgehenden Administrativverfahren endgültig erledigt wird. Wo dieses System heute noch besteht, gelangen regelmäßig nur wenige Prozent aller Streitigkeiten vor den Richter. Daß aber dennoch diese Form der Verwaltungsjustiz nicht zu befriedigen vermag, bedarf kaum einer näheren Begründung. Abgesehen von der außerordentlichen Verlängerung des Instanzenweges — im Kanton Zug konnten zum Beispiel Steuerstreitigkeiten früher vor nicht weniger als fünf Instanzen gebracht werden — bedeutet es eine Verkehrung der normalen Ordnung, wenn über den Regierungsrat die erstinstanzlichen Gerichte gestellt werden. Damit wird nicht nur der Grundsatz von der besseren sach-

lichen Qualifikation der Oberinstanz mißachtet. Da sich zumeist mehrere Behörden von verschiedener örtlicher Zuständigkeit in die Funktion des erstinstanzlichen Richters teilen, wird zugleich die bei der Vorinstanz vorhandene Einheit der Rechtsprechung beim Zivilrichter wiederum aufgelöst¹¹⁾. Lediglich die Hoffnung auf die unvermeidlichen Ermüdungserscheinungen und die Verhandlungsbereitschaft der Litiganten, die einen Streitfall nur in den wenigsten Fällen ein halbes Dutzend Instanzen passieren lassen, kann nicht dazu führen, die grundsätzlichen Bedenken gegen dieses System zurücktreten zu lassen. Wenn der Kanton Schwyz auch in seinem neuesten Steuergesetz an diesem System festgehalten hat und gegenüber dem Entscheid der Steuerrekurskommission eine Anrufung des Zivilrichters zuläßt — immerhin mit der dem Kläger freigestellten Möglichkeit, den Rechtsstreit direkt beim Kantonsgericht anhängig zu machen —, so geschah dies weniger aus Überzeugung für die Richtigkeit dieser Lösung. Es handelt sich vielmehr um eine der Konzessionen, die gemacht werden mußten, um dem Gesetz eine annehmende Volksmehrheit zu sichern. In fast allen Kantonen, die Steuerstreitigkeiten vor die Zivilgerichte weisen, ist die antifiskalische Haltung der erstinstanzlichen Gerichte allgemein bekannt.

IV. Erfahrungen und Ergebnisse der heutigen zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz.

Die Bewegung, die nach einem Abbau der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz drängte, war mit dem demokratischen Verfassungsumbau in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts im wesentlichen abgeschlossen. So konnte Speiser¹²⁾ schon in den achtziger Jahren feststellen, daß

¹¹⁾ Vgl. zum Beispiel Schwyz, Zivilprozeßordnung § 43 Ziff. 5 Abs. 2: «Eine Ausnahme besteht in Steuerprozessen gegenüber dem Staat, der als Beklagter an dem Gerichtsstand des Klägers belangt werden kann.»

¹²⁾ Die Verwaltungsrechtspflege in den schweizerischen Kantonen, S. 551.

die ursprüngliche liberale Forderung, die Zivilgerichte in die Verwaltungsrechtsprechung einzuschalten, im gelgenden Recht nur noch wenige sichtbare Spuren hinterlassen habe. Und doch sind die Nachwirkungen des in der Regenerationszeit begründeten Systems der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz noch immer deutlich. Das zürcherische Verwaltungsstreitgesetz von 1831 und das entsprechende aargauische Gesetz von 1841 (es löste dasjenige von 1831 ab) stehen heute noch in Geltung. In der st.-gallischen Zivilprozeßordnung findet sich jetzt noch eine Vorschrift, wonach in allen Streitsachen die Zivilgerichte die präsumptiv zuständigen Behörden sind¹³⁾). Wenn diese Bestimmungen auch durch zahlreiche neuere Gesetze stark durchlöchert sind, so lassen sich doch bestimmte Gruppen öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten aufzeigen, die heute noch von den Zivilgerichten beurteilt werden.

a) Einem allgemeinen und ausnahmslos befolgten Grundsatz des schweizerischen Rechtes entspricht es, Schadenersatzforderungen der Privaten gegen öffentliche Körperschaften sowie gegen Funktionäre von öffentlichen Körperschaften durch die Zivilgerichte beurteilen zu lassen^{13a)}). Diese Regelung, die sich praktisch voll bewährt hat, rechtfertigt sich aus zwei Gründen: einmal drängt sie sich auf angesichts der engen Verbundenheit der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Staatshaftung. Eine frühere Auffassung ging dahin, überhaupt jeden Schadenersatzanspruch gegen den Staat und seine Beamten materiell als privatrechtlich zu qualifizieren. Wenn diese Anschauung

¹³⁾ «Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten für alle Zivil- und Verwaltungsstreitigkeiten, soweit nicht eidgenössische oder kantonale Vorschriften eine Ausnahme begründen» (Art. 1 der Zivilprozeßordnung).

^{13a)} Selbst im Kanton Basel-Stadt, dessen Verwaltungsgericht nach der Generalklausel konstituiert ist, fallen Schadenersatzstreitigkeiten in die Kompetenz des Zivilrichters. — Auch Schadenersatzstreitigkeiten gegen den Inhaber einer staatlichen Konzession unterliegen in allen Kantonen der Zivilgerichtsbarkeit.

in ihrer extremen Form heute auch aufgegeben ist, wirkt sie in der Gesetzgebung und in der Rechtsprechung doch noch unverkennbar nach. So sind bestimmte Haftbarkeitsansprüche gegenüber öffentlichen Körperschaften und öffentlichen Funktionären, obwohl sie grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur sind, von Bundesrechts wegen im gleichen Verfahren zu behandeln wie privatrechtliche Streitigkeiten¹⁴⁾. Es erscheint aber gegeben, auch andere Schadenersatzforderungen in demjenigen Verfahren zu beurteilen, in welchem gemäß den genannten bundesrechtlichen Vorschriften inhaltlich analoge Streitfälle entschieden werden. Eine gegenteilige Lösung würde zum sonderbaren Ergebnis führen, daß zum Beispiel ein zürcherischer Notar, wenn er als Konkursbeamter oder Grundbuchführer tätig war, vor den Gerichten, wenn er aber als Beglaubigungsbeamter tätig war, vor den Verwaltungsbehörden belangt werden müßte. Ebensowenig vermöchte es praktisch zu befriedigen, Schadenersatzansprüche aus der sogenannten gewerblichen Tätigkeit des Staates¹⁵⁾ durch die Gerichte, solche aus hoheitlicher Tätigkeit aber durch die Verwaltungsbehörden beurteilen zu lassen. Die Übertragung auch der typisch öffentlich-rechtlichen Haftbarkeitsansprüche an die Justiz ist sodann auch deshalb gerechtfertigt, weil die Zivilgerichte nach ihrer Zusammensetzung und Erfahrung zur Beurteilung derartiger Streitigkeiten am besten geeignet erscheinen. Die auch in öffentlich-rechtlichen Schadenersatzprozessen zu entscheidenden Fragen der Verschuldens, der Kausalität und des Schadens sind prinzipiell die gleichen, wie sie sich in jeder privatrechtlichen Haftpflichtstreitigkeit stellen.

b) Innerlich verwandt mit den Schadenersatzprozessen gegen den Staat sind Streitigkeiten über die Höhe von Expropriationsentschädigungen. Auch diese bilden herkömmlicherweise ein Reservat der Zivilgerichte, wenn

¹⁴⁾ Vgl. insbesondere ZGB Art. 430 Abs. 1; ferner auch ZGB Art. 42 und 955, SchKG Art. 5/6.

¹⁵⁾ OR Art. 61 Abs. 2.

ihnen zumeist auch ein Verwaltungsverfahren (Schätzungsverfahren) vorausgeht. Das Bild der kantonalen Judikatur in Enteignungsstreitigkeiten ist kaum ein sehr befriedigendes. Der Praxis mangelt zumeist die klare Linie; das Verständnis für die typischen Fragen der Zwangseignung ist nicht immer sehr ausgeprägt. Das bedeutet indessen keinen grundsätzlichen Einwand gegen die Übertragung der Enteignungsstreitigkeiten an die Zivilgerichte — wenigstens dann nicht, wenn diese Streitigkeiten (was nunmehr für zahlreiche Kantone zutrifft) unter Umgehung der ersten Instanz direkt beim Obergericht anhängig gemacht werden können. Die Fragwürdigkeit der kantonalen Rechtsprechung in Enteignungsstreitigkeiten liegt vielmehr darin begründet, daß das Gebiet eines einzelnen Kantons zumeist zu klein ist, um die Bildung einer festen Praxis zu ermöglichen. Selbst in großen Kantonen gelangen pro Jahr in der Regel nur einige wenige Streitfälle vor die Gerichte. In kleinen Kantonen vergehen oft Jahre, in denen überhaupt kein einziger Enteignungsfall den Gerichten zur Beurteilung überwiesen wird. In kaum einer anderen Kategorie von kantonalrechtlichen Streitsachen macht sich so sehr das Bedürfnis nach einem Rechtsmittel an eine eidgenössische Instanz geltend wie in den Enteignungsfällen. Will man nicht überhaupt eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des materiellen Enteignungsrechtes der Kantone in Betracht ziehen — eine Maßnahme, die zwar nicht befürwortet werden soll, die indessen angesichts der weitgehenden inhaltlichen Gleichartigkeit des kantonalen Enteignungsrechtes und seiner Beeinflussung durch das eidgenössische Expropriationsrecht kaum einen sehr schwerwiegenden Eingriff darstellen würde —, so bleibt auf alle Fälle zu erwägen, ob nicht gegenüber den Entscheidungen der kantonalen Obergerichte ein Weiterzugsrecht an das Bundesgericht eingeräumt werden sollte. Aufgabe des Bundesgerichtes müßte es sein, die richtige Anwendung des kantonalen Rechtes zu überprüfen. So sehr es im allgemeinen Bedenken erwecken muß, das Bundesgericht in

kantonalrechtlichen Streitigkeiten zum Verwaltungsgericht zweiter Instanz zu erklären, so sehr liegt gerade in Enteignungsstreitigkeiten angesichts der inneren Übereinstimmung der kantonalen Abtretungsgesetze und des qualifizierten Rechtsschutzinteressens auf Seiten des in seinen Eigentumsrechten betroffenen Bürgers eine derartige Lösung nahe¹⁶⁾.

c) Fast in allen Kantonen unterliegen sodann Streitigkeiten über den Beamtenlohn und vielfach auch über die Pensionsansprüche der Staatsbeamten der Überprüfung durch die Zivilgerichte. Die moderne Erkenntnis, daß diese Ansprüche öffentlich-rechtlicher Natur sind, hat an der Zuständigkeitsordnung nichts zu ändern vermocht. Diese Regelung hat sich praktisch insofern bewährt, als für finanzielle Ansprüche aus dem Staatsdienstverhältnis der Weg der Klage bei einer unabhängigen Behörde dem Beschwerdeweg zweifellos vorzuziehen ist. Eine Änderung der bestehenden Ordnung wird daher nur dann in Betracht zu ziehen sein, wenn gleichzeitig ein kantonales Verwaltungsgericht geschaffen wird. Die im Bund geltende Regel, wonach Beamtenlohnstreitigkeiten vom Verwaltungsgericht als einziger Instanz zu beurteilen sind, dürfte auch die in den Kantonen erstrebenswerte Lösung darstellen. Bis zu ihrer Verwirklichung wäre lediglich zu fordern, daß als erstinstanzlicher Richter in territorialer Hinsicht stets das gleiche Bezirksgericht und innerhalb desselben stets die gleiche Kammer zuständig sei¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Ein besonderes Rechtsmittel an das Bundesgericht in Enteignungsstreitigkeiten wäre mit der Beschwerde nach Art. 85 lit. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege innerlich verwandt. In beiden Fällen handelt es sich um eine Weiterbildung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes (in den Enteignungsstreitigkeiten um eine Weiterbildung der Gerichtsbarkeit über die Eigentumsgarantie; vgl. Imboden in Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 40, Heft 18 und 19).

¹⁷⁾ Im Kt. Zürich ist der Gerichtsstand in Beamtenstreitigkeiten (gleich wie in den meisten anderen Kantonen) der Wohnsitz des Beklagten. Da es zumeist der Beamte ist, dem die Klägerrolle

d) Abgesehen von den genannten drei Kategorien lassen sich keine öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten anführen, die auch heute noch in der Mehrzahl der Kantone in die Kompetenz der Zivilgerichte fallen. Es zeigen sich vielmehr hinsichtlich der weiteren in die zivilgerichtliche Verwaltungskontrolle fallenden Angelegenheiten von Kanton zu Kanton sehr starke Unterschiede. Als typische öffentlich-rechtliche Angelegenheiten, die immerhin noch in mehr als einem Kanton von den Zivilgerichten beurteilt werden, seien die Streitigkeiten genannt, die sich auf folgende Fragen beziehen: Besitz des Bürgerrechtes, Rechte an öffentlichen Sachen, Rückforderung von öffentlichen Unterstützungsleistungen, Forderungen an die öffentliche Brandversicherungsanstalt und die Viehversicherungskassen, Rechte gegenüber Korporationen und bürgerlichen Nutzungsgütern, Bestand und Umfang staatlicher Konzessionen sowie bestimmte Abgabenforderungen (zum Beispiel die Kosten für Heilung und Pflege in einem öffentlichen Spital). Fragt man bezüglich dieser speziellen Sachgebiete nach den Ergebnissen und Erfahrungen der Verwaltungsrechtsprechung durch die Zivilgerichte, so ist vorab zu berücksichtigen, daß die Gerichte zumeist nur sehr selten in die Lage kommen, sich mit einem der genannten Streitfälle zu befassen. In den kantonalen Rechtsordnungen finden sich Vorschriften im Sinne der Streitentscheidung durch die Zivilgerichte, die seit Jahrzehnten überhaupt nie zur Anwendung gelangt sind. Darin beruht denn auch die Problematik der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz. Eine Behörde, die durch ihre tägliche Arbeit bereits mit den Grundlagen des Verwaltungsrechtes vertraut ist, könnte auch als Justizbehörde die besseren Dienste leisten. Frei-

zufällt, ist in praktisch fast allen Prozessen mit dem Kanton oder der Stadt das Bezirksgericht Zürich erstinstanzlich zuständig. Innerhalb des Bezirksgerichtes werden die Beamtenprozesse (jährlich etwa 2 Fälle) nach rein zufälligen Gesichtspunkten unter die sieben Gerichtsabteilungen verteilt. Die Bildung einer klaren und einheitlichen Praxis ist damit verunmöglich.

lich ist auch hier zu differenzieren. Praktisch bewährt hat sich die zivilgerichtliche Verwaltungsjustiz im allgemeinen da, wo sich die vom Richter zu beurteilenden öffentlich-rechtlichen Fragen in einem übersehbaren Rahmen halten, wo sie klar abgegrenzt und in sich geschlossen sind, und wo es sich überdies vor allem um ausgesprochene Billigkeitsentscheide handelt. Ein typisches Beispiel in diesem Sinn bilden die Streitigkeiten über die Rückforderung von Armenunterstützung. Je weniger sich indessen eine öffentlich-rechtliche Frage isolieren lässt, je mehr sie den Überblick über einen weiten Bereich des Verwaltungsrechtes verlangt, desto nachteiliger macht sich in der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz — zumal in der Rechtsprechung der unteren Gerichte — die mangelnde Kenntnis der großen Zusammenhänge der verwaltungsrechtlichen Ordnung geltend.

§ 3. Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtsprechung¹⁸⁾.

I. Begriff und Entwicklung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtsprechung.

Bei Verwirklichung des Systems der verwaltungsinternen (auch verwaltungsbehördlichen) Verwaltungsjustiz sind es die Verwaltungsbehörden selbst, die über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bürger

¹⁸⁾ An besonderer Literatur sei genannt: Graff, P., *Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral*, Lausanner Dissertation, 1943; Masnata, *Quelques refléxions à propos du système des recours administratifs en droit fédéral de l'économie de guerre*, *Schweizerische Juristenzeitung*, 1945, S. 33 ff.; Sand, *Der Schutz der wirtschaftlichen Geheimsphäre im bundesrechtlichen Beschwerdeverfahren*, *Schweizerische Juristenzeitung*, 1946, S. 145 ff. — Von der früher zitierten allgemeinen Literatur vgl. insbesondere: Albisser, S. 82/89; Blumenstein, S. 31 ff.; Fehr, S. 207 ff.; Inderbitzin, S. 64 ff.; Müller, S. 47 ff.; Schwyz, S. 199 ff.; Stadelhofer, S. 58 ff.

und dem Staat befinden. Die Streitentscheidung bleibt formell mit der übrigen Verwaltungstätigkeit verbunden.

Die verwaltungsbehördliche Verwaltungsjustiz ist zwar schon seit der Mediation in den schweizerischen Kantonen als fragwürdig empfunden worden¹⁹⁾. Es wurden auch immer wieder Versuche unternommen, dieses System der Verwaltungsrechtspflege durch ein anderes zu ersetzen. In der demokratischen Bewegung des vorigen Jahrhunderts — der letzten großen Verfassungswelle in der Eidgenossenschaft und in den Kantonen — hat indessen die Konzeption der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtsprechung eine neue Bestätigung und Rechtfertigung gefunden.

In allen Kantonen — mit Ausnahme allein von Basel-Stadt — dominiert heute die verwaltungsbehördliche Verwaltungsrechtspflege. Die Kompetenzen der Zivilgerichte und der Parlamente im Bereich der Verwaltungsrechtsprechung sind zugunsten der Verwaltungsbehörden abgebaut worden²⁰⁾. Allerdings ist in den letzten Jahren die Verwaltungsrechtsprechung in immer weiteren Bereichen auf besondere, von der eigentlichen Verwaltung getrennte Verwaltungsjustizorgane übertragen worden²¹⁾. Das hat wohl neuerdings zu einer Einengung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz geführt; aufs Ganze gesehen, stellt sie indessen immer noch die vorherrschende Rechtsform dar.

II. Die Gründe des heutigen Vorranges der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz.

Das Vorwiegen der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz ist keine zufällige Erscheinung. Die Rechtfertigung dieses Systems ist sowohl eine ideelle wie eine praktische:

¹⁹⁾ Hiezu His, Bd. I, S. 317 ff.; Jenny, S. 1351 ff.

²⁰⁾ Über die Kompetenzen der Zivilgerichte vgl. oben § 2; zur parlamentarischen Verwaltungsjustiz vgl. den folgenden § 4.

²¹⁾ Hierüber unten § 5.

1. Der demokratische Gedanke.

Auf den inneren Zusammenhang zwischen der in der Schweiz bevorzugten verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz und dem demokratischen Aufbau unseres Staates hat bereits Fleiner in seiner bekannten Schrift über Beamtenstaat und Volksstaat hingewiesen²²⁾. Es ist auch gewiß ein sehr eindrückliches Zeugnis für die Lebendigkeit des demokratischen Gedankens der Selbstverwaltung und für das Pflichtbewußtsein der vom Volk gewählten Verwaltungsbehörden, wenn diese die verantwortliche Überwachung der untergeordneten Administrativinstanzen für sich beanspruchen. Aus diesem Empfinden heraus hat der Abbau der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle zugunsten der verwaltungsbehördlichen Verwaltungsjustiz in kaum einem Kanton einen entschiedenen Widerstand gefunden. Der Wechsel war die selbstverständliche Folge des stärkeren Betonens des demokratischen gegenüber dem liberalen Prinzip. Den vom Volk gewählten Behördenkollegien, den örtlichen Gemeinderäten, den Bezirksbehörden und dem Regierungsrat, sollte vor allem die Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung zufallen. An die Stelle der institutionellen Garantie, des unabhängigen Richters, war in verstärktem Maße eine politische Garantie getreten. Die Einflußnahme, die sich das Volk auf die öffentliche Verwaltung sicherte, indem es die Leute seines Vertrauens in die Behörden abordnete, sollte zugleich eine Gewähr für die Wahrung der Rechte des Einzelnen darstellen. Dieser

²²⁾ «In der Schweiz hat man aber den Forderungen des Rechtsstaates, gemäß dem ganzen Zuschnitt der schweizerischen Demokratie, zunächst durch den Ausbau von Verfassungseinrichtungen zu genügen versucht durch Unterstellung der Verwaltungsbehörden unter die Aufsicht der Volksvertretung, ferner durch die Volkswahl der obersten Verwaltungsbeamten und endlich durch die Aufrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes» (Fleiner in «Beamtenstaat und Volksstaat», Ausgewählte Schriften und Reden, 1941, S. 159). Vgl. auch Fleiner in Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 25, S. 66.

Gedanke, der sich in der demokratischen Bewegung des vorigen Jahrhunderts machtvollen Ausdruck verschaffte, ist bis heute vor allem im Aufbau der kantonalen Verwaltungsjustiz eine bestimmende Kraft geblieben.

2. Die Wirksamkeit des verwaltungsmäßigen Handelns.

Die Probleme, die sich aus den Wechselwirkungen von Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege ergeben²³⁾), sind im System der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz — allerdings, wie noch zu zeigen sein wird, auf Kosten anderer Anliegen — in vollkommenster Weise gelöst. Durch die konsequente Verwirklichung des hierarchischen Prinzips, wonach der Vorgesetzte, der Befehlende, zugleich diejenige Instanz ist, die über Anstände und Beschwerden urteilt, sind die beiden Funktionen der eigentlichen Verwaltung und der Verwaltungsrechtsprechung restlos miteinander koordiniert. Was die vorgesetzte Behörde im Streitfall als Rechtens erklärt, wird sie zugleich zum Inhalt ihrer Dienstbefehle an den Untergebenen machen; was sie umgekehrt zum Inhalt ihrer Dienstbefehle gemacht hat, daran wird sie sich in der Regel auch in der Streitentscheidung halten. Die Möglichkeit von Meinungsverschiedenheiten zwischen der vorgesetzten und der untergeordneten Instanz ist auf ein Minimum reduziert. Damit gewährleistet die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege die größtmögliche Wirksamkeit des verwaltungsmäßigen Handelns.

3. Die Einfachheit der Organisation und des Verfahrens.

Dieser Vorzug der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz ist der offensichtlichste. Besondere Verwaltungsjustizbehörden sind nicht erforderlich. Dem zur Erfüllung der staatlichen Verwaltungsaufgaben vorhandenen Apparat kann, ohne daß er einer organisatorischen Umgestaltung

²³⁾ Hiezu oben § 1 II.

bedarf, zugleich die Ausübung der Verwaltungsjustiz übertragen werden. Abgesehen davon kann der einzelne Beschwerdefall in einfachster und freiester Weise, in einer ihm angepaßten Form und einem ihm entsprechenden Verfahren, behandelt und erledigt werden.

III. Die Voraussetzungen eines richtigen Funktionierens der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege.

So sehr nun freilich das Prinzip der verwaltungsbehördlichen Verwaltungskontrolle — ein Prinzip, das in den Kantonen den Regierungsrat zum hauptsächlichsten Träger der Verwaltungsrechtspflege macht — der Struktur der Kantone als Volksstaaten im Sinne von Fleiner zu entsprechen scheint, so wenig darf anderseits übersehen werden, daß das richtige Funktionieren dieses Systems an ganz bestimmte Vorbedingungen geknüpft ist. Diese Vorbedingungen waren in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, als nach dem Abbau der zivilgerichtlichen Verwaltungsjustiz in der demokratischen Verfassungswelle die verwaltungsbehördlichen Entscheidungsbefugnisse neu bestätigt und vielfach sogar erweitert wurden, vorhanden. Es handelt sich um vier Voraussetzungen:

1. Der Stand der materiellen Verwaltungsgesetzgebung.

In zweifacher Beziehung ist die verwaltungsbehördliche Verwaltungsjustiz, vor allem die regierungsrätliche Verwaltungsrechtsprechung, an den Stand der materiellen Verwaltungsgesetzgebung gebunden. Einmal kann die Verwaltungsjustiz nur dann in befriedigender Weise als Nebenfunktion durch eine politische Behörde ausgeübt werden, wenn sich die Verwaltungsstreitsachen — wie dies im vorigen Jahrhundert zutraf — in einem relativ engen Rahmen bewegen, das heißt, wenn weder die maßgeblichen rechtlichen Vorschriften allzu schwer übersehbar sind noch die Streitentscheidung allzu eingehende Fachkenntnisse erfordert. Sodann wird die Übertragung der

Streitentscheidung an eine politische Behörde vor allem da begünstigt, wo das geschriebene materielle Verwaltungsrecht — so etwa das geschriebene Steuerrecht — nur einen mehr oder weniger groben Rahmen für die Gesetzesanwendung bedeutet. Auch das traf im vorigen Jahrhundert zu. In sehr weitem Maße mußten die maßgeblichen rechtlichen Grundsätze erst in der Rechtsanwendung geschaffen werden. Es ist verständlich, wenn diese weitgehende Ermessensbefugnis, die sehr oft mehr ein Entscheiden nach Zweckmäßigkeit als nach Rechtmäßigkeit verlangte, einer politischen Behörde vorbehalten bleiben sollte. Verständlich ist das zumal dann, wenn man weiter berücksichtigt, daß die frühere Verwaltungspraxis im allgemeinen sehr betont nach Lösungen suchte, die einen allzu-harten Gegensatz zur Stellungnahme des Privaten vermeiden ließen.

2. Die selbständige und freie Nachprüfung durch die Oberbehörde, insbesondere durch den Regierungsrat.

Nur dann vermag die politische Garantie, die für den Bürger in der Übertragung der Verwaltungsrechtsprechung an die vom Volk gewählten Behördenkollegien liegt, wirksam zu werden, wenn sich die Oberbehörde von Grund auf mit jedem einzelnen Beschwerdefall befassen kann, wenn insbesondere das Regierungskollegium in der Lage ist, jeden Streitfall einer umfassenden Neuprüfung zu unterziehen. Das hängt, wie bereits betont, einmal vom Stand der materiellen Verwaltungsgesetzgebung, von der Übersehbarkeit der anzuwendenden gesetzlichen Erlasse ab; es ist aber nicht minder durch die allgemeine zeitliche Belastung des Regierungsrates und seiner einzelnen Mitglieder bedingt. Unbestreitbar war die zeitliche Beanspruchung der obersten Exekutivbehörde früher geringer als heute. Von der Gegenwart aus gesehen, sind die Verhältnisse vor der Jahrhundertwende in manchem geradezu idyllisch gewesen.

3. Der Charakter der Rekursentscheidungen.

In der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts bestanden die von den kantonalen Regierungen zu entscheidenden Verwaltungsstreitsachen fast ausschließlich in Rekursen gegen Gemeinde- und Bezirksbehörden. Bei den Gemeindesachen war zudem der Anteil jener Streitigkeiten, die materiell nach Gemeinderecht zu beurteilen waren, wesentlich größer als heute. Auch innerhalb des Kantons hat sich in den letzten Jahrzehnten eine (vor allem etwa im Steuer- und Polizeirecht feststellbare) Tendenz zur Rechtsvereinheitlichung geltend gemacht. In Rekursen, die sich gegen Gemeindeorgane richten, vor allem in Beschwerdesachen, die den eigenen Wirkungskreis der Kommunalverbände berühren, ist die kantonale Regierung naturgemäß der unbeteiligtere Richter als in Streitsachen, in denen die kantonale Verwaltung selbst in die Parteirolle gedrängt ist.

4. Die Wirksamkeit des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht.

Damit der rechtsuchende Bürger die Bedenken gegen die verwaltungsbehördliche Verwaltungskontrolle zurücktreten lassen konnte, war weiter erforderlich, daß ihm gegenüber der letztinstanzlich entscheidenden kantonalen Verwaltungsbehörde in besonderen Fällen ein weiterer Rechtsbehelf gesichert blieb. Die Funktion dieses weiteren Rechtsbehelfes erfüllte der staatsrechtliche Rekurs. Der staatsrechtliche Rekurs ist seiner Grundkonzeption nach ein außerordentliches Rechtsmittel gegen Übergriffe kantonaler Regierungen in die Freiheitssphäre des Bürgers. Allerdings ist der staatsrechtliche Rekurs — und die Erkenntnis dieses Zusammenhangs ist sehr wesentlich — seinerseits nicht unabhängig vom Stand der kantonalen Verwaltungsgesetzgebung, und zwar der materiellrechtlichen Verwaltungsgesetzgebung. Die Beschwerde an den Verfassungsrichter ist so weit, und nur so weit, ein sehr

wirksamer Rechtsbehelf, als die Verwaltungsarbeit — wie dies früher sehr viel stärker zutraf als heute — vor allem im Erlaß von Geboten und Verboten an den Einzelnen besteht und als überdies die kantonalen Verwaltungsge setze relativ knapp gehalten sind²⁴⁾.

IV. Die Funktion der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz.

1. Die Beanspruchung der Verwaltungsbehörden durch Verwaltungsstreitsachen.

Die Hauptlast der Verwaltungsrechtsprechung wird auch heute noch von den kantonalen Regierungen getragen. Allerdings macht sich immer stärker das Bestreben geltend, auch in der Verwaltungsrechtspflege die Befugnisse des Regierungsrates teilweise auf die ihm untergeordneten Departemente oder Direktionen zu übertragen. Im Bund hat diese Tendenz bereits zu einer Verlegung des Schwergewichtes geführt: hauptsächlichste Träger der verwaltungsbehördlichen Verwaltungsjustiz sind in der Eidgenossenschaft nunmehr die Departemente geworden.

Die Einschaltung einer Bezirksbehörde im Rechtsweg von der Gemeinde an die Zentralbehörden des Kantons stellt die Ausnahme dar. Nur in Zürich sind die Bezirksbehörden (die Bezirksräte) von Verfassungs wegen die erstinstanzlichen Behörden der Administrativjustiz. Diese Ordnung hat in einem großen Kanton mit einer sehr reichen kommunalen Gliederung zweifellos ihre Berechtigung. In der heutigen Form vermag sie indessen nicht mehr

²⁴⁾ «Es ist ohne weiteres klar, daß angesichts einer solchen Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung die Befugnisse der vollziehenden Verwaltungsbehörde beinahe unbegrenzt waren, da ihnen eine direkte Schranke nicht gezogen wurde. Der Bürger umgekehrt war zu seiner Verteidigung gegen unberechtigte oder übermäßige Ansprüche fast ausschließlich auf eine Anrufung der allgemeinen Individualrechte angewiesen, die ihm die Verfassung einräumt» (Blumenstein, Der rechtsstaatliche Ausbau der schweizerischen Demokratie, S. 11). Vgl. hiezu auch unten § 3 V 2.

ausnahmslos zu befriedigen. Abgesehen von der Frage der organisatorischen Umgestaltung der Bezirksräte — das juristische Element ist in ihnen vielfach überhaupt nicht vertreten — sollte vor allem geprüft werden, ob die Einschaltung dieser Zwischenorgane nicht auf bestimmte, den Bezirksräten naheliegende Sachgebiete beschränkt bleiben sollte²⁵⁾.

Wenig bedeutsam ist im allgemeinen auch die von den Gemeindebehörden (den Gemeinderäten bzw. den Stadträten) ausgeübte Administrativjustiz. Das erklärt sich daraus, daß von der Möglichkeit der Kompetenzdelegation an untergeordnete Amtsstellen regelmäßig nur in den Städten und in größeren Ortschaften Gebrauch gemacht wurde; aber auch hier wird ein großer Teil der Verwaltungsgeschäfte immer noch direkt vom Gemeinderats- bzw. Stadtratskollegium erledigt. In der größten schweizerischen Gemeinde, der Stadt Zürich, hat sich der Stadtrat jährlich mit ungefähr 60—70 Beschwerdesachen zu befassen.

Dem gegenüber ist die Zahl der jährlich vor die kantonalen Regierungen gelangenden Streitfälle sehr viel größer. Sie schwankt in den einzelnen Kantonen zwischen mehreren Dutzend und einigen Tausend; nimmt man die extremen Fälle aus, so dürfte der Durchschnitt ungefähr bei 200—300 Rekursgeschäften liegen. Wohl den Rekord

²⁵⁾ Fragwürdig ist vor allem die Einschaltung der Bezirksräte ins Rekursverfahren gegen gesetzgeberische Anordnungen der Städte Zürich und Winterthur. Gegen die im Februar 1947 vom Volk bestätigte neue Bauordnung der Stadt Zürich sind von Privaten insgesamt 192 Rekurse erhoben worden. Es steht von vorneherein fest — entscheide der Bezirksrat so oder anders —, daß alle Rekurse, die grundsätzliche Frage berühren, vom rekurrierenden Privaten oder von der Stadt an den Regierungsrat weitergezogen werden. Dennoch muß jede einzelne Beschwerde (und zwar handelt es sich um Beschwerden, deren Beurteilung ausgesprochene rechtliche und technische Spezialkenntnisse erfordert) zunächst dem aus nebenamtlich tätigen Mitgliedern bestehenden Bezirksrat unterbreitet werden — ein Vorgehen, das die Inkraftsetzung der Bauordnung um viele Monate hinauszögern wird.

hält jener eidgenössische Stand, in dem in einem der letzten Jahre neben anderen Beschwerdesachen allein ungefähr 3000 Steuerreklamationen von der Exekutive «erledigt» wurden. Auffallend ist auch, daß die Geschäftslast weder mit der Bevölkerungszahl noch mit der Zahl der Gemeinden Schritt hält. Im Kanton Zürich zum Beispiel hat sich die Regierung (unter Einrechnung der zahlreichen Freizügigkeitsreklamationen) jährlich mit 300—400 Verwaltungstreitigkeiten zu befassen. In einem andern Kanton mit ungefähr siebenmal kleineren Einwohnerzahl und mit einer wesentlich einfacheren kommunalen Gliederung hat hingegen die Regierung Jahr für Jahr über 1000 Reklamationen zu beurteilen. An den Bundesrat gehen jährlich ungefähr 300 Verwaltungsbeschwerden.

2. Beschwerden gegen lokale Verwaltungsbehörden.

Die Reklamationen gegen die Gemeinde- oder Bezirksbehörden sind in den meisten Kantonen heute noch zahlreicher (oft sogar ganz erheblich zahlreicher) als die Beschwerden gegen die unteren kantonalen Zentralbehörden (Departemente, Direktionen, Spezialkommissionen usw.). Im Gegensatz dazu treten in der Verwaltungsrechtsprechung des Bundesrates die gegen die Kantone gerichteten Reklamationen stark hinter den Beschwerden zurück, die sich gegen die Departemente wenden. Unverkennbar nehmen aber auch in den Kantonen die Streitigkeiten über Departements- bzw. Direktionsentscheide einen immer weiteren Raum ein.

Das Verfahren bei Beschwerden gegen Gemeinde- oder Bezirksbehörden ist fast ausschließlich ein schriftliches. Es wird entschieden auf Grund der Reklamationsurkunde sowie einer Vernehmlassung der Vorinstanz. Diese Vernehmlassung bleibt in der Mehrzahl der Kantone verwaltungsintern. Der Beschwerdeführer bekommt sie nicht zu Gesicht; lediglich die neuen tatsächlichen Behauptungen werden ihm zumeist — auch das nicht regelmäßig — vorgehalten. Vielfach ist es auch üblich, die Vernehmlas-

sung in ihren wesentlichsten Punkten in den Endentscheid aufzunehmen. Nur in einer Minderzahl von Kantonen hat der Beschwerdeführer die Möglichkeit, die Vernehmlassung mit den Rekursakten auf der Amtskanzlei einzusehen, und nur in zwei Kantonen wird die Vernehmlassung, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, dem Beschwerdeführer auch ohne sein Verlangen in Abschrift zugestellt. Zur Einreichung der Vernehmlassung wird der Vorinstanz in der Regel Frist gesetzt. Mitunter unterbleibt auch die Ansetzung einer Vernehmlassungsfrist. Es ist in der Praxis keine Seltenheit, daß es dann oft viele Monate dauert, bis überhaupt nur die Gegenäußerung der Vorinstanz vorliegt²⁶⁾. In Abweichung vom Grundsatz der Schriftlichkeit des Rekursverfahrens werden im Kanton Schaffhausen sowie in beschränktem Umfang auch in zwei anderen kleinen Kantonen²⁷⁾ heute noch vor versammeltem Regierungsrat mündliche Rekursverhandlungen durchgeführt. Unverkennbar nimmt indessen überall die Schriftlichkeit immer mehr überhand. Während zum Beispiel noch vor 50 Jahren in den meisten Landsgemeinde-Kantonen das mündliche Rekursverfahren vorherrschte²⁸⁾, wird heute der Rekurrent verschiedentlich sogar entgegen den bestehenden Vorschriften auf den Weg der Schriftlichkeit verwiesen.

²⁶⁾ In einem Fall, der sich kürzlich in einem im übrigen vorzüglich verwalteten Kanton ereignet hat, ging es $2\frac{1}{4}$ Jahre (!), bis die Vorinstanz ihre Vernehmlassung ausgearbeitet hatte. Noch sonderbarer aber mutet die Langmut der Rekursbehörde an: es erging in dieser Zeit nicht ein einziges Mahnschreiben.

²⁷⁾ So mitunter in Appenzell-I.Rh., ferner regelmäßig für die Behandlung von Vormundschaftssachen in Glarus.

²⁸⁾ «Die Vorträge in Rekursachen sollen mit Mäßigung und Anstand und ohne Einmischung fremder Gegenstände behandelt werden, wobei die Parteien mit der gebührenden Achtung vor dem Gesetz und den Behörden sowie ohne schädliche Verzögerung und beleidigende persönliche Anzüglichkeiten sich auszudrücken haben» (Art. 34 der Geschäftsordnung für den Regierungsrat des Kt. Obwalden von 1869).

3. Beschwerden gegen kantonale Zentralbehörden.

Die regierungsrätliche Verwaltungsjustiz gegenüber den Departements- bzw. Direktionsentscheiden ist das fragwürdigste Stück der kantonalen Verwaltungsrechtspflege. Allerdings sind die selbständigen Entscheidungsbefugnisse der Departemente in den kleineren Kantonen heute noch gering; sie sind in der Regel am ausgeprägtesten im Polizeiwesen. Unverkennbar macht sich indessen die Tendenz geltend, den Verwaltungsabteilungen der Zentralverwaltung in immer weiterem Maße auch entscheidende (nicht nur begutachtende) Funktionen zu übertragen. Damit erhält auch die regierungsrätliche Verwaltungsjustiz gegenüber Departementsentscheiden eine zunehmende Bedeutung.

Wird gegenüber einem Departement bei der Regierung Beschwerde geführt, so obliegt die Pflicht zur Antragstellung an die Rekursbehörde in der Regel dem stellvertretenden Direktionsvorsteher; mitunter wird auch ohne Rücksicht auf das Stellvertretungsverhältnis aus den Mitgliedern des Regierungsrates ein Referent bestellt. Eine Verpflichtung zum Ausstand besteht für den Vorsteher des beschwerdebeklagten Departementes in der Regel nicht; er nimmt in den meisten Kantonen (zumeist sogar mit dem Recht der Mitentscheidung) an der Beratung über den seine Verwaltungsabteilung betreffenden Beschwerdefall teil.

Von weit größerer Tragweite als der Mangel einer Ausstandsvorschrift ist indessen der Umstand, daß in der Mehrzahl der Stände das mit der Antragstellung beauftragte Regierungsratsmitglied den Rekursfall auf Grund eines ihm von einem Beamten des rekursbeklagten Departementes unterbreiteten und fertig redigierten Entscheidungsentwurfes überprüft. In der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird dieser Entscheidungsentwurf ohne wesentliche Änderung zum definitiven Antrag und nachher zum

Beschluß der Rekursinstanz erhoben²⁹⁾). Die Einschaltung eines anderen Regierungsratsmitgliedes als Antragsteller ist oft nichts anderes als eine bloße Form. Bemerkenswert ist dabei allerdings, daß sich vielfach gerade in kleineren Kantonen, in denen auch die Beschlußfassung durch den Regierungsrat nicht unbedingt das Vorliegen eines schriftlichen Entscheidungsantrages voraussetzt, das mit der Antragstellung beauftragte Regierungsratsmitglied in stärkerem Maße eine selbständige Neuüberprüfung des Rekursfalles vorbehält.

Vorbildlich in der Beachtung der Ausstandsvorschriften und überhaupt im formellen Vorgehen bei Rekursen gegen Departementsentscheide ist der Kanton Schaffhausen. Besonders ist die Lage in der Eidgenossenschaft. Gemäß Art. 129 des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege ist in Verwaltungsstreitsachen die Antragstellung an den Bundesrat in jedem Fall Sache des Justiz- und Polizeidepartementes. Ist das Justiz- und Polizeidepartement selbst an der Streitsache beteiligt, so geht die Antragstellung an ein anderes Departement — nach der Praxis normalerweise an die Verwaltungsabteilung des stellvertretenden Departementsvorstehers — über.

V. Die heutigen Mängel der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege.

1. Die organisatorischen Mängel: Die Überbelastung der Exekutive und die Preisgabe des Kollegialprinzipes.

In einigen Kantonen übersteigt die Anzahl der von der Regierung erledigten Verwaltungsrekoruse ganz erheblich

²⁹⁾ Man behauptet nicht zu viel, wenn man sagt, daß dies in der Mehrzahl der Kantone für mindestens 90 % der verwaltungsinternen erledigten Beschwerdefälle zutrifft. Bezuglich mehrerer Behörden ist dem Verfasser sogar bestätigt worden, daß sie von hundert Entscheidungsanträgen vielleicht einen oder zwei (sei es im Dispositiv oder in der Begründung) abändern.

die Geschäftslast des kantonalen Obergerichtes. In anderen Kantonen ist sie zum mindesten gleich groß wie die Geschäftszahl einer aus vollamtlichen Berufsrichtern bestehenden Abteilung des zweitinstanzlichen Gerichtes. Es ist keine Seltenheit, daß in einer Regierungsratssitzung mehrere Dutzend Verwaltungsstreitigkeiten ihre Erledigung finden. Berücksichtigt man die sonstigen Obliegenheiten des Regierungsratskollegiums und der Direktions- bzw. Departementsvorsteher, so versteht man, daß der Regierungsrat die ihm in der Verwaltungsjustiz gesetzte Aufgabe nur noch dadurch bewältigen kann, daß er die Vorberatung der Entscheidungen, die Instruktion und die Antragstellung, in weitem Maße den ihm unterstellten Beamten überträgt. Die Sachbearbeiter der Direktion bzw. des Departementes — in den meisten Fällen des gleichen Amtes, dessen Anordnung angefochten ist — leisten in der Regel die maßgebliche Arbeit. Jeder zweitinstanzliche Richter weiß aber, wie schwer es oft hält, sich von dem an sich konsequenten, aber auf den zu beurteilenden Fall doch nicht voll zutreffenden Erwägungen eines erstinstanzlichen Urteils zu lösen. Nicht weniger schwer muß es für den Departementsvorsteher und für das Regierungskollegium sein, einen von einem Beamten vorbereiteten und an sich überzeugend wirkenden Entscheidungsantrag auf seine letzten und im Antrag oft selbst nicht voll ausgesprochenen Annahmen zu überprüfen. Die Beschußfassung durch die Exekutive wird oft zur reinen Formalität. Nicht nur unterbleibt — in den größeren Kantonen ist das heute die Regel — jede mündliche Beratung. Manchmal wird sogar von der Aufnahme auf die Traktandenliste einer Sitzung abgesehen. Die Entscheidungsanträge liegen eine zeitlang zur Einsicht auf («Tischgeschäfte»); werden von keinem Mitglied der Behörde Einwendungen erhoben, so gelten sie als genehmigt.

Die zwangsläufige Folge dieser Entwicklung ist die Preisgabe des Kollegialprinzips. Die Verwaltungsjustiz wird zur Sache der Departementsbeamten.

Charakteristisch sind die Verhältnisse im Bund. Bei der Anfechtung von Departementsentscheiden kommt der Bundesrat als Kollegium praktisch nur dann dazu, sich mit einem Rekursgeschäft auseinanderzusetzen zu müssen, wenn sich trotz des in diesem Fall üblichen Meinungsaustausches zwischen dem rekursbeklagten Departement und dem antragstellenden Justiz- und Polizeidepartement keine Übereinstimmung der Auffassungen erzielen läßt. Die Rolle der Exekutive beschränkt sich somit darauf, allenfalls zwischen zwei Departementen den Schiedsrichter zu spielen.

Nur in wenigen Kantonen — vor allem in kleineren Ständen — hat die verwaltungsbehördliche Verwaltungskontrolle noch voll ihren ursprünglichen Sinn bewahrt.

2. Die Beeinträchtigung des Rechtsschutzgedankens.

In dem Maße, in dem die Verwaltungsrechtsprechung von dem nach außen verantwortlichen Behördenkollegium an den Beamtenapparat übergeht, geht der Bürger jener Garantie verlustig, die im vorigen Jahrhundert als Sinn und Rechtfertigung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz angesehen wurde: der Gewißheit nämlich, daß es die vom Volk gewählten und dem Volk verantwortlichen Behördenmitglieder sind, die über die Angelegenheiten des Einzelnen entscheiden. Der Volksstaat im Sinne Fleiners weicht dem Beamtenstaat. Das bedeutet freilich noch keinen Einwand gegen die sachliche Qualität der verwaltungsbehördlichen Verwaltungsrechtsprechung. Es muß anerkannt werden, daß diese vielfach eine sehr beachtliche Leistung darstellt. Andererseits aber kann nicht verkannt werden, daß der Rechtsschutzanspruch des Einzelnen im System der verwaltungsbehördlichen Justiz eine in der Praxis zumeist deutlich feststellbare Einbuße erleidet. Mitunter zeigt schon die Statistik über den prozentualen Anteil der erfolgreichen Beschwerden, daß die Rekursbehörden kaum zu einer völlig selbständigen und unbeteiligten Neuüberprüfung der ihr unterbreiteten Ver-

waltungsstreitsachen zu gelangen vermögen³⁰⁾. Unzureichend ist mancherorts auch heute noch der Rechtsschutz in Steuersachen³¹⁾. Allgemein unbefriedigend sind die Verhältnisse aber namentlich bei den Beschwerden, die sich gegen ein Departement richten. Die Garantie, die für den Bürger in der Weiterzugsmöglichkeit an den Regierungsrat liegt, ist vielfach keine größere als die eines Wiedererwägungsgesuches; ja in bestimmten Fällen ist die Garantie sogar noch eine erheblich kleinere als die einer bloßen Einsprache bei der Vorinstanz. Es zeigt sich die auffallende Erscheinung, daß da, wo der Gesetzgeber den Beschwerdeführer zunächst auf den Weg der Einsprache (des Wiedererwägungsgesuches) verweist, der erzielbare Erfolg oft ein größerer ist als da, wo vom Departement direkt an den Gesamtregierungsrat rekurriert werden muß³²⁾. Die Scheu, im Rekursverfahren desavouiert zu werden, hat

³⁰⁾ In einem konkreten Beispiel ergab eine drei Jahre umfassende Übersicht, daß vor einer bestimmten Behörde durchschnittlich 7—8 % der Verwaltungsbeschwerden ganz oder teilweise zum Erfolg führten. Das ist eine unwahrscheinlich geringe Zahl. Sie ist nicht wesentlich höher als der Anteil der vom Bundesgericht gutgeheißenen Willkürbeschwerden. Dabei vermag das Bundesgericht nur bei Vorliegen einer groben Rechtsverletzung zu kassieren, während die Behörde, auf die sich das angeführte Beispiel bezieht, sogar Tat- und Ermessensfragen frei überprüfen kann. — Sprechend sind auch die nachstehenden Zahlen, die die eidgenössische Verwaltungsjustiz betreffen: In den 10 Jahren, während welcher Rekurse in Stempelsteuersachen an den Bundesrat gingen, führte von 83 Beschwerden letztinstanzlich eine einzige zur Gutheißung; mit der 1929 erfolgten Übertragung der Steuerjustiz an das Bundesgericht ist das Verhältnis ein wesentlich anderes geworden (letztinstanzliche Gutheißung von etwa 10 % aller Beschwerden). In Militärsteuersachen waren vor 1929 durchschnittlich 10 % der Rekurse erfolgreich; nach 1929 stieg der Anteil der erfolgreichen Beschwerden auf durchschnittlich 25 %.

³¹⁾ Hiezu unten § 5 III Ziff. 2 lit. a.

³²⁾ Im Bereich der kantonalen direkten Steuern zeigt es sich, daß 25—95 % (durchschnittlich vielleicht etwa 50 %) der Einsprachen (Wiedererwägungsgesuche) ganz oder teilweise zum Erfolg führen. Der Prozentsatz der in kantonalen Steuersachen erfolgreichen Verwaltungsbeschwerden (verwaltungsintern

vielfach zur Folge, daß die rekursbeklagte Behörde, wenn sie sich vor der vorgesetzten Instanz rechtfertigen muß, härter auf ihrem Standpunkt beharrt, als wenn sie aus eigener Verantwortung einen Entscheid abzuändern vermag.

Diese Beeinträchtigung des Rechtsschutzgedankens wiegt um so schwerer, als — wie bereits dargetan wurde — mit der Fortentwicklung der modernen Verwaltungsgesetzgebung auch der staatsrechtliche Rekurs an Wirksamkeit einbüßte. Je weniger sich die Verwaltungsgesetzgebung auf den Erlaß von Geboten und Verboten beschränkt und je engmaschiger die kantonalen Verwaltungsgesetze werden, desto seltener vermag sich der Bürger bei der Anfechtung von Verwaltungsakten — vom Willkürverbot abgesehen — auf ein verletztes verfassungsmäßiges Recht zu berufen³³⁾. Je engmaschiger die materielle Verwaltungsgesetzgebung wird, desto mehr auch wird die Anwendung der Willkürbeschwerde eingeengt. Es ist eine immer wieder bestätigte Erfahrung, daß es außerordentlich schwer hält, mit einem staatsrechtlichen Rekurs Erfolg zu haben, wenn lediglich die unrichtige Anwendung kantonalen Rechtes geltend gemacht werden kann. Das hängt zusammen mit dem vom Bundesgericht geprägten Begriff der Willkür, der deutlich auf jenen Stand der materiellen Verwaltungsgesetzgebung zugeschnitten ist, wie er sich früher darbot und wie er heute mehr und mehr zur Ausnahme wird³⁴⁾. Das hängt aber auch damit zusammen, daß sich das Bundesgericht selbst dann, wenn die Verletzung eines anderen verfassungsmäßigen Rechtes als des Art. 4 BV in Frage steht, in der Regel an diejenige Auslegung der kantonalen Gesetze hält, von der sich die kantonalen Instanzen leiten ließen³⁵⁾.

erledigte Rekurse) ist sehr viel kleiner; er liegt wesentlich unter 50%; mit 20% dürfte der Durchschnitt hoch bemessen sein.

³³⁾ Vgl. oben § 3 III 4.

³⁴⁾ Hiezu Imboden, Der Schutz vor staatlicher Willkür, 1945, S. 24 ff.

³⁵⁾ Giacometti, Z., Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, 1933, S. 75 ff.

Als Beeinträchtigung des individuellen Rechtsschutzes wirkt sich aber auch allgemein die den Rekursbehörden eingeräumte weitgehende Freiheit in der Bestimmung des Verfahrensganges aus. Die Nachteile dieser starken Verfahrensfreiheit überwiegen in der Praxis zumeist deren Vorteile. Es trifft zum Beispiel nicht zu (was immer wieder zur Rechtfertigung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz angeführt wird), daß das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden ein rascheres sei als vor den Gerichten oder den besonderen Verwaltungsjustizorganen³⁶⁾. Die lückenhafte positivrechtliche Ordnung des Verwaltungsprozesses bedeutet in der Praxis in den meisten Fällen eine unverkennbare Verkürzung der Rechte und Einwirkungsmöglichkeiten des privaten Rekurrenten. Das wiegt um so schwerer, als jene minimalen Bestimmungen, auf deren Erlaß sich der Verwaltungsgesetzgeber vielfach beschränkt hat — die Vorschriften, daß das Rekursverfahren schriftlich ist und daß es durch eine mit Antrag und Begründung versehene Eingabe eingeleitet werden muß —, für den nicht rechtskundigen Bürger ohnehin eine Erschwerung in der wirksamen Wahrnehmung seiner Rechte bedeuten³⁷⁾.

3. Die Erschwerung der Bildung einer klaren und einheitlichen Praxis.

In zweifacher Richtung erscheint im System der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz die Bildung einer klaren und einheitlichen Praxis — einer Praxis, die den Er-

³⁶⁾ Wohl erlaubt die weitgehende Verfahrensfreiheit an sich einen rascheren Prozeßgang. Diese Möglichkeit wird indessen in der Praxis, von besonders gelagerten Fällen abgesehen, zumeist nicht ausgenutzt. Die vom Verfasser durchgeführten Erhebungen bestätigen eindeutig, daß der Verfahrensgang der verwaltungsinternen Justiz in den meisten Kantonen kein rascherer ist als vor den Gerichten oder den Spezialrekurskommissionen. Im Gegenteil zeigen sich in der Behandlung von Verwaltungsrekursen mitunter Verzögerungen, die bei einem Zivilgericht schwerlich geduldet würden (vgl. oben Anm. 26).

³⁷⁾ Vgl. unten § 6 IV 2 und 3.

fordernissen der Rechtssicherheit genügt und die Wesentlichen zur Fortentwicklung der Rechtsordnung beizutragen vermag — erschwert:

a) Dadurch, daß der Regierungsrat als oberste Verwaltungsbehörde letztinstanzlich über Verwaltungsstreitigkeiten befindet, soll zugleich die Praxis der verschiedenen kantonalen Behörden — der Departemente, der Bezirks- und Gemeindebehörden sowie aller anderen dem Regierungsrat unterstellten Amtsstellen — koordiniert und aufeinander abgestimmt werden. Je mehr es indessen die Departementsbeamten sind, die in der Verwaltungsjustiz die maßgebliche Arbeit leisten, desto weniger ist die regierungsrätliche Praxis in der Lage, diese notwendige Koordinierungsfunktion auszuüben. Der lebendige Ausgleich der Auffassungen und Meinungen, wie er sich in einem kollegialen Organ der Verwaltungsrechtsprechung vollziehen sollte, ist in Frage gestellt. Im Schoße eines Regierungsrates soll sich kürzlich darüber eine Diskussion entsponnen haben, ob und wie weit die gesetzlichen Rekursfristen überhaupt beachtet werden müssen. Dabei ergab sich die überraschende Situation, daß einzelne Departemente Rekurse konstant auch noch nach Ablauf der Rekursfrist entgegengenommen hatten, während sie von den anderen Departementen ebenso regelmäßig zurückgewiesen worden waren. Diese Uneinheitlichkeit übertrug sich je nach dem antragstellenden Departement auch auf die regierungsrätliche Rekurspraxis, allerdings zum größten Teil unbemerkt: war nämlich ein Rekurs verspätet und fiel er in das Sachgebiet eines Departementes, dessen Sekretär für die large Praxis eintrat, dann unterließ es das antragstellende Departement einfach, auf die verspätete Einreichung hinzuweisen; den übrigen Regierungsratsmitgliedern soll der Mangel dann jeweils auch entgangen sein. Dieses Beispiel mag ein extremes sein. Aber es weist auf eine durchaus nicht so entfernte Gefahr hin. Gerade in formellen Fragen ist die Gefahr einer uneinheitlichen Praxis um so größer, als es in den meisten Kantonen an gesetzlichen Vor-

schriften über das Rekursverfahren vor den Verwaltungsbehörden mangelt. Es bleibt der Rechtsanwendung überlassen, die Verfahrensgrundsätze zu schaffen. Aber nicht nur in Verfahrensfragen zeigt es sich, daß die regierungsrätliche Verwaltungsjustiz vielfach nur schwer in der Lage ist, die Praxis der verschiedenen unteren Amtsstellen zu koordinieren; nicht minder gelangt das auch im Inhalt der Entscheidungen zum Ausdruck.

b) Sodann aber lastet auf der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz überhaupt die Gefahr, daß die Behörde einer verbindlichen Stellungnahme und der Fällung eines allgemeingültigen Entscheides ausweicht. Nicht zu Unrecht ist denn auch immer wieder gerade von den Kennern der Verhältnisse gegen die regierungsrätliche Verwaltungsjustiz der Vorwurf erhoben worden, es werde zu sehr von Fall zu Fall und zu wenig nach allgemein verpflichtenden Grundsätzen entschieden. Daß es sich vielfach so verhält, zeigt sich zunächst im Inhalt der Entscheidungen; die gleiche Tendenz dokumentiert sich aber auch im Entscheidungsverfahren. So ist es im Rekursverfahren zu einer verbreiteten Übung geworden, einem gestellten Begehrten in der Form zu entsprechen, daß die Vorinstanz, nachdem ihr die Rekurrsschrift zur Vernehmlassung zugestellt wurde, ihren früheren Entscheid abändert und damit das Beschwerdeverfahren gegenstandslos werden läßt. An und für sich ist gegen dieses Vorgehen nicht viel einzuwenden; die große Zahl von Beschwerden läßt dieses oft zur unbedingten praktischen Notwendigkeit werden. Nicht unbedenklich wird indessen diese Praxis, wenn die Abänderung des Vorentscheides — oft unter Verletzung ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften, die die Motivierung der behördlichen Verfügungen verlangen — ohne ein Wort der Begründung erfolgt³⁸⁾. Und erst recht

³⁸⁾ Ein Beispiel aus der Praxis (geschehen im Jahre 1946): Ein Privater hat das Gesuch gestellt, daß ihm eine zu Unrecht bezahlte Steuer zurückgestattet werde. Die Behörde (die Direktion einer kantonalen Verwaltung) lehnt dieses Begehrten in einem einläßlich

bedenklich erscheint dieses Verfahren, wenn der Beschwerdeführer eine Aufforderung erhält, seinen Rekurs zurückzuziehen, wobei ihm aber gleichzeitig die Zusicherung erteilt wird, daß nach erfolgtem Rückzug die Vorinstanz im Sinne seiner Begehrungen neu verfügen werde³⁹⁾). Sowohl kommunale wie kantonale und eidgenössische Instanzen beschreiten mitunter diesen Weg. Nur schlecht verbergen sich hier die Angst, durch einen gutheißen Rekursentscheid ein vielleicht nicht unbedingt angenehmes Präjudiz für andere Fälle zu schaffen, sowie die Scheu, einen begangenen Fehler eingestehen zu müssen. Als ob dieses Eingeständnis in den Augen des vernünftig denkenden Bürgers die Autorität der Behörde herabmindern müßte! Zum eigentlichen Mißbrauch wird diese Praxis, wenn es sich so verhält, daß die Behörde nur da nachgibt,

begründeten Entscheid ab. Der Fall ist von grundsätzlicher Tragweite. Der Gesuchsteller holt hierauf ein Gutachten eines Steuerjuristen ein. Gestützt auf dieses Gutachten rekuriert er an den Regierungsrat. Nachdem die Rekurschrift der rekursbeklagten Direktion zur Vernehmlassung zugestellt wurde, veranlaßt diese ohne ein Wort der Begründung die Rückzahlung des streitigen Steuerbetrages.

³⁹⁾ Ein weiteres Beispiel aus der jüngsten Praxis: Die Firma E. & Cie. wird zur Bezahlung einer bestimmten Abgabe aufgefordert. Sie bestreitet die Leistungspflicht, entrichtet indessen die Abgabe unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß sie gegen die Veranlagung Einsprache erheben werde. Auch in diesem Fall ist die Frage der Abgabepflicht von grundsätzlicher Tragweite. Nachdem die betreffende Firma Einsprache erhoben und ihren Standpunkt in einer einläßlichen, von einem Juristen redigierten Eingabe dargelegt hat, erhält sie von der Veranlagungsbehörde brieflich die Aufforderung, ihre Einsprache zurückzuziehen. Gleichzeitig wird ihr zugesichert, daß ihr nach erfolgtem Rückzug der Einsprache der entrichtete Betrag zurückerstattet werde und daß auch in Zukunft eine Erhebung der Abgabe unterbleibe. Eine andere Firma der gleichen Branche, die keine Einsprache erhoben hatte, bei der sich indessen die gleiche Frage stellt, wird weiterhin zu dieser Abgabe herangezogen, obwohl die Veranlagungsbehörde rechtlich die Möglichkeit, ja die Pflicht hat, auch ohne Antrag des Pflichtigen eine Rückerstattung vorzunehmen.

wo sie auf Widerstand stößt, während sie in den anderen Fällen — wenn der Private keine Rechtsmittel ergreift — weiterhin ihren Standpunkt durchsetzt⁴⁰). Aber auch um der Verwaltung willen sollte der Weg der begründungslosen Abänderung eines früheren Entscheides nicht statthaft sein. Die allzugroße Leichtigkeit, auf einen getroffenen Entscheid zurückzukommen, kann die Behörde im Einzelfall zu einer ungerechtfertigten Nachgiebigkeit veranlassen. Nicht ohne Bedenken ist in diesem Zusammenhang allgemein auf die Verhandlungs- und Vergleichspraxis bestimmter Verwaltungsbehörden hinzuweisen⁴¹). Diese

⁴⁰) Es sei anerkannt, daß diese Fälle (und damit auch das in der vorhergehenden Anmerkung wiedergegebene Beispiel) im allgemeinen seltene Ausnahmen darstellen. Immerhin dürfen gewisse gefährliche Tendenzen nicht übersehen werden. Ungleichheiten, die mitunter sehr störend waren, ergaben sich zum Beispiel in der Praxis zur Warenumsatzsteuer. Man darf indessen annehmen, daß es sich um Übergangsschwierigkeiten handelt — Schwierigkeiten, die darin begründet liegen, daß unter dem Druck der Verhältnisse nach einer nur ungenügenden Vorbereitungszeit neuartige Steuerformen verwirklicht werden mußten.

⁴¹) Aus der Praxis einer kriegswirtschaftlichen Amtsstelle der Eidgenossenschaft sei folgender Fall erwähnt: Gegen eine Anzahl privater Handelsfirmen sind vom Bund wegen Preisvergünstigungen, die ein eidgenössischer Beamter zu Unrecht gewährt hatte, beträchtliche (insgesamt mehrere hunderttausend Franken erreichende) Forderungen gestellt worden. Einer der Hauptbeteiligten widersetzte sich diesen Ansprüchen und vereinbarte sich mit den eidgenössischen Amtsstellen dahin, den Streitfall einem Schiedsgericht zu unterbreiten (auf das juristische Kuriosum, eine im öffentlichen Recht begründete Forderung durch ein privates Schiedsgericht beurteilen zu lassen, sei hier lediglich hingewiesen). Das Schiedsgericht gelangte zur Gutheißung der Ansprüche des Bundes. Dennoch entschlossen sich die Bundesbehörden nicht, ihre Forderung gegen die nicht am Schiedsgerichtsverfahren beteiligten Firmen vollumfänglich geltend zu machen. Vielmehr wurde den betroffenen Firmen eine befristete Offerte gestellt, sich zur Bezahlung von 50% zu verpflichten. Mit Recht hat dieses Vorgehen Kritik gefunden. Entweder bestehen die Ansprüche des Bundes zu Recht: Dann sind die Behörden, wenn sie sich nicht dem Vorwurf gesetzwidrigen Handelns aussetzen wollen,

Tendenz schafft nicht nur die Gefahr einer Ungleichbehandlung der Bürger; sie schadet auch dem Ansehen der Behörden und der Rechtsordnung.

Auch unter dem Gesichtspunkt einer wirksamen Garantie der Rechtssicherheit und einer schöpferischen Weitergestaltung der Rechtsordnung bestätigt es sich, daß der staatsrechtliche Rekurs an Bedeutung eingebüßt hat. Die Auffassung, die bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes mache auch heute noch einen Ausbau der kantonalen Verwaltungsjustiz überflüssig⁴²⁾, bedeutet eine Verkennung der wirklichen Verhältnisse. Mit dem Hinweis des Verfassungsrichters, ein Entscheid sei nicht willkürlich, ist für die kantonale Verwaltungsbehörde in der Regel nicht viel gewonnen — um so weniger, als sich in der Praxis auch da, wo das Bundesgericht den Willkürtatbestand bejaht, starke Schwankungen zeigen⁴³⁾. Eine zur Einforderung des vollen Betrages verpflichtet. Oder die Ansprüche des Bundes sind rechtlich nicht begründet: dann geht es nicht an, die Privaten auch nur zur Bezahlung eines Teilbetrages zu veranlassen. Im erwähnten Fall mutet das Vorgehen des betreffenden Amtes um so sonderbarer an, als das Schiedsgericht eben mit der Begründung zur Gutheißung der Forderungen des Bundes gelangte, daß im öffentlichen Recht begründete Preisvorschriften unbedingt verbindlich seien und daß daher selbst ein Beamter nicht in der Lage sei, abweichende Preisvergünstigungen zu gewähren.

⁴²⁾ Wie H. Huber (Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, 1936, S. 163a) anzunehmen scheint.

⁴³⁾ Am 11. März 1946 (Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 48, S. 134 ff.) hieß das Bundesgericht eine gegen die zürcherische Oberrekurskommission gerichtete Willkürbeschwerde gut, obwohl der angefochtene Entscheid im Rahmen des kantonalen Rechtes nicht nur nicht willkürlich ist, sondern — nach der Überzeugung des Verfassers — diesem sogar entspricht. Wenn man dem bundesgerichtlichen Entscheid im Endergebnis dennoch zustimmen kann, so nur im Sinne einer rechtspolitischen Forderung. Ohne es selbst zum Ausdruck zu bringen, hat der Verfassungsrichter in Wirklichkeit nicht über die gesetzesanwendende Behörde, sondern über den Gesetzgeber geurteilt. Es hat ferner einen anderen Maßstab als der der Willkür angewandt.

stark einseitige Wirkung kommt dem staatsrechtlichen Rekurs aber auch deshalb zu, weil die verfassungsgerichtliche Parteifähigkeit der Behörden (das heißt das Recht der Behörden zur Ergreifung der staatsrechtlichen Beschwerde) vom Bundesgericht im allgemeinen verneint wird⁴⁴⁾. Das schließt es von vorneherein aus, daß bestimmte grundsätzliche Fragen jemals Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde werden⁴⁵⁾.

§ 4. Die parlamentarische Verwaltungsrechtsprechung⁴⁶⁾.

I. Begriff und Bedeutung der parlamentarischen Verwaltungsjustiz.

Zu den hauptsächlichsten Befugnissen des eidgenössischen und der kantonalen Parlamente zählt die Oberauf-

⁴⁴⁾ Praktisch ist diese dogmatisch begründete Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Parteifähigkeit heute kaum mehr zu rechtfertigen. Soweit den Behörden im kantonalrechtlichen Verfahren eine parteiähnliche Stellung zukommt, sollte ihnen — im Interesse der Rechtssicherheit — die Anrufung des Verfassungsrichters nicht versagt bleiben.

⁴⁵⁾ Ein praktisches Beispiel: Einzelne kantonale Behörden sind dazu übergegangen, die Erteilung des Enteignungsrechtes von der im Gesetz nicht vorgesehenen Voraussetzung abhängig zu machen, daß den Expropriaten erfolglos ein angemessener Preis zur freiwilligen Abtretung des Grundeigentums offeriert wurde. Im Rahmen der geltenden Abtretungsgesetze dürfte dieses Vorgehen nicht haltbar sein. Da den das Enteignungsrecht nachsuchenden Körperschaften praktisch in allen Fällen die verfassungsgerichtliche Parteifähigkeit fehlt, ist es indessen ausgeschlossen, diese Praxis durch das Bundesgericht nachprüfen zu lassen.

⁴⁶⁾ Von der früher zitierten allgemeinen Literatur vgl. insbesondere: Albisser, S. 105 ff.; Blumenstein, S. 51 ff.; Inderbitzin, S. 91; Schollenberger, Bd. I, S. 192; Schwyz, S. 208. Ferner auch Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 1941, S. 337, Anm. 88; Ronca, Die Kompetenzen des Großen Rates des Kantons Luzern, Zürcher Dissertation,

sicht über die Verwaltung. Dieses Oberaufsichtsrecht ist nach der heute herrschenden staatsrechtlichen Auffassung dadurch gekennzeichnet, daß es weder der Volksvertretung ein direktes Weisungsrecht an die Exekutive verleiht noch dem Einzelnen ermöglicht, eine Streitsache auf dem Beschwerdeweg an die parlamentarische Körperschaft weiterzuziehen. Wohl unterliegt mit der Verwaltung regelmäßig auch die verwaltungsinterne Verwaltungsjustiz der Durchleuchtung und Überprüfung durch das Parlament. Das mag in der Praxis immer wieder ein Anreiz dafür sein, auf dem Wege über das Parlament eine Einflußnahme auf die Stellungnahme der Regierung auszuüben. Vor allem in Beamten- und Disziplinarsachen haben denn auch schon wiederholt kantonale Volksvertretungen mit Erfolg ihre Auffassung der Exekutive aufgedrängt. Das darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, daß die parlamentarische Oberaufsicht keine direkte Beschränkung der Verwaltungsjustizbefugnisse der Regierung bedeutet.

Von parlamentarischer Verwaltungsrechtsprechung im eigentlichen Sinn kann da gesprochen werden, wo es der Volksvertretung in Erweiterung ihres allgemeinen Aufsichtsrechtes durch besondere gesetzliche Vorschriften aufgetragen ist, sei es als einzige Instanz oder sei es als Rekursbehörde, über einen öffentlich-rechtlichen Streitfall einen verbindlichen Entscheid zu fällen. Der erste Fall ist praktisch nur von geringer Bedeutung. Anders verhält es sich mit der Funktion der parlamentarischen Körperschaft als Beschwerdeinstanz. Das Weiterzugsrecht von der Regierung (dem früheren Kleinen Rat) an den Großen Rat entspricht in einer Reihe von Kantonen einer alten Überlieferung. Sodann ist dieses Weiterzugsrecht in mehreren Ständen namentlich unter dem Einfluß der demokratischen Bewegung des vorigen Jahrhunderts weiter ausgebaut worden. Es fand in Kantonen Eingang,

in denen es bisher fremd war. Charakteristisch ist zum Beispiel, daß es vereinzelt sogar auf Anordnungen des neu geschaffenen Erziehungsrates ausgedehnt wurde⁴⁷⁾. Die Einschaltung der parlamentarischen Körperschaft in die Verwaltungsjustiz ist im letzten Jahrhundert gelegentlich damit begründet worden, es müssen dem Bürger gleich wie im Zivilprozeß auch im Verwaltungsweg, insbesondere im Rechtsweg gegen die Gemeinde, zwei Rechtsmittelinstanzen zugänglich sein. Wollte man (was allein im Kanton Zürich konsequent verwirklicht wurde) nicht zwischen die Gemeinde und die Regierung eine neue Beschwerdeinstanz (den zürcherischen Bezirksrat) einschalten, so konnte dieser Forderung nur dadurch Genüge getan werden, daß über den Regierungsrat eine zweite Rekursbehörde gestellt wurde — eine Rekursbehörde, die nach damaliger Anschauung nur der Große Rat sein konnte.

Ähnlich wie bezüglich der zivilgerichtlichen Verwaltungsrechtsprechung läßt sich auch bezüglich der parlamentarischen Verwaltungsrechtsprechung bei Betrachtung der neueren Rechtsentwicklung eine sukzessive Rückbildung feststellen. Mehrere Kantone (zum Beispiel St. Gallen, Zug, Basel-Stadt) haben in neuerer Zeit das früher sehr viel weitergehende Rekursrecht von der Exekutive an die Volksvertretung stark beschränkt, ja praktisch sogar beseitigt. Bemerkenswert ist dabei, daß sich diese Wandlung mitunter allein durch einen Wechsel der Praxis, das heißt ohne Verfassungs- oder Gesetzesänderung, vollzogen hat⁴⁸⁾. Die Kantone, die heute noch dem Parlament Funktionen der Verwaltungsrechtsprechung übertragen, lassen sich in zwei Gruppen einordnen:

a) Eine erste Gruppe hat den Parlamenten eine umfassende Rekursentscheidungsbefugnis zuerkannt. Das

⁴⁷⁾ So heute noch in Uri (KV Art. 59 lit. n) und Luzern (Albisser, S. 111 ff.)

⁴⁸⁾ Bezuglich des Kt. St. Gallen vgl. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 8, S. 104.

trifft zu für die Kantone Luzern⁴⁹⁾, Uri⁵⁰, Appenzell A.Rh.⁵¹⁾ und Graubünden⁵²⁾. Allerdings lassen die Verfassungen mit Ausnahme derjenigen von Luzern regelmäßig für eine Beschränkung des Weiterzugsrechtes auf dem Wege der Gesetzgebung Raum. Im allgemeinen sind aber nur relativ wenige einengende gesetzliche Vorschriften ergangen — es sei denn, man argumentiere so, wie es schon im Kanton Appenzell-A.Rh. getan wurde, daß nämlich bereits in der Nichterwähnung des Weiterzugsrechtes in einem speziellen Verwaltungsgesetz ein Ausschluß dieses Rechtes liege.

b) Eine zweite Gruppe von Kantonen — und hiezu kann man auch den Bund zählen⁵³⁾ — hat nur in speziellen und besonders bezeichneten Sachgebieten das Weiterzugsrecht an die parlamentarische Körperschaft anerkannt. Hiezu gehören einmal Glarus und Aargau, wo schon durch die Verfassung in Gemeindesachen (in Aargau allerdings nur in besonderen Gemeindesachen⁵⁴⁾ eine Beschwerde an den Landrat bzw. den Großen Rat eingeräumt ist⁵⁵⁾). Ferner haben auf Grund der Gesetzgebung eine Reihe weiterer Kantone⁵⁶⁾ in einzelnen Angelegenheiten ein Rekursrecht an den Großen Rat zugestanden. In Nidwalden und Solothurn nimmt schon die Verfassung ausdrücklich auf diese dem Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit Bezug. Außerordentlich eng begrenzt bleibt die parlamentarische Verwaltungsjustiz in den übrigen Kantonen, denen diese Institution bekannt ist. In

⁴⁹⁾ Kantonsverfassung (KV) § 54 Abs. 2. Das Rekursrecht ist hier allerdings nicht direkt statuiert.

⁵⁰⁾ KV Art. 59 lit. n.

⁵¹⁾ KV Art. 48 Ziff. 9.

⁵²⁾ KV Art. 20.

⁵³⁾ Art. 132 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege.

⁵⁴⁾ KV Art. 39 lit. 1.

⁵⁵⁾ Glarus KV Art. 52 Ziff. 9.

⁵⁶⁾ Zum Beispiel Appenzell-I.Rh., Nidwalden, Solothurn, St. Gallen, Schwyz.

Schwyz und St. Gallen zum Beispiel beschränkt sie sich darauf, daß die schwerwiegendsten regierungsrätlichen Eingriffe in die Gemeindeautonomie — Anordnung der Kuratel über die Gemeinde bzw. Zwangsdekretierung von Gemeindesteuern — vom betroffenen Verband bei der Volksvertretung angefochten werden können.

II. Erfahrungen und Ergebnisse der parlamentarischen Verwaltungsjustiz.

Ein erster auffallender Zug der parlamentarischen Verwaltungsrechtsprechung ist die geringe Zahl der gefällten Rekursentscheidungen. In Graubünden — dem Kanton, in welchem dem Rekursweg ans Parlament noch am meisten praktische Bedeutung zukommt — hat sich der Große Rat als zweite Instanz der Administrativjustiz im Jahr mit ungefähr zehn Geschäften zu befassen. Im Kanton Luzern kommt man bei Berechnung des Durchschnittes für die letzten hundert Jahre auf jährlich etwa 3—4 Rekursentscheidungen; in letzter Zeit ist indessen diese Durchschnittszahl bei weitem nicht mehr erreicht worden. In Appenzell-A.Rh. schließlich soll der Kantonsrat seit Jahren überhaupt nicht mehr in die Lage gekommen sein, sich mit einer Beschwerdesache materiell befassen zu müssen. Wie auffallend gering diese Ziffern sind, ergibt sich vor allem dann, wenn man sie mit der Zahl der von der Regierung des betreffenden Kantons gefällten Rekursentscheidungen oder aber mit den gegen die Behörden des Kantons erhobenen staatsrechtlichen Beschwerden in Beziehung bringt. Man darf hieraus wohl ableiten, daß das Vertrauen des Bürgers in diese Art des Rechtsschutzes im allgemeinen ein nicht sehr großes ist. Mancher Private läßt sich auch durch die mit der parlamentarischen Beratung verbundenen Publizität davon abhalten, seinen Fall an die Volksvertretung weiterzuziehen.

Aber nicht nur aus der Zahl der Rekursgeschäfte kann auf ein Versagen der parlamentarischen Verwaltungsjustiz

geschlossen werden. Wenn Speiser in seinem im Jahre 1889 vor dem Schweiz. Juristenverein gehaltenen Vortrag über die Verwaltungsrechtspflege in den schweizerischen Kantonen vor allem in eine Erweiterung des Rekursrechtes an die parlamentarische Behörde seine Hoffnungen setzte — «da doch bei dieser größte Unabhängigkeit und Unbefangenheit gegenüber der eigentlichen Verwaltung vorzusehen ist»⁵⁷⁾ —, so ist das heute nur noch schwer verständlich. Gerade die erforderliche innere und äußere Unbefangenheit zur Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten ist bei der parlamentarischen Körperschaft nicht immer vorhanden. Sie droht vor allem dann zu fehlen, wenn die Art der Streiterledigung in der öffentlichen Debatte für die Regierung oder für eine andere Instanz den Charakter einer Prestigefrage angenommen hat. Aber auch wenn sich die Volksvertretung gegenüber dem regierungsrätslichen Entscheid frei fühlt, ist sie vielfach durch andere Rücksichten gehemmt. Die politische Opportunität eines Entscheides ist mitunter ausschlaggebender als dessen unbedingte Gesetzmäßigkeit und sachliche Angemessenheit. So läßt sich bezüglich aller Kantone, die das System der umfassenden parlamentarischen Verwaltungsjustiz kennen oder kannten, feststellen, daß die gesamte kantonale Verwaltungsrechtsprechung mit einem hemmenden Moment der Unsicherheit belastet wird. Die Herausbildung einer klaren Praxis ist erschwert, wenn nicht verunmöglich. In Luzern konnte diese Wirkung nur durch die starke Zurückhaltung⁵⁸⁾ in der Gutheißung der Beschwerden — der Große Rat prüft nach der Praxis nur, ob große Verstöße begangen wurden — vermieden werden. Selbst in fundamentalen formellrechtlichen Fragen, so in der Frage nach

⁵⁷⁾ Speiser, Die Verwaltungsrechtspflege in den schweizerischen Kantonen, S. 556.

⁵⁸⁾ Nur ungefähr 5 % aller Beschwerden an den Großen Rat ist bisher stattgegeben worden. Das bedeutet, daß dieses Rechtsmittel im allgemeinen sogar weniger Erfolgsaussichten bietet als die Willkürbeschwerde ans Bundesgericht.

der eigenen Überprüfungsbefugnis, konnte die parlamentarische Verwaltungsjustiz in den meisten Kantonen nicht zu klaren Ergebnissen gelangen.

Die Funktion der parlamentarischen Verwaltungsjustiz ließe sich wesentlich verbessern, wenn — wie dies schon verschiedentlich angeregt wurde — die Vorbereitung der Geschäfte und die Antragstellung an das Plenum einer ständigen parlamentarischen Kommission übertragen wäre, die aus den Ratsmitgliedern nach den gleichen Gesichtspunkten und mit der gleichen Sorgfalt ausgewählt würde wie eine eigentliche Justizbehörde. Freilich könnte auch das nicht dazu führen, die grundsätzlichen Bedenken gegen diese Form der Verwaltungsrechtsprechung zurücktreten zu lassen. Auch eine ständige parlamentarische Kommission wird sich in den Kantonen kaum jenen maßgeblichen Einfluß auf die Behandlung eines Geschäftes sichern können, wie ihn zum Beispiel die Begnadigungskommission der eidgenössischen Räte ausübt. Die parlamentarische Praxis in den Kantonen zeigt, daß sehr oft das im Schoße einer Kommission erreichte und sachlich überzeugende Resultat durch die mehr politisch betonte Aussprache im Plenum wieder gefährdet wird. Nur in Gemeindeangelegenheiten ist die parlamentarische Verwaltungsjustiz anders zu beurteilen. Es hat seinen guten Sinn, daß bestimmte schwerwiegende Aufsichtsmaßnahmen gegenüber einer Gemeinde der Nachkontrolle durch das kantonale Parlament unterworfen sind.

§ 5. Die Übertragung der Verwaltungsrechtsprechung auf besondere Verwaltungsjustizbehörden⁵⁹⁾.

I. Bedeutung und Organisation der besonderen Verwaltungsjustizbehörden.

Die Schaffung besonderer Verwaltungsjustizbehörden erfolgte unter dem Eindruck des Ungenügens der verwal-

⁵⁹⁾ An besonderer Literatur sei genannt: Baumgartner, M., *Der Rechtsschutz in Zolltarifstreitigkeiten*, Zürcher Disser-

tungsbehördlichen Verwaltungsrechtspflege. Es wurde nach einer Organisationsform gesucht, die sowohl den Verwaltungsbehörden die notwendige organisatorische Entlastung bringt als auch für den Bürger eine Verstärkung des Rechtsschutzes bedeutet. Besondere Verwaltungsjustizbehörden sind in sehr verschiedener Form geschaffen worden.

tation, 1937; Blumenstein, E., Der rechtsstaatliche Ausbau der schweizerischen Demokratie, Rektoratsrede, 1930; derselbe, Grundlagen einer Neugestaltung der bernischen Verwaltungsrechtspflege, *Monatsschrift f. bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen*, Bd. 6, S. 289 ff.; Burchardt, W., Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Eidgenossenschaft, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 90 (1931), S. 225 ff.; Fiori, Administrativgerichtsbarkeit und Administrativjustiz nach tessinischem Recht, *Schweiz Juristenzeitung*, Bd. 4, S. 137; Fleiner, F., Eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit, Separatabdruck aus der *Neuen Zürcher Zeitung*, Nr. 764, 769 u. 772 vom 26./27. März 1921; derselbe, Ein Verwaltungsgericht für den Kanton Zürich, *Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, Bd. 25, S. 65 ff.; Georg, A., Für ein wirkliches Verwaltungsgericht, 1923; Giacometti, Z., *La riforma della giustizia amministrativa nella Confederazione Svizzera*, 1931; Halbeisen, Die Zuständigkeit des bernischen Verwaltungsgerichtes, *Monatsschrift f. bernisches Verwaltungsrecht u. Notariatswesen*, Bd. 44, S. 417 ff.; Hungerbühler, Dem Rechtsstaat entgegen, *Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, Bd. 25, S. 208 ff. Klaus, E., Die Verwaltungsgerichtsfrage im Kanton Zürich, *Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung*, Bd. 29, S. 465 ff.; Pache, R., *Le projet de cour administrative fédérale et le contentieux administratif en France et en Allemagne*, Dissertation Lausanne, 1927; Plattner, J., Grundsätzliche Gesichtspunkte für die Fortentwicklung des Steuerrechtes im Bund und Kantonen, *Zeitschrift f. schweiz. Recht*, 1945, S. 95a ff., insbesondere S. 195 a ff.; Secretan, R., *Les tribunaux du contentieux de l'administration*, *Zeitschrift f. schweiz. Recht*, 1932, S. 187 ff.; Studer, H., Das landwirtschaftliche Schiedsgericht des Kantons Zürich, *Zürcher Dissertation*, 1930. — Von der früher zitierten allgemeinen Literatur vgl. insbesondere: Albisser, S. 95; Blumenstein, S. 73 ff.; Fehr, S. 245 ff.; Inderbitzin, S. 64; Müller, S. 103 ff.; Stadelhofer, S. 60 ff. — Vgl. ferner Blumenstein, E., 25 Jahre bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit, *Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen*, Bd. 33, S. 1 ff.

1. Die Ressortkommissionen.

Die große Zahl der der Verwaltung in allen Sachgebieten beigegebenen Fachkommissionen kennzeichnet seit der Regeneration die schweizerische Verwaltungsorganisation. Die Ressortkommissionen sollen nicht nur die Behörden fachlich beraten; zugleich auch sind sie eine Institution zur Demokratisierung der Verwaltung. Herkömmlicherweise üben indessen die Fachkommissionen keine wesentlichen Funktionen der Verwaltungsjustiz aus; sie sind vor allem Konsultativorgane in Gesetzgebungs- und in allgemeinen Verwaltungsfragen. Nur ausnahmsweise haben sie auch zu Verwaltungsstreitigkeiten in beratendem Sinne Stellung zu nehmen. Im Bund hat allerdings die Beziehung von beratenden Fachkollegien zur Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten in verschiedenen Gebieten, vor allem in dem der Volkswirtschaft, eine zunehmende Bedeutung erhalten. Eigentliche Verwaltungsjustizbefugnisse sind sodann in verschiedenen Kantonen dem Erziehungsrat, vereinzelt auch dem Sanitätsrat und anderen Ressortkommissionen, übertragen. Die Verhältnisse sind indessen von Kanton zu Kanton verschieden. Von der Möglichkeit, dem Erziehungsrat überhaupt nur beratende Funktionen zu übertragen, bis zur anderen extremen Lösung, wonach er über gewisse Streitsachen sogar endgültig (unter Ausschluß des Rekursweges an den Regierungsrat) entscheidet, kommen alle denkbaren Zwischenstufen vor.

2. Die Spezialrekurskommissionen.

Die Spezialrekurskommissionen sind während der letzten Jahrzehnte von den Kantonen in immer größerer Zahl geschaffen worden. Sie sind vor allem eine typische Institution der Steuerjustiz. In drei Vierteln der deutschschweizerischen Kantone bestehen heute Steuerrekurskommissionen. In der Mehrzahl der Stände entscheiden sie endgültig. In den Kantonen St. Gallen und Aargau ist ein

Rekursrecht an die Steuerkammer des Kantonsgerichtes bzw. an das Obergericht und in Schwyz ein Weiterzugsrecht an die Zivilgerichte vorgesehen. In Zürich ist den Steuerrekurskommissionen die Oberrekurskommission und in Bern das Verwaltungsgericht übergeordnet. Die früher verbreitete Möglichkeit, Entscheide der Steuerrekurskommissionen beim Regierungsrat durch Kassationsbeschwerde anzufechten, besteht heute nur noch in einem Kanton. Am reinsten hat sich die verwaltungsinterne Steuerjustiz in den Kantonen Obwalden und Glarus erhalten. Während in Obwalden der Regierungsrat Rekursbehörde geblieben ist, obliegt diese Funktion in Glarus der sogenannten Obersteuerbehörde, das heißt dem um vier Zuzüger erweiterten Regierungsrat⁶⁰⁾. Abgesehen vom Steuerwesen haben die Kantone vor allem zur Entscheidung von Streitigkeiten über Gebäudeschätzungen (Brandassekuranz), Bodenverbesserungen und Perimeterbeiträge Spezialrekurskommissionen geschaffen. Mannigfach sind sodann die (vorwiegend unter dem Einfluß der Bundesgesetzgebung gebildeten) Spezialrekurskommissionen für Sozialversicherungsstreitigkeiten.

⁶⁰⁾ Im Kt. Glarus treten denn auch die grundsätzlichen Mängel der verwaltungsinternen Steuerjustiz am offensichtlichsten in Erscheinung. Die Obersteuerbehörde bildet ihr Urteil auf Grund eines Referates des an ihrer Sitzung teilnehmenden Steuerkommissärs. Obwohl das Verfahren ein schriftliches ist, sind die Akten den Mitgliedern der Obersteuerbehörde in der Regel vorher nicht bekannt. An einem Vormittag werden 50 bis 60 Rekursfälle erledigt, wobei der Entscheid praktisch in allen Fällen den Anträgen des Steuerkommissärs entspricht. Daß Obersteuerbehörde und Regierungsrat kaum als getrennte Organe betrachtet werden können, zeigt sich darin, daß die erstere mitunter dem letzteren ihre Befugnisse delegiert. Wenn die Steuerpraxis des Kantons Glarus trotz dieser mangelhaften Organisation des Justizverfahrens bekanntermaßen eine gute ist, dann liegt die Gewähr hiefür allein in der Person der Steuerbeamten.

3. Die kantonalen Obergerichte als Rekursinstanzen in Verwaltungssachen.

In fünf deutschschweizerischen Kantonen übt heute das Obergericht bzw. eine Abteilung desselben als Beschwerdeinstanz zugleich die Funktionen der obersten kantonalen Steuerjustizbehörde aus. Bemerkenswert ist dabei, daß in den Kantonen Uri und Nidwalden das Obergericht im Rechtsweg über die Regierung gestellt wird. Die Übertragung der Steuerrechtsprechung an den zweitinstanzlichen Richter bedeutet in einzelnen Ständen — historisch betrachtet — eine Weiterentwicklung der früheren zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle. Trotz dieses Zusammenhangs ist aber das System ein grundlegend anderes: das Verfahren ist nicht die Klage, sondern die Beschwerde; sodann bleibt der erstinstanzliche Richter ausgeschaltet. Außer im Bereich der Steuern und abgesehen von der eigentlichen Justizverwaltung ist das Obergericht in einzelnen Kantonen auch noch in anderen, allerdings regelmäßig eng begrenzten Materien des Verwaltungsrechtes Rekursinstanz⁶¹⁾.

4. Das Verwaltungsgericht.

Das Verwaltungsgericht — wie es (verbunden mit dem Appellationsgericht, aber mit umfassenden Kompetenzen) im Kanton Basel-Stadt und (in organisatorisch selbständiger Form, aber mit einem relativ engen Zuständigkeitsbereich) im Kanton Bern und in der Eidgenossenschaft besteht — ist die ausgeprägteste Form einer besonderen Verwaltungsjustizbehörde. Von den Spezialrekurskommissionen (den sogenannten Spezialverwaltungsgerichten) unterscheidet es sich dadurch, daß sich seine Überprüfungsbefugnis nicht nur auf einen einzelnen, speziellen Bereich der Verwaltungsgesetzgebung beschränkt.

⁶¹⁾ Vgl. zum Beispiel Klaus, E., Das Obergericht des Kantons Zürich als Disziplinargerichtshof, Zentralblatt für Staats- u. Gemeindeverwaltung, Bd. 42, S. 1 ff.

Als Verwaltungsgericht läßt sich in gewissem Sinn auch das aargauische Obergericht bezeichnen, obwohl es seine Tätigkeit teilweise in den Formen der zivilgerichtlichen Verwaltungskontrolle ausübt. Gemäß Art. 114 bis Abs. 4 der Bundesverfassung können ferner dem Bundesgericht auch in kantonalrechtlichen Angelegenheiten Funktionen der Verwaltungsjustiz übertragen werden. Eine nennenswerte Bedeutung hat diese Vorschrift bisher nicht erlangt — in einem einzigen, praktisch wenig bedeutungsvollen Fall ist bisher von der durch sie eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht worden^{61a)} — und wird sie wohl auch in Zukunft nicht erhalten. Besondere Institutionen der Verwaltungsjustiz — Institutionen, die man als Vorformen eines eigentlichen Verwaltungsgerichtes bezeichnen könnte — bestehen schließlich in den Kantonen Tessin und Wallis⁶²⁾.

II. Die Vorteile der Übertragung der Verwaltungsjustiz auf Spezialorgane.

Mit der Übertragung der Verwaltungsjustiz an Spezialorgane lassen sich wesentliche Mängel, die dem System der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege inhärent sind, beheben:

a) Die Exekutive erhält die notwendige Entlastung. Was das bedeutet, erhellt vor allem im Bereich der Steuerjustiz. Die Zahl der von den Steuerbehörden eines Kantons in einem Jahr behandelten Geschäfte erreicht mitunter mehrere Tausend. Die Verhältnisse, wie sie vor der Schaffung von Steuerrekurskommissionen in einzelnen Kantonen bestanden, waren geradezu grotesk: es ist vorgekommen, daß in einer Regierungsratssitzung mehrere hundert Steuerstreitigkeiten erledigt wurden. Eine

^{61a)} Bundesblatt 1945 I 100.

⁶²⁾ Vgl. hiezu die Arbeit von H. Zwahlen. Auch die Kassationsbehörde des Kt. Schwyz ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen.

Entlastung der Exekutive vermögen die Verwaltungsjustizbehörden freilich nur dann zu gewährleisten, wenn sie als Rekursinstanz nicht über den Regierungsrat gestellt sind. Das trifft im allgemeinen zu.

b) Dem Bürger ist die Beurteilung seiner Beschwerden durch eine unabhängige Instanz gewährleistet. Überall, wo von der Verwaltung unabhängige Rekursinstanzen geschaffen wurden, läßt sich feststellen, daß das Vertrauen des Einzelnen in die Verwaltungsrechtspflege größer geworden ist. Die Gewährleistung einer unabhängigen Beschwerdeinstanz war vielfach das notwendige Zugeständnis, um neuen den Bürger belastenden Verwaltungsgesetzen die Zustimmung des Volkes zu verschaffen. Umgekehrt wurde aber auch — und das wird übereinstimmend von allen Instanzen hervorgehoben — die Erfahrung gemacht, daß durch das Bestehen unabhängiger Rekursinstanzen, auf deren Rechtsprechung sich die ausführenden Organe berufen können, Autorität und Ansehen der Verwaltung größer geworden sind. Vor allem gibt das Bestehen eines Verwaltungsgerichtes den Verwaltungsbehörden einen starken Rückhalt gegen die immer wieder versuchte politische oder persönliche Beeinflussung der ausführenden Organe — eine Erfahrung, die nicht zuletzt auch von der eidgenössischen Steuerverwaltung gemacht wurde. Wie notwendig unter dem Gesichtspunkt des persönlichen Rechtsschutzes die Schaffung unabhängiger Verwaltungsjustizbehörden war, zeigt zum Beispiel sehr eindrücklich der Umstand, daß mit dem Übergang der Steuerrechtsprechung an das Bundesgericht im Bereiche des Militärpflichtersatzes der Anteil der in letzter Instanz erfolgreichen Beschwerden von 10% auf 25% anstieg⁶³⁾.

c) Die Bildung einer klaren Verwaltungspraxis und die Weitergestaltung der Rechtsordnung wird gefördert. Wie sehr die Rechtsprechung

⁶³⁾ Hiezu auch oben Anm. 30.

unabhängiger Verwaltungsjustizbehörden die Praxis zu festigen und überdies die zukünftige Gesetzgebung zu bestimmen vermag, zeigt sich wiederum am eindrücklichsten im Steuerwesen. Die unbestreitbaren Fortschritte, die sowohl in der Steuergesetzgebung wie in der Handhabung der bestehenden Vorschriften während der letzten zwei Jahrzehnte erzielt worden sind, sind zu einem wesentlichen Teil ein Erfolg der Finanzgerichte. Der Beitrag, den zum Beispiel das Bundesgericht, das bernische oder das baslerische Verwaltungsgericht, die zürcherische Oberrekurskommission oder die solothurnische Rekurskommission zur Fortentwicklung und Verfeinerung der steuerrechtlichen Begriffe geleistet haben, kann kaum hoch genug bemessen werden.

III. Die Mängel der heutigen Ordnung (insbesondere die Mängel der Spezialrekurskommissionen).

1. Die Gefahr der Zersplitterung der Rechtsprechung und der Auflösung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Begriffe.

Eine der verhängnisvollsten Tendenzen in der praktischen Handhabung und in der wissenschaftlichen Bearbeitung des Verwaltungsrechtes ist die Tendenz zur isolierten Betrachtung der einzelnen Verwaltungsgebiete, das Auseinanderstreben der einzelnen verwaltungsrechtlichen Disziplinen: des Steuerrechtes, des Baurechtes, des Sozialversicherungsrechtes usw. Die isolierte Betrachtung der verschiedenen Bereiche der Verwaltungstätigkeit gefährdet nicht nur die innere Einheit der rechtswissenschaftlichen Methode; sie führt zwangsläufig auch weg von der Erkenntnis der großen tragenden Leitgedanken jeder Rechtsordnung. Es bleibt das dauernde Verdienst der klassischen deutschen und französischen Verwaltungsrechtslehre, aufgezeigt zu haben, daß es letzte rechtliche Grundfragen gibt, die sich in jedem Bereich praktischer Verwaltungsarbeit stellen. Nur die klare Erkenntnis dieser Grundfragen gewährleistet die

innere Folgerichtigkeit der Rechtsordnung. So setzt der Entscheid einer Verwaltungsstreitigkeit voraus, daß die Behörden nicht nur jenes oft sehr enge Sachgebiet zu überblicken vermögen, dem der konkrete Streitfall entstammt. Erst aus dem Überblick über die verschiedenen Bereiche der Verwaltungsarbeit läßt sich vielfach der richtige Entscheid gewinnen. Ja vielfach ermöglicht überhaupt erst dieser Überblick, die sich in einem Sondergebiet stellenden Rechtsfragen zu erkennen. Die Übertragung der Verwaltungsrechtspflege an eine Mehrzahl nebeneinander bestehender Spezialrekurskommissionen — und die Spezialrekurskommission ist heute die verbreiteste Form der speziellen Verwaltungsjustizbehörde — verstärkt aber zwangsläufig die auseinanderstrebenden Tendenzen und beeinträchtigt die Erkenntnis der großen und tragenden rechtlichen Grundfragen. Das ist um so schwerwiegender, als es nach Auffassung der klassischen Verwaltungsrechtslehre eben die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzipien sind, in deren Einhaltung der wirksamste Schutz für die Rechte des Bürgers liegt.

2. Die Planlosigkeit in der Schaffung von Spezialrekurskommissionen.

In keinem Kanton ist die Entwicklung heute so weit fortgeschritten, daß auch nur für alle wesentlichen Bereiche der öffentlichen Verwaltung Spezialrekurskommisionen bestehen. Vielmehr sind regelmäßig nur für einzelne Sachgebiete (mitunter sogar nur für das Steuerwesen) besondere Rekursinstanzen geschaffen worden. Dabei fehlt zumeist ein klarer Plan über die Ordnung der Verwaltungsjustiz als Ganzen.

a) So ist vielfach aus innerlich geschlossenen Materien nur ein Teil der Streitfälle an Spezialorgane übertragen worden. Das trifft namentlich zu für die Steuerjustiz. Nur in wenigen Kantonen ist das bestehende Steuergericht zur Entscheidung aller — oder wenigstens aller praktisch

bedeutsamen — Steuerstreitigkeiten zuständig. Streitigkeiten über Nebensteuern (Erbschafts- und Schenkungssteuern, Vergnügungssteuern, Stempelsteuern, Handänderungs-, Wertzuwachs- und Liegenschaftensteuern) werden in den meisten Kantonen ganz oder zum Teil verwaltungsintern erledigt; mitunter sind auch alle Gemeindesteuern von der Überprüfung durch die besonderen kantonalen Steuerjustizbehörden ausgenommen. Das hat zur Folge, daß in einigen Kantonen der Regierungsrat trotz Bestehen einer Steuerrekurskommission immer noch sehr stark mit der Entscheidung von Steuerstreitigkeiten belastet bleibt. Diese regierungsrätliche Steuerjustiz ist um so fragwürdiger, als sie gelegentlich im offenen Gegensatz steht zu den von der Steuerrekurskommission des gleichen Kantons in ihrem Bereich befolgten Grundsätzen⁶⁴⁾. In der Praxis werden allerdings diese Unzulänglichkeiten mehr und mehr erkannt; die Entwicklung tendiert danach, auch im Bereich der Nebensteuern und der Gemeindesteuern die verwaltungsinterne Verwaltungsjustiz zurückzudrängen.

b) Sodann sind oftmals ähnliche Rechtsfragen verschiedenen Spezialrekurskommissionen zum Entscheid übertragen. In einzelnen (allerdings wenigen) Ständen wird zum Beispiel die Veranlagung der eidgenössischen Steuern (Wehrsteuer, Militärflichtersatz) von einer anderen Spezialrekurskommission überprüft als die Veranlagung der kantonalen Einkommens- und Vermögenssteuern. Das hat zur Folge, daß vielfach ein und dieselbe Frage — weil sie sowohl die eidgenössischen wie die kantonalen Steuern berührt — vor zwei voneinander unabhängige Beschwerdeinstanzen gebracht werden kann. Weichen die Auffassungen der Rekursbehörden voneinander ab, so läßt sich die Diskrepanz nicht beheben⁶⁵⁾.

⁶⁴⁾ Die verwaltungsinterne Steuerjustiz ist im übrigen schon an sich fragwürdig; vgl. hiezu die oben in Anm. 38, 39, 60 erwähnten Beispiele.

⁶⁵⁾ Zu was für sonderbaren Ergebnissen das führen kann, zeigt folgendes Beispiel: In einem Steuerfall aus dem Kanton Zürich war

Noch verworrenere ist die Situation im Bereiche der Grundstückschätzung. Im Kanton Zürich zum Beispiel sind es neben den zentralen Verwaltungsbehörden und den Zivilgerichten nicht weniger als vier verschiedene Verwaltungsjustizbehörden, die sich mit der Bewertung von Grundstücken befassen⁶⁶⁾.

Das Fehlen eines Gesamtplanes in der Ordnung der Verwaltungsjustiz wirkt sich als fühlbarer Mangel aus. Nicht nur treten im Verfahren Komplikationen ein; auch die grundsätzlichen Anschauungen der voneinander unabhängigen und keiner gemeinsamen Oberbehörde unterstellten Spezialrekurskommissionen weichen oftmals voneinander ab.

3. Das Abstellen auf das Fachwissen der Behördemitglieder.

Es wird vielfach als ein Vorzug der Übertragung der Verwaltungsjustiz an Spezialrekurskommissionen bezeichnet, daß sich die Justizorgane aus Fachleuten bilden lassen — aus Fachleuten, die die im betreffenden Sachgebiet erforderlichen technischen Kenntnisse mitbringen. Diesem Moment ist indessen im allgemeinen eine zu große Bedeutung beigegeben worden. Die Rücksicht auf das Fachwissen der Behördemitglieder mag angehen bei der Bestellung eines Organes, das (wie zum Beispiel eine Grundschätzungskommission) vor allem über Bewertungsfragen

streitig, ob ein Steuerpflichtiger durch sein Verhalten der Wirkungen der Steueramnestie von 1945 verlustig gegangen sei. Die Oberrekurskommission hat die Frage für die kantonalen Steuern verneint, die Wehrsteuerrekurskommission hat sie für die eidgenössischen Steuern bejaht. Die gleiche Rechtsfrage ist somit von zwei Behörden — allerdings mit Wirkung für verschiedene Steuern — gegensätzlich entschieden worden. Dieser Fall steht nicht vereinzelt da.

⁶⁶⁾ Die Steuerjustizbehörden, die Schätzungskommissionen in Enteignungs- und Mehrwertsstreitigkeiten, das landwirtschaftliche Schiedsgericht und die Gebäudeschätzungsrekurskommission. Die Praxis dieser Behörden weicht oft stark voneinander ab.

zu entscheiden hat. Anders aber verhält es sich, wo es Aufgabe einer Behörde ist, Recht zu sprechen. Mangelnde Kenntnis der technischen Gegebenheiten läßt sich im allgemeinen durch Beziehung eines Sachverständigen leicht ausgleichen, mangelnde Vertrautheit mit den rechtlichen Zusammenhängen indessen nicht. Es stellt daher zwangsläufig die Qualität der Rechtsprechung in Frage, wenn bei der Bestellung der Verwaltungsjustizbehörden vor allem auf das technische Wissen der Mitglieder abgestellt wird. Ferner kann nicht verkannt werden, daß die Berufung auf das eigene Fachwissen der Behörde in vielen Fällen eine fühlbare Beeinträchtigung des Rechtsschutzanspruches des Privaten bedeutet. Namentlich in der Veranlagung des Gewerbes und der Landwirtschaft sind manche Steuerjustizbehörden dieser Gefahr nicht entgangen. Mit dem für den Beschwerdeführer nur schwer widerlegbaren Hinweis auf das eigene Wissen der Behörde kann ihm eine wirksame Wahrung seiner Rechte praktisch verunmöglicht werden. Auch die oftmals befolgte Praxis, den Berichten fachkundiger Beamter der Steuerämter das gleiche Gewicht zu verleihen wie dem Bericht eines unabhängigen Experten, vermag nicht zu befriedigen; sie bedeutet eine Verkennung der den Verwaltungsjustizbehörden gesetzten Aufgabe, den Streitfall unabhängig von der Stellungnahme der in die Parteirolle gedrängten Verwaltung zu beurteilen.

So sind denn bezeichnenderweise gerade in jüngster Zeit die Steuerjustizbehörden mehr und mehr dazu übergegangen, von Fall zu Fall Außenstehende als Experten einzuziehen. Auch dieses Vorgehen vermag indessen nicht zu befriedigen. Nicht nur sind die Kosten im Einzelfall unverhältnismäßig hoch (darum bleibt vor allem die Behandlung der sogenannten «kleinen Fälle» am fragwürdigsten); es hält zudem in der Regel auch außerordentlich schwer, sowohl unabhängige wie fachkundige Experten zu finden. Die Lösung sollte vielmehr in der Richtung gesucht werden, daß den Justizbehörden, vor allem den Steuer-

justizorganen, für die hauptsächlichsten Sachgebiete Privatleute als ständige (nicht nur von Fall zu Fall ernannte) Experten beigegeben werden — Experten, gegenüber deren Berichten den am Streitfall Beteiligten die gleichen Rechte (Recht zur Stellung von Ergänzungsfragen, zur Beantragung einer Oberexpertise usw.) zustehen sollten wie in einem Zivilprozeß. Einem ständigen Experten fällt es naturgemäß leichter, im Einzelfall ein sachgemäßes Urteil über die streitigen Tatsachen abzugeben. Zudem wären Kontinuität und Gleichmäßigkeit der Praxis gesichert. Die Beziehung ständiger Experten würde nicht nur eine sachgemäße Streitentscheidung gewährleisten; sie würde zugleich auch ermöglichen, daß die Bestellung der Rekursbehörde vor allem im Hinblick auf ihre rechtsprechende Funktion erfolgen kann.

Im Sinne einer allgemeinen Richtlinie ist die Forderung aufzustellen, daß die Funktion des technischen Experten von der rechtsprechenden Funktion zu trennen und dieser unterzuordnen, oder besser: einzuordnen, ist. So vermögen denn auch die grundsätzliche Stellung und die praktische Arbeit der eidgenössischen Kriegsgewinnsteuerkommission nicht zu befriedigen. Die Kriegsgewinnsteuerkommission hat einerseits zwar wesentlich weitergehende Funktionen als die eines technischen Experten. Andererseits aber fehlt ihr jede Entscheidungsbefugnis; ferner entbehrt das Verfahren vor der Kriegsgewinnsteuerkommission des justizmäßigen Charakters⁶⁷⁾.

IV. Die zukünftige Entwicklung.

1. Die Erweiterung des Zuständigkeitsbereiches der unabhängigen Verwaltungsjustizorgane.

Es ist eine Erfahrung von seltener Eindrücklichkeit, daß in Bund und Kantonen weder die Verwaltung noch der rechtsuchende Bürger die schon bestehenden unabhängigen

⁶⁷⁾ Hiezu Henggeler, J. u. E., Kommentar zur eidgenössischen Kriegsgewinnsteuer, 3. Aufl., S. 128 ff.

Verwaltungsjustizbehörden missen möchten. Wohl mag in der Ausgestaltung der spezialbehördlichen Verwaltungsjustiz noch manche Frage ungelöst sein; die Institution des unabhängigen Verwaltungsrichters als solche hat sich indessen auch praktisch voll bewährt. Insbesondere gilt das auch da, wo dem Obergericht als Rekursinstanz Funktionen der Verwaltungsrechtsprechung übertragen sind; teilweise noch bestehende Unzulänglichkeiten lassen sich durch relativ einfache organisatorische Maßnahmen beheben. Auffallend ist allerdings in einigen wenigen Fällen (es sind Ausnahmen) die geringe Geschäftslast der Verwaltungsjustizbehörden⁶⁸⁾. Der Grund hiefür wird zum Teil darin gesehen, daß die Verwaltung aus Scheu, im Rekursverfahren desavouiert zu werden, durch Nachgiebigkeit Rekursentscheide zu vermeiden sucht. Ein grundsätzlicher Einwand gegen das Bestehen unabhängiger Rekursinstanzen kann indessen in dieser Übersensibilität der Verwaltung nicht wohl gesehen werden. Im Gegenteil bestätigt diese Erfahrung, wie sehr eine unvoreingenommene Streitentscheidung die Schaffung von Organen verlangt, die den Regungen des Beamtenprestiges etwas weniger zugänglich sind. Unverkennbar drängt denn auch die allgemeine Entwicklung überall nach einer Erweiterung der Zuständigkeitsbereiche der unabhängigen Verwaltungsjustizbehörden. Vor allem wird sich in einem Bereich, nämlich im

⁶⁸⁾ Über die Verhältnisse in Basel-Stadt berichtet Regierungsrat Dr. A. Imhof in einem Artikel im Neuen Winterthurer Tagblatt («Verwaltungsgericht in Basel») vom 7. Juni 1946. Die Belastung des Appellationsgerichtes mit Verwaltungsrekursen ist sehr gering; sie betrug in jüngster Zeit ungefähr ein Dutzend Geschäfte pro Jahr. 1944 wurde im Kanton Basel-Stadt nicht ein einziger Steuerrekurs erhoben, auch nicht bei der ersten Instanz, der Steuerkommission. Imhof erblickt die Gründe dieser unnatürlich friedlichen Verhältnisse vor allem im «Vertrauen, das die Steuerverwaltung sich durch ihre Rechtlichkeit erworben hat». Von anderer Seite wird dem Verfasser bestätigt, der Grund liege ebenso sehr in der allzu starken Verhandlungs- und Vergleichsbereitschaft der Steuerorgane während des Veranlagungs- und Einspracheverfahrens.

öffentlichen Baurecht, angesichts der zusehenden Vermehrung und Intensivierung der öffentlich-rechtlichen Eingriffe und Beschränkungen eine Neugestaltung des Rechtsschutzes kaum mehr umgehen lassen^{68a)}). Ebenso ließen sich die dem Bundesrat noch verbliebenen Verwaltungsjustizbefugnisse zum größten Teil auf Spezialbehörden übertragen. Das trifft vor allem zu für die Beschwerden in Zollsachen (Zollstrafsachen) und in Preiskontrollangelegenheiten, die zusammen mehr als die Hälfte aller vom Bundesrat erledigten Verwaltungsstreitigkeiten ausmachen.

2. Die Ordnung der Verwaltungsjustiz nach einem Gesamtplan.

Das Bestreben, das heutige vielfach von Zufälligkeiten und rein opportunistischen Erwägungen bestimmte Nebeneinander von spezialbehördlicher und verwaltungsinterner Verwaltungsjustiz nach einem klaren Gesamtplan zu ordnen, führt zwangsläufig zur Forderung nach einer stärkeren Zusammenfassung der Verwaltungsrechtsprechung in einer Hand. Für die Kantone bedeutet das vielfach auch eine rein organisatorische Notwendigkeit. Schon in Kantonen mittlerer Größe hält es zumeist nicht leicht, geeignete Mitglieder für die bestehenden Spezialrekurskommissionen zu finden.

Im Bund freilich haben sich gewisse auseinanderstrebende Tendenzen in neuerer Zeit eher verschärft. So

^{68a)} Im Kanton Waadt besteht heute schon eine spezielle Rekursinstanz für Baupolizeisachen. Früher war sie nur ein konsultatives Organ; nunmehr sind ihr auch entscheidende Funktionen übertragen. — Vgl. auch den § 69 Abs. 1 des zürcherischen Vorentwurfes zu einem Verwaltungsstreitgesetz (hiezu unten Anm. 70):

«Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen sämtliche Anordnungen, durch welche die im Grundeigentum oder in anderen dinglichen Privatrechten an Grundstücken oder öffentlichen Sachen enthaltenen Befugnisse aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten beschränkt oder beseitigt werden oder die in Anwendung von allgemeinen Vorschriften ergehen, die derartige Beschränkungen enthalten.»

zeichnet sich immer deutlicher eine Aufteilung der Verwaltungsrechtsprechung zwischen dem Bundesgericht und dem Versicherungsgericht ab. Mit immer weiteren Befugnissen wird das Versicherungsgericht zum Verwaltungsrichter in Sozialversicherungsstreitigkeiten. Das bedeutet allerdings nicht, daß sich dieser Dualismus der Beschwerdeinstanzen auch auf die Kantone übertragen muß. Gerade im Bereich der Alters- und Hinterlassenenversicherung ist die innere Verwandtschaft zahlreicher sich stellender Rechtsfragen mit den Rechtsfragen des Steuerrechtes nicht zu übersehen. Eine organisatorische Zusammenlegung des kantonalen Steuergerichtes und der kantonalen Rekursinstanz aus dem Bereich der Altersversicherung ist daher durchaus nicht abwegig. Eine solche Lösung könnte für die Rechtsprechung in beiden Materien nur fördernd sein.

3. Die Schaffung eines zentralen Verwaltungsgerichtes.

Erkennt man einmal die Gefahren und Nachteile, die in der äußeren Zersplitterung der Verwaltungsjustiz liegen, so stellt sich zwangsläufig die Frage nach der Schaffung eines zentralen Verwaltungsgerichtes. Kaum ein anderes juristisches Problem ist wohl von Fachleuten und von Laien schon so bis zum Überdruß breitgetreten worden wie die Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Haben aber die Unversöhnlichkeit der sich zeigenden Gegensätze und die gelegentliche Unfruchtbarkeit der geführten Auseinandersetzungen ihren tieferen Grund nicht darin, daß zu sehr nur ein Aspekt des Problems beleuchtet wurde? Herkömmlicherweise wird die Schaffung eines Verwaltungsgerichtes mit der Stärkung und Sicherung des individuellen Rechtsschutzes begründet. Diese Motivierung ist aber nicht nur zu eng; sie ist sogar geeignet, das Problem zu verfälschen. Ebenso sehr bezeichnet die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein rein organisatorisches Problem, und zwar ein organisatorisches Problem in doppelter Hinsicht. Einmal ist sie ein Mittel, um die oberste Verwaltungsbehörde, den Regie-

rungsrat, von einer Aufgabe zu entlasten, die er angesichts seiner ständig wachsenden Obliegenheiten nur noch sehr schwer zu erfüllen vermag. Sodann weist sie den Weg, um zu erreichen, daß die Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten erneut in der Hand eines Kollegiums zusammengefaßt wird — eines Kollegiums, innert dessen sich der für die Rechtsprechung erforderliche Austausch der Meinungen und Erfahrungen ungehindert vollziehen kann und das zugleich die Konstanz und die Einheitlichkeit der Praxis gewährleistet. Nicht weniger aber bedeutet die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Entwicklungsproblem für das materielle Verwaltungsrecht. Die Unentwickeltheit zahlreicher allgemeiner Begriffe des Verwaltungsrechtes und die Unsicherheit in ihrer Handhabung sind zu einem guten Teil die Folge des Fehlens einer von einer qualifizierten Instanz geschaffenen Judikatur. So liegt der Gedanke der Schaffung eines zentralen Verwaltungsgerichtes im Sinne einer organischen Fortentwicklung der heutigen Institutionen. Wie klein im Grunde dieser Schritt ist, zeigen sehr eindrücklich die gegenwärtigen Bestrebungen im Kanton Waadt⁶⁹⁾), wo aus der organisatorischen Vereinigung der schon bestehenden Spezialrekurskommissionen ein Verwaltungsgericht geschaffen werden soll. In ähnlicher Weise wird auch in den Kantonen Zürich⁷⁰⁾ und Solo-

⁶⁹⁾ Es liegt ein im Auftrage des Regierungsrates von Prof. Dr. H. Zwahlen verfaßter und von einer Expertenkommission vorberatener Entwurf zu einem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vor.

⁷⁰⁾ Im Kanton Zürich wurde am 28. Mai 1933 ein Gesetz über Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit einem Zufallsmehr von rund 72 000 Nein gegen 69 000 Ja verworfen. Auf Grund zweier Motionen im Kantonsrat hat die zürcherische Justizdirektion im Jahre 1944 durch den Verfasser einen neuen Gesetzesentwurf ausarbeiten lassen. Der Vorentwurf der Justizdirektion datiert vom 5. Januar 1946. Er umfaßt 115 Paragraphen und ordnet in vier Hauptabschnitten folgende Materien: 1. Die Kompetenz-ausscheidung zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden; 2. Kompetenzkonflikte; 3. Das Verwaltungsverfahren; 4. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

thurn⁷¹⁾ erwogen, durch Erweiterung des Zuständigkeitsbereiches der besonderen Steuerjustizbehörde ein eigenes Verwaltungsgericht zu bilden^{71a)}. Dabei ist es nichts anderes als eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob das Verwaltungsgericht eine organisatorisch selbständige Behörde darstellen soll oder ob es mit dem kantonalen

⁷¹⁾ Vorentwurf zu einem neuen Gesetz über die Gerichtsorganisation, §§ 49 ff. Die Zuständigkeiten des Verwaltungsgerichtes sind nach diesem Entwurf allerdings sehr eng begrenzt.

^{71a)} Aus dem Begleitbericht zum zürcherischen Vorentwurf: «Die Justizdirektion legt hiemit einen Gesetzesentwurf vor, der im wesentlichen den Anregungen der beiden Motionäre folgt. Sie bejaht die Wünschbarkeit und die Notwendigkeit eines weitern Ausbaus der Administrativjustiz nicht nur deshalb, weil diese Reform eine Verstärkung und Sicherung der Rechtsstellung des Bürgers bringt. Wie vor allem die Erfahrungen auf dem Gebiete des Steuerwesens zeigen, ist eine unabhängige Verwaltungsrechtsprechung auch in hohem Maße geeignet, zur Klärung und Fortbildung des materiellen Verwaltungsrechts beizutragen. Damit dient sie sowohl dem wohlverstandenen Interesse des Staates wie des einzelnen Bürgers. Die Unentwickeltheit des Verwaltungsrechtes, die in vielen Fällen eine gefährliche Rechtsunsicherheit schafft, ist zu einem großen Teil der Ausdruck des Fehlens einer durch eine qualifizierte Instanz geschaffenen Judikatur. Es ist daher kein Zufall, wenn während der letzten Zeit im Bund wie in den Kantonen in den verschiedensten Bereichen der Verwaltungstätigkeit zur Beurteilung spezieller Verwaltungssachen in immer größerer Zahl unabhängige Rekurskommissionen gebildet wurden. Ihrem Wesen nach sind diese Rekurskommissionen nichts anderes als Spezialverwaltungsgerichte. Auf die Dauer allerdings vermag diese Lösung nicht zu genügen. Freilich werden auch in Zukunft in Gebieten, die ausgesprochene Spezialkenntnisse erfordern, besondere Rekurskommissionen bestehen bleiben müssen. Wie indessen das geltende Prozeßrecht im Bereiche der Zivil- und Strafjustiz um der Einheitlichkeit der Rechtsprechung willen bemüht ist, Sondergerichte möglichst zu vermeiden, so kann auch die Administrativjustiz die ihr zugedachte Aufgabe nur dann richtig erfüllen, wenn die Rechtsprechung in der Hand einer einzigen und sich ausschließlich mit dem Verwaltungsrecht befassenden Behörde vereinigt liegt. Entscheidende Fragen des öffentlichen Rechtes lassen sich nur aus einem Überblick über die verschiedenen Bereiche praktischer Verwaltungstätigkeit beantworten.»

Obergericht zu verbinden ist. Für kleine Kantone wird wohl nur die zweite Lösung in Betracht fallen. Das schließt allerdings nicht aus — es mag dies im Gegenteil sogar zweckmäßig sein — das Obergericht zur Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten besonders zu besetzen. Zu warnen ist dabei allerdings vor einer praktisch nicht durchführbaren (weil die Auswahl geeigneter Persönlichkeiten allzu erschwerenden) Überspannung der Unvereinbarkeitsbestimmungen; es vermöchte die Praxis des Verwaltungsgerichtes nur zu bereichern, wenn ihm allenfalls auch Juristen aus der Verwaltung — selbstverständlich müßten diese in Minderheit bleiben — angehören würden.

Aus der gegebenen Begründung für die Notwendigkeit eines Ausbaus der Verwaltungsjustiz ergeben sich drei praktische Konsequenzen:

a) Es kann, wenigstens im Regelfall, nicht darum gehen, das Verwaltungsgericht als zweite oder gar dritte Rekursinstanz dem Regierungsrat überzuordnen. Denn gerade die mit der Schaffung eines Verwaltungsgerichtes angestrebten organisatorischen Ziele würden nicht erreicht, wenn sich der Regierungsrat doch — zwar nicht als letzte, aber doch als zweitletzte Instanz — mit jedem Streitfall zu befassen hätte. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht sollte somit den Rekurs an den Regierungsrat ersetzen⁷²⁾). Lediglich hinsichtlich solcher Angelegenheiten, die der Regierungsrat erinstanzlich beurteilt und die ihrer großen Tragweite wegen nicht einer untergeordneten Verwaltungsbehörde übertragen werden können, muß die Einräumung eines Rekursrechtes an das Verwaltungsgericht erwogen werden.

b) Es kann ferner nicht darum gehen, die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes nach der Generalklausel zu umschreiben. Ähnlich wie im System der Verwaltungs-

⁷²⁾ In Basel-Stadt ist zwar das Verwaltungsgericht dem Regierungsrat übergeordnet. Der Regierungsrat hat es indessen in der Hand, einen zunächst an ihn gerichteten Rekurs direkt dem Verwaltungsgericht zu überweisen.

rechtsprechung durch Spezialrekurskommissionen sind vielmehr nur jene Streitfälle dem Verwaltungsgericht zu unterbreiten, die sich ihrer Natur nach zur justizmäßigen Erledigung eignen. Je mehr die Verwaltungsgesetzgebung mit technischen Vorschriften belastet wird, desto notwendiger erscheint eine Auswahl der an das Verwaltungsgericht weiterziehbaren Angelegenheiten. Freilich darf diese Auswahl auch nicht (was für den Bund zutrifft) zu eng getroffen werden. Eine schöpferische Verwaltungsrechtsprechung verlangt nach einer gewissen Breite, nach der Übersicht über größere Bereiche der Verwaltungstätigkeit. Eine zu enge Umschreibung des Zuständigkeitsbereiches wird sich am ehesten dann vermeiden lassen, wenn nicht die Enumerationsmethode im engsten Sinn, sondern die Methode der sogenannten Teilgeneralklauseln gewählt wird⁷³⁾.

c) Eine Gabelung des Rekursweges — das heißt die Möglichkeit, in der gleichen Sache je nach dem Anfechtungsgrund sowohl das Verwaltungsgericht und den Regierungsrat anzurufen — muß aus praktischen Gründen unbedingt vermieden werden. Das bedingt, daß die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes nicht auf die bloße Rechtskontrolle beschränkt bleiben kann. Auch die Überprüfung des Sachverhaltes und — wenigstens in bestimmten Angelegenheiten — der Handhabung des sogenannten freien Ermessens darf dem Verwaltungsgericht nicht vorenthalten sein.

⁷³⁾ Im Sinne von Teilgeneralklauseln weist der zürcherische Entwurf dem Verwaltungsgericht unter anderem die Beurteilung der Streitigkeiten über folgende Angelegenheiten zu: Öffentlich-rechtliche Geldleistungen und Kautionsen, Pflicht zur Einholung einer behördlichen Bewilligung (und zwar irgendeiner Bewilligung!), Entzug einer Bewilligung, Verbot oder Verweigerung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit, öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, Rechte und Pflichten an öffentlichen Sachen usw.

§ 6. Die Ausgestaltung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz.

I. Die Notwendigkeit einer Umgestaltung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz.

Eine Erweiterung der Kompetenzen der unabhängigen Verwaltungsjustizbehörden macht eine Umgestaltung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege nicht überflüssig. Sie verlangt im Gegenteil danach^{73a)}:

a) In zahlreichen Fällen entscheiden die besonderen Verwaltungsjustizbehörden als zweite, ja mitunter sogar als dritte Rekursinstanz; dem Rekursverfahren vor der Spezialbehörde geht somit vielfach ein verwaltungsinternes Rekursverfahren voraus. Die formellen Grundsätze, die für die Behandlung einer Angelegenheit durch die zweite Beschwerdeinstanz gelten, wirken zwangsläufig zurück auf das vorausgehende Verfahren. Es führt zu untragbaren Spannungen, wenn die rechtlichen Garantien, die dem Beschwerdeführer im Verfahren vor der obersten Instanz zu stehen, wesentlich weitergehende sind als in den früheren Prozeßstadien.

b) Sodann wird eine Übertragung aller Verwaltungsstreitigkeiten an unabhängige Verwaltungsjustizorgane nicht, ja angesichts der Vermehrung der rein technischen Verwaltungsvorschriften je länger, je weniger in Erwägung gezogen werden können. Neben der spezialbehördlichen Verwaltungsjustiz wird auch in Zukunft die ver-

^{73a)} Aus dem Begleitbericht zum zürcherischen Vorentwurf:

«Nicht weniger notwendig erscheint sodann der Erlaß allgemeiner Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren, insbesondere über das Rekursverfahren in der Verwaltung. Nur dann kann das mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit verfolgte Ziel — der erhöhte Rechtsschutz für den Bürger und die Fortbildung und Klärung des materiellen Rechtes — voll erreicht werden, wenn auch für die unteren Verwaltungsbehörden, deren Entscheide direkt oder indirekt einer Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht unterliegen, in formeller Hinsicht klarere Rechtsgrundlagen geschaffen werden.»

waltungsinterne Verwaltungsrechtspflege einen weiten Raum einnehmen. Das gilt um so mehr, als bei der starken Zurückhaltung der Kantone gegenüber einer grundlegenden Reform der Administrativjustiz nur mit einer schrittweisen Verwirklichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerechnet werden kann. Die Umgestaltung der verwaltungsinternen Rechtspflege mag daher vielfach als das Zunächstliegende erscheinen⁷⁴⁾.

II. Der Erlaß gesetzlicher Vorschriften über das Verwaltungsverfahren, insbesondere über das Rekursverfahren vor den Verwaltungsbehörden⁷⁵⁾.

Kaum ein anderer Bereich der Rechtsordnung ist gesetzgeberisch so sehr vernachlässigt wie der Verwaltungsprozeß. Das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, insbesondere das Rekursverfahren, ist vom positiven Recht zumeist nicht oder nur in Bruchstücken geordnet worden. Wohl finden sich in den meisten neueren Verwaltungsge setzen in der Regel auch Verfahrensbestimmungen — Vorschriften, die allerdings regelmäßig nur für einen ganz bestimmten Bereich der öffentlichen Verwaltung Anwendung finden. Diese formellrechtlichen Bestimmungen sind

⁷⁴⁾ «Wenn es gelingt, dem Verwaltungskörper Kontrolleinrichtungen einzubauen, welche die Gesetzmäßigkeit und die Folgerichtigkeit der Verwaltungspraxis sicherstellen, ohne der Einheit der Verwaltung und der Offizialmaxime Abbruch zu tun, ist dieses Mittel dem immer etwas künstlichen Mittel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzuziehen» (Burckhardt in «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Eidgenossenschaft», S. 248). Die skeptische Haltung Burckhardts gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist weniger die Folge praktischer Einsicht als einer bestimmten dogmatischen Haltung. Die Erfahrung zeigt, daß von den Spezialbehörden der Administrativjustiz die Offizialmaxime im allgemeinen nicht weniger streng gehandhabt wird als im Rekursverfahren vor den Verwaltungsbehörden. Eine praktisch fühlbare Beeinträchtigung der Einheit der Verwaltung läßt sich bei zweckmäßiger Ausgestaltung der spezialbehördlichen Verwaltungsjustiz vermeiden.

⁷⁵⁾ Schollenberger, Bd. III, S. 207 ff.

aber zumeist in doppelter Hinsicht mangelhaft. Einmal sind sie nicht vollständig. Fragen, die notwendigerweise gelöst werden sollten, bleiben vom positiven Recht unbeantwortet; es ist zum Beispiel keine vereinzelte Erscheinung, daß Verwaltungsgesetze ausdrücklich eine Rekurs- oder Beschwerdemöglichkeit einräumen, ohne aber die Rechtsmittelfrist zu nennen. Sodann sind die getroffenen Lösungen uneinheitlich. Ohne ersichtlichen Grund sind vielfach in den einzelnen Verwaltungsgebieten abweichende Vorschriften erlassen worden. Es gibt zum Beispiel Kantone, in denen eine Skala von sechs und mehr verschiedenen Rekursfristen zu Gebote steht⁷⁶⁾. Diese Lückenhaftigkeit und Zersplitterung des geschriebenen Rechtes wirkt sich sowohl zum Nachteil der Verwaltung wie des rechtsuchenden Bürgers aus. Die maßgeblichen formell-rechtlichen Regeln müssen in mühsamer Weise in der Rechtsanwendung selbst gebildet werden, und oft genug zeigt es sich, daß die Praxis überhaupt nicht zu klaren und strikten befolgten Grundsätzen zu gelangen vermag. Ebenso ist es nichts mehr als eine Verlegenheitslösung, wenn in verschiedenen Kantonen auch auf das Verwaltungsverfahren subsidiär die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung angewandt werden. Daß, wie immer wieder gesagt wird, die Freiheit des Verwaltungsverfahrens einen Vorzug bedeute, wird — wie bereits dargelegt wurde⁷⁷⁾ — durch die Erfahrung widerlegt. Bedeutsam ist auch, daß die relativ wenigen bestehenden verwaltungsprozessualen Vorschriften vielfach stark veraltet sind. Es ist keine Seltenheit, daß die Praxis — weil es unterlassen wurde, die Gesetzgebung den neuen Bedürfnissen anzupassen — in bewußtem Gegensatz zu den formell noch geltenden positivrechtlichen Vorschriften steht.

⁷⁶⁾ Im Kt. Zürich, in dem die Verhältnisse in manchem noch übersichtlicher sind als in anderen Ständen, sind im Verwaltungsverfahren neun verschiedene Rekursfristen (2, 3, 4, 5, 6, 10, 14, 20 und 30 Tage) bekannt.

⁷⁷⁾ Oben § 3 V 2.

Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts ist immer wieder die Forderung erhoben worden, es seien für das Verwaltungsverfahren allgemeine (das heißt nicht nur für einen speziellen Verwaltungsbereich maßgebliche) Vorschriften zu erlassen⁷⁸⁾. Diese Forderung hat indessen bisher auffallend wenig Gehör gefunden. Allerdings hat auch hier die Zeit in der ersten Hälfte und um die Mitte des letzten Jahrhunderts ihre gesetzesschöpferische Kraft bewiesen. Eine Reihe von Kantonen erließ damals eigentliche (allerdings zum Teil sehr knapp gehaltene) Verwaltungsprozeßordnungen⁷⁹⁾. Obwohl diese durch die Verhältnisse überholt sind, stehen sie teilweise heute noch in Kraft. Ferner finden sich in fast allen Kantonen in irgendeinem Gesetz (so zum Beispiel im Gemeindegesetz, dem Gesetz über die Organisation des Regierungsrates, dem Einführungsgesetz zum ZGB) vereinzelte Vorschriften über das Verwaltungsverfahren im allgemeinen. Ein modernes Gesetz, das in umfassender Weise das Administrativverfahren, vor allem das verwaltungsbehördliche Verwaltungsjustizverfahren regelt, besteht indessen nirgends. Als die beste Ordnung eines Teilgebietes der verwaltungsinternen Administrativjustiz muß wohl die am 1. Dezember 1942 vom Großen Rat des Kantons Graubünden erlassene «Verordnung über das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat» angesehen werden. Diese Verordnung, die allerdings (gleich wie die Art. 124–134 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943) nur für das Verfahren vor der obersten Verwaltungsbehörde Gel-

⁷⁸⁾ Vgl. zum Beispiel Kistler, a. a. O., S. 149; Speiser, Verwaltungsrechtspflege, S. 557; Buser, a. a. O., S. 36; Vogt, Beiträge zur Kritik und Geschichte der Administrativjustiz im Kt. Bern, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 5, S. 137 ff.

⁷⁹⁾ So Bern (Prozeßform für Administrativstreitigkeiten von 1818), Zürich (Gesetz über Streitigkeiten im Verwaltungsfach von 1831), Solothurn (Prozeßordnung in Zivil- und Administrativstreitsachen von 1839), Schwyz (Verordnung über das Verfahren in Administrativrechtsstreitigkeiten von 1858) und Thurgau (Gesetz betreffend die Administrativstreitsachen von 1866).

tung hat, ist nicht nur in ihrer Systematik und in ihren Grundkonzeptionen vorbildlich; sie hat sich auch in der praktischen Handhabung voll bewährt.

Eine weitergehende gesetzliche Ordnung des Verwaltungsprozesses wird in Bund und Kantonen — vor allem aber in den Kantonen — nicht zu vermeiden sein. Mit der gesetzlichen Regelung des Rekursverfahrens, vor allem mit der gesetzlichen Verankerung ganz bestimmter formellrechtlicher Garantien zugunsten des rechtsuchenden Bürgers, verlieren wesentliche gegen die heutigen Formen der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz vorgebrachte Einwände ihre Berechtigung. Es ist denn auch unverkennbar, daß sich die neuere Gesetzgebung immer mehr der Fragen des Verwaltungsprozesses annimmt. So ist zum Beispiel dem in parlamentarischer Beratung stehenden neuen st.-gallischen Gemeindegesetz ein besonderer, 41 Artikel umfassender Abschnitt beigegeben, der allgemeine (allerdings nur subsidiär anwendbare) Vorschriften für das Administrativverfahren enthält⁸⁰⁾; gleiche (wenn auch weniger einlässliche) Vorschriften finden sich ferner im Entwurf zu einem neuen Gemeindegesetz für den Kanton Solothurn⁸¹⁾. Auch das in Vorbereitung befindliche zürcherische Verwaltungsrechtspflegegesetz soll zugleich zum allgemeinen Kodex des Verwaltungsverfahrens werden⁸²⁾.

⁸⁰⁾ Vgl. Botschaft des Regierungsrates zum «Gesetzesentwurf über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden und Bezirke und das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden» vom 4. Mai 1946.

⁸¹⁾ Vorlage des Regierungsrates vom 6. Juli 1946, §§ 219—230.

⁸²⁾ Der Zürcher Vorentwurf (vgl. oben § 5 Anm. 11) ordnet im dritten Abschnitt insbesondere das verwaltungsinterne Rekursverfahren und die Vollstreckung von Verwaltungsentscheiden. Ferner enthält er Bestimmungen über folgende allgemeine Fragen des Verwaltungsverfahrens: Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden, Offizialmaxime, Rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Zeugeneinvernahme, Mitteilung von Verfügungen und Entscheidungen, Fristen.

III. Die organisatorische und personelle Trennung der Verwaltungsjustiz von den übrigen Funktionen der Verwaltungsbehörden.

Eine der stärksten Beeinträchtigungen der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz ergibt sich daraus, daß in Beschwerdefällen die Instruktion und die Antragstellung Funktionären obliegt, deren hauptsächlichster Aufgabenbereich nicht die Verwaltungsjustiz, sondern die sonstige Verwaltungsarbeit ist. So fehlt sehr oft den verantwortlichen Beamten für die Vorbereitung der ihnen zusätzlich zu ihrer eigentlichen Aufgabe übertragenen Beschwerdesachen die notwendige Zeit. Nicht weniger mangeln ihnen aber mitunter auch die Erfahrungen in der Verwaltungsrechtsprechung und der erforderliche Überblick über die verschiedenen Teilgebiete des Verwaltungsrechtes. Vor allem in großen Verwaltungsabteilungen liegt es daher nahe, nach einer Lösung zu suchen, die die Verwaltungsrechtsprechung einerseits organisatorisch und personell von den übrigen Funktionen der Verwaltungsbehörden trennt und sie andererseits bei einer Stelle zusammenfaßt.

Im Bund wurde ein erster und entscheidender Schritt in dieser Richtung getan, indem die Beschwerdesachen an den Bundesrat der Justizabteilung zur Instruktion und Antragstellung überwiesen worden sind. Damit ist einmal dem rechtsuchenden Bürger eine größere Garantie für die unvoreingenommene Prüfung seiner Sache gegeben. Gleichzeitig ist aber auch für eine stärkere Einheitlichkeit der Rekurspraxis Gewähr geboten. In Weiterverfolgung dieses Gedankens ist nunmehr auch innerhalb der Polizeiabteilung eine besondere (zur Zeit aus fünf juristischen Beamten bestehende) Rekurssektion geschaffen worden, der — gleich wie der Justizabteilung hinsichtlich der bundesrätlichen Entscheidungen — die Vorbereitung der Rekursentscheidungen des Departementes in Fremdenpolizeifällen und in Bürgerrechtssachen (jährlich viele hundert Geschäfte) übertragen ist. Eine

ähnliche, allerdings etwas freiere Organisation ist auch innerhalb des Generalsekretariates des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes geschaffen worden. Die Erfahrungen, die namentlich mit der Rekurssektion der Polizeiabteilung gemacht wurden, sind derart gute, daß man nur wünschen kann, auch andere eidgenössische Verwaltungsabteilungen werden im gleichen Sinne umgestaltet.

Auch in den Kantonen wird sich die Frage stellen, ob nicht in der Richtung eine Änderung getroffen werden könnte, daß sämtliche Rekursfälle ein und demselben Departement (am ehesten dem Justizdepartement) oder aber — was schon wiederholt angeregt wurde — der Staatskanzlei zur Vorbereitung und Antragstellung zugewiesen werden. Einer solchen Umgestaltung sind allerdings Grenzen gesetzt. Richtet sich nämlich der Rekurs gegen eine außerhalb der kantonalen Zentralverwaltung stehende Stelle, zum Beispiel gegen eine Gemeinde, so geht es nicht an, jenes Departement gänzlich auszuschalten, dessen Aufgabenbereich durch den Rekurs berührt wird. Es könnte sich somit in jedem Fall nur darum handeln, neben dem sachlich interessierten Departement noch eine andere und immer die gleiche Amtsstelle zum Mitbericht einzuladen. Anders verhält es sich allerdings, wenn sich der Rekurs an den Regierungsrat nicht gegen eine außerhalb der kantonalen Zentralverwaltung stehende Behörde, sondern gegen ein Departement selbst richtet. Gegenüber der heute dominierenden Ordnung (Einschaltung des mit der Sache weniger vertrauten und überdies noch öfters wechselnden stellvertretenden Departementsvorstehers) wäre es um vieles vorzuziehen, die Antragstellung an den Regierungsrat in allen Fällen der gleichen Instanz zu übertragen. Wäre diese Amtsstelle die Staatskanzlei, so hätte das den weiteren Vorteil, daß der vorbereitende Beamte — es wird in vielen und vor allem in wichtigen Fällen der Staatsschreiber selbst sein — selbst an den Verhandlungen des Regierungsrates teilnimmt und hier seinen Antrag vertreten und die Auffassung des Kol-

legiums entgegennehmen könnte. Wie wertvoll das ist, zeigt sich in jenen (zumeist kleineren) Kantonen, in denen der Staatsschreiber schon auf Grund der heutigen Ordnung in einzelnen Fällen dazu kommt, dem Regierungsrat Antrag zu stellen oder ihm aber zu einem von anderer Seite gestellten Antrag seine Auffassung mitzuteilen.

Freilich vermag auch eine Umgestaltung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz im hier dargelegten Sinn die Vorzüge der spezialbehördlichen Verwaltungsrechtsprechung nicht aufzuwiegen. An den Grundmangel dieser Justizform — die nur scheinbare Überprüfung des Rekursfalles durch das für die Entscheidung verantwortliche Kollegium — vermögen diese Vorschläge nicht zu röhren. Sie beantworten lediglich die Frage, wie das Rekursverfahren am besten zu gestalten ist, wenn man schon eine eingehende Behandlung der Streitsache durch das Kollegium als ausgeschlossen betrachtet.

IV. Einzelprobleme des Verwaltungsprozesses.

1. Akteneinsicht⁸³⁾.

Ohne Kenntnis der Akten der Verwaltungsbehörden ist dem Privaten im Verwaltungsstreitverfahren in vielen Fällen eine wirksame Wahrung seiner Rechte verunmöglicht. Es mag daher erstaunen, daß es noch Kantone gibt, in denen das Aktengeheimnis die Regel bildet — eine Regel, von der nur in besonders gelagerten Fällen abgewichen wird. In der Mehrzahl der Kantone besteht allerdings — wenigstens dem Prinzip nach — die gegenteilige Ordnung. Die behördlichen Akten stehen dem Betroffenen offen, so weit nicht besondere Gründe die Geheimhaltung verlangen. Welches allerdings die Gründe sind, die zur Geheimhaltung der Akten berechtigen, darüber bestehen in den wenigsten Kantonen klare Richtlinien. Mitunter mag man geradezu

⁸³⁾ Albisser, S. 86; Stadelhofer, S. 79. Vgl. ferner von der in Anm. 18 zitierten Literatur insbesondere die Arbeiten von Masnata und Sand.

versucht sein, den leitenden Grundsatz der Praxis in der Grundsatzlosigkeit zu erblicken. Vielleicht nirgends so sehr wie hier zeigt sich die Wünschbarkeit einer verbindlichen gesetzlichen Ordnung.

Nicht unbedenklich erscheinen gewisse Tendenzen in der neueren Verwaltungsjustiz einzelner Bundesämter. Das an sich berechtigte und verständliche Bestreben, den am Rekursverfahren Beteiligten keinen Einblick in die wirtschaftliche Geheimsphäre eines andern zu geben, führt dazu, daß in zahlreichen Fällen dem Rekurrenten die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen vorenthalten werden. Man muß sich fragen, ob das Rechtsschutzbedürfnis mitunter nicht zu sehr hinter dem Geheimhaltungsinteresse hintangestellt wird. Wo aber die Behörden in wirtschaftlichen Angelegenheiten aus guten Gründen die Einsicht in die Entscheidungsgrundlagen verweigern müssen, da wäre es wohl angebracht, dem Bürger gewissermaßen zum Ausgleich dieser Einbuße wenigstens einen unabhängigen Richter zu gewährleisten. Je mehr der Staat in die Wirtschaft eingreift, desto dringender erhebt sich die Forderung nach der Schaffung eigentlicher Verwaltungsgerichte.

Das Recht der Verwaltungsbehörden, in besonderen Fällen zur Wahrung wichtiger Interessen des Staates und Privater die Einsichtnahme in behördliche Akten (zum Beispiel in die sogenannten Informationsakten) zu verweigern, kann grundsätzlich nicht verneint werden. Diese Befugnis sollte indessen an Einschränkungen gebunden sein:

a) Einmal sollte es nicht zulässig sein, dem Bürger unbesehen ein ganzes ihn betreffendes Akten dossier vorzuenthalten. Das Recht zur Einsichtsverweigerung kann sich vernünftigerweise stets nur auf jene einzelnen Aktenstücke erstrecken, auf die die Geheimhaltungsgründe zutreffen.

b) Wenn dem Privaten die Einsichtnahme verweigert wurde, dann sollte es aber anderseits den Behörden versagt bleiben, zum Nachteil dieses Privaten auf ein geheim-

gehaltenes Aktenstück abzustellen, sofern dem Betroffenen nicht wenigstens der für die Entscheidung maßgebliche Inhalt des Schriftstückes vorgehalten wurde und sofern ihm nicht Gelegenheit geboten war, sich hiezu zu äußern⁸⁴⁾.

c) Vernehmlassungen der Behörden im Rekursverfahren sollten dem Bürger in jedem Fall zugänglich sein. Ja es wäre sogar erwünscht, wenn diese dem am Verfahren beteiligten Privaten von Amtes wegen zugestellt würden, und zwar gleichgültig, ob auf die behördliche Darlegung noch repliziert werden kann. Erfahrungsgemäß lassen sich einzelne Rekursinstanzen sehr stark durch den Inhalt dieser Vernehmlassungen bestimmen — sehr viel stärker, als vielfach im Inhalt der Rekursentscheidungen zum Ausdruck kommt⁸⁵⁾.

2. Mündlichkeit oder Schriftlichkeit⁸⁶⁾.

Das fast vollständige Vorherrschen der Schriftlichkeit im Verwaltungsstreitverfahren — eine Tatsache, die in manchen Kantonen in auffallendem Gegensatz zu den Formen des Zivilprozesses steht — erschwert nicht nur dem Bürger, vor allem dem einfachen Mann, eine wirksame Darlegung seines Standpunktes; es verhindert unverkennbar auch die Urteilsbildung bei der entscheidenden Instanz. Das gilt zumal dann, wenn es sich um eine Kollegialbehörde

⁸⁴⁾ Der Zürcher Vorentwurf enthält folgende Regel: «Ist einem Privaten die Einsichtnahme in behördliche Akten verweigert worden, so darf zu seinem Nachteil nur insoweit auf diese Akten abgestellt werden, als ihm deren wesentlicher Inhalt vorgehalten wurde und als ihm Gelegenheit geboten war, sich hierüber zu äußern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.»

⁸⁵⁾ Ein praktisches Beispiel: In einer Steuerstreitigkeit wurde in der internen (dem Rekurrenten nicht bekannten) Vernehmlassung der Vorinstanz auf Informationen hingewiesen, die der Steuerbeamte der Gemeinde über die Vermögensverhältnisse des Rekurrenten eingeholt hatte. Obwohl diese Informationen im Rekursentscheid überhaupt nicht erwähnt wurden, bildeten sie doch das eigentliche Motiv für die Abweisung des Rekurses.

⁸⁶⁾ Albisser, S. 147; Fehr, S. 325; Inderbitzin, S. 151; Schwyzer, S. 76; Stadelhofer, S. 80.

handelt. Die Ersetzung des ausschließlich schriftlichen Rekursverfahrens durch ein wenigstens teilweises mündliches Verfahren wäre in hohem Maße geeignet, die Verwaltungsjustiz wieder stärker zur Sache des Gesamtkollegiums zu machen. Auch eine Vereinfachung und Beschleunigung des Prozeßganges ließe sich auf diesem Wege erreichen⁸⁷⁾. Das Verfahren vor den Spezialverwaltungsgerichten ist bereits heute in dem Sinne teilweise mündlich, als vielfach nach Abschluß des Schriftenwechsels obligatorisch oder fakultativ eine mündliche Verhandlung stattfindet⁸⁸⁾; die gemachten Erfahrungen sind in jeder Hinsicht gute. Wie sehr sich auch in der verwaltungsinternen Justiz das Bedürfnis nach mündlicher Kontaktnahme geltend macht, zeigt sich sehr deutlich in der Leichtigkeit, mit der vielfach die mit der Behandlung von Rekursfällen beauftragten Beamten den am Streitverfahren beteiligten Privaten Audienz gewähren. Ja oft ist es sogar die Verwaltung selbst, die eine mündliche Aussprache begehrt. Gegenüber dieser Praxis freier Kontaktnahme mit den einzelnen Beteiligten — eine Praxis, die für eine richterliche Instanz vor allem dann nicht unbedenklich bleibt, wenn mehrere Private mit gegenteiligen Interessen am Verfahren teilnehmen — wäre eine geordnete mündliche Rekursverhandlung vor der urteilenden Instanz in jeder Hinsicht vorzuziehen.

3. Formelle Rekursvoraussetzungen⁸⁹⁾.

Wenn in Bund und Kanton die Praxis der Verwaltungsjustizbehörden im allgemeinen auch sehr wenig formalisiert

⁸⁷⁾ Der Zürcher Vorentwurf sieht eben für die Fälle, deren Beurteilung keinen Aufschub erträgt, vor dem Verwaltungsgericht ein mündliches Verfahren vor.

⁸⁸⁾ Im Hinblick auf die im Verwaltungsverfahren geltende Offizialmaxime bleibt es in der Praxis allerdings vielfach ungewiß, ob und wieweit in der mündlichen Verhandlung neue Tatsachen geltend gemacht werden können. Nur ausnahmsweise ist das Verfahren vor einer speziellen Verwaltungsjustizbehörde in vollem Umfang mündlich.

⁸⁹⁾ Albisser, S. 144; Fehr, S. 183; Inderbitzin, S. 137.

stisch verfährt, so zeigen sich doch vereinzelte Erscheinungen, die zum Aufsehen mahnen. Umstritten ist vor allem — und das gilt nicht nur für das Verwaltungsstreitverfahren vor den Verwaltungsbehörden, sondern auch für das Verfahren vor den besonderen Verwaltungsjustizorganen —, wie weit Rekursantrag und Rekursbegründung spezifiziert sein müssen. Oberste kantonale Verwaltungsjustizbehörden haben den Grundsatz geprägt, auf ein Rekursbegehren dürfe nur dann eingetreten werden, wenn vom Beschwerdeführer ein klarer (bei Streitigkeiten über Geldforderungen ziffernmäßig bestimmter) Rekursantrag gestellt worden sei. Sehr oft zeigt sich dann aber, daß sich die Praxis der unteren Verwaltungsbehörden, ja oft selbst die Praxis derjenigen Instanz, die diesen Grundsatz geprägt hat, wenig an diese gewissermaßen offiziell geltende Richtlinie hält. Stillschweigend wird vielfach über vorhandene formelle Mängel hinweggesehen. Dieses Nachgeben gegenüber formellrechtlichen Grundsätzen schafft die Gefahr ungleicher und willkürlicher Behandlung. Die Versuchung liegt nahe, «das formelle Pferd eben dann zu reiten, wenn man ein Begehren materiell abgewiesen wissen will»⁹⁰). Aus diesen Erfahrungen muß die Folgerung gezogen werden, daß die Erhebung eines Verwaltungsrekurses von Gesetzes wegen formell so stark als möglich erleichtert werden sollte. Das ist um so gerechtfertigter, als anderseits der Staat dem im Verwaltungsstreitverfahren obsiegenden Bürger in praktisch fast allen Fällen eine Parteientschädigung versagt. Dann darf aber das Verfahren nicht derart erschwert werden, daß sich der einfache Mann nicht mehr ohne Beziehung eines Rechtskundigen erfolgreich zur Wehr setzen kann.

⁹⁰) In diesem Sinn hat sich ein Beamter mit jahrzehntelanger Erfahrung in der Verwaltungsjustiz gegenüber dem Verfasser ausgedrückt.

4. Der Zeugenbeweis⁹¹⁾.

Die gesetzliche Zulassung des Zeugenbeweises in der Administrativjustiz wird von der Verwaltung vielfach mit der Begründung abgelehnt, es ergebe sich eine untragbare Belastung und Verzögerung des Verfahrens, wenn der Rekurrent die Einvernahme von Zeugen durchsetzen könnte. Die Erfahrung lehrt indessen, daß auf den Zeugenbeweis im Verwaltungsstreitverfahren nicht verzichtet werden kann. In einer Reihe von Kantonen nehmen sich einzelne Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörden seit Jahren das Recht heraus, in besonders gelagerten Fällen «Zeugen» einzuvernehmen, obwohl jede gesetzliche Vorschrift über das Zeugeneinvernahmerecht durch die Verwaltungsbehörden fehlt. Mitunter sogar werden die Privaten unter entsprechender Androhung vorgeladen und zur Wahrheit ermahnt, obwohl in Ermangelung einer gesetzlichen Verankerung der Zeugnispflicht kein Richter denjenigen, der unwahr aussagt, wegen falschen Zeugnisses bestrafen könnte. Allerdings muß im Interesse des Verfahrensganges in der Zulassung des Zeugenbeweises Zurückhaltung geübt werden. Der Zeugenbeweis sollte einerseits nur als subsidiäres Beweismittel — als Erkenntnismittel für den Fall, daß eine hinreichende Abklärung des Tatbestandes auf andere Weise nicht möglich ist — zugelassen werden. Andererseits sollte die Einvernahme von Zeugen jenen Verwaltungsbehörden vorbehalten bleiben, die Gewähr für eine richtige Durchführung des Beweisverfahrens bieten.

V. Die Veröffentlichung der Verwaltungsentscheide.

In nichts zeigen sich so sehr Erfolg oder Versagen der Verwaltungsjustiz wie darin, ob die gefällten Entscheide über den konkreten Streiffall hinaus als allgemeine Richtlinien für die Arbeit der Verwaltungsbehörden dienen können. Zum festen und anerkannten Maßstab für andere

⁹¹⁾ Albisser, S. 148; Fehr, S. 337; Inderbitzin, S. 130; Schwyz, S. 111.

Fälle vermögen aber behördliche Entscheide nur dann zu werden, wenn sie der Öffentlichkeit bekannt sind und wenn sie der öffentlichen Kritik standzuhalten vermögen. Vom Reichtum der Verwaltungsrechtsprechung der kantonalen Regierungen ist dem Außenstehenden nur wenig bekannt. In einzelnen Kantonen werden überhaupt keine Entscheide publiziert; in anderen sind sie (mangels einer genügenden Registrierung oft kaum mehr auffindbar) zerstreut in Geschäftsberichten und Amtsblättern. Nur in wenigen Ständen werden die Verwaltungsentscheide der Behörden einigermaßen regelmäßig und geordnet veröffentlicht. Die Zurückhaltung in der Publikation der verwaltungsbehördlichen Judikatur hat ihren Grund zum Teil zweifellos in nichts anderem als in der mangelnden Einsicht in die Notwendigkeit dieser Arbeit und in einem allzu großen Sparsinn. Zum Teil freilich hält die Verwaltung — sei es, daß sie Rückwirkungen auf andere Streitfälle befürchtet, oder sei es, daß sie sich in ihrer Stellungnahme selbst nicht sicher fühlt — ihre Entscheide bewußt zurück. Die Bedeutung, die einer systematischen Sichtung der verwaltungsbehördlichen Judikatur für die Rechtsprechung der Behörden zukommt, kann kaum hoch genug eingeschätzt werden. Die Wirkung ist feststellbar, wo — wie in St. Gallen, Graubünden und im Bund — bereits derartige (allerdings noch stark des Ausbaus und der Verbesserung fähige) Sammlungen bestehen. Es ist bestimmt auch kein Zufall, daß eben jene schweizerischen Steuergerichte, die ihre Entscheide am vollständigsten publiziert haben, auch am stärksten die Verwaltungspraxis — und zwar nicht nur die Praxis ihres Kantons — sowie die Fortgestaltung der Gesetzgebung bestimmt haben.
