

**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:** 72 (1953)

**Artikel:** Gedanken über das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

**Autor:** Schmid, Anatol

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896107>

### **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:** 07.02.2026

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

# Gedanken über das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Von Dr. Anatol Schmid, Luzern

La bonté des lois est, osons le dire, une chose  
beaucoup moins importante que l'esprit avec lequel  
une nation se soumet à ses lois et leur obéit.

Benjamin Constant

---

## A. Einleitung

In seinem berühmten Werk «De l'esprit des lois» (1748) stellte Montesquieu den *pouvoir judiciaire* in Gegensatz zum *pouvoir législatif* und zum *pouvoir exécutif*. Damals gab es noch keine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Gerichte befaßten sich einzig mit Strafsachen und Zivilsachen; der *pouvoir judiciaire* war «celui de juger les crimes ou les différends des particuliers». Dies führte im Laufe des 19. Jahrhunderts dazu, das Zivilrecht und das Strafrecht als ein Ganzes, das (durch die Gerichte fortgebildete) «Justizrecht», dem (durch die Verwaltungsorgane angewendeten) «Verwaltungsrecht» gegenüberzustellen<sup>1</sup>. Doch bietet die Gewaltentrennungslehre Montesquieus kaum Anhaltspunkte für die Erkenntnis, ob denn Verwaltungsgerichtsbarkeit — materiell betrachtet — Rechtsprechung oder Verwaltungstätigkeit sei<sup>2</sup>.

In der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts gewann die Auffassung, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Justiz

---

<sup>1</sup> Vgl. Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht (1949) S. 13—15.

<sup>2</sup> Vgl. W. Oswald, ZSR 1943 S. 410a und 414a.

zähle, die Oberhand und verdichtete sich zur herrschenden Meinung. Im folgenden sei versucht, den Grundzügen dieser Entwicklung nachzugehen und einiges zur Rechtfertigung der herrschenden Lehre beizusteuern. Dabei dienen mir als Ausgangspunkte das Steuerwesen und die Sozialversicherung, zwei Verwaltungsbereiche, die einer spezifisch rechtlichen Betrachtungsweise in besonderem Maße zugänglich sind<sup>3</sup>.

## **B. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Widerstreit der Lehrmeinungen**

### **I. Die Theorie vom verwaltungsgerichtlichen Urteil als Verwaltungsakt**

1. Otto Mayer stand im Bann der französischen Lehre vom Verwaltungsakt. Vorbild war ihm der französische Conseil d'Etat, eine zentrale, «der Ordnung der Verwaltung zugehörige Behörde, welche berufen ist, Verwaltungsakte im Parteiverfahren zu erlassen». Seine in solchem Verfahren gesetzten Verwaltungsakte nenne man Urteile<sup>4</sup>. Auch Peters sieht in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine «Verwaltungstätigkeit, die sich in den Formen der Gerichtsbarkeit abspielt». Nicht einmal richterliche Unabhängigkeit gehöre zu ihrem Wesen<sup>5</sup>. Ähnlich dachte in der Schweiz

#### <sup>3</sup> Literatur:

Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht (1926/29); System des Steuerrechts, 2. Aufl. (1951). Borsi, La Giustizia amministrativa, 7. Aufl. (1941). Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1923); Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (1928). Fleiner/Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht (1949). Lentini, La Giustizia amministrativa (1948). Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl. (1924). Merk1, Allg. Verwaltungsrecht (1927). Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht (1949). Peters, Lehrbuch der Verwaltung (1949). Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl. (1951).

<sup>4</sup> S. 131 und 137f.

<sup>5</sup> S. 53 und 194f.

Kirchhofer. Nach ihm hat die Verwaltungsrechtspflege des Bundesgerichtes eine administrative und eine justizmäßige Seite. In den Formen der Justiz entfalte das Bundesgericht eine Tätigkeit, die sachlich derjenigen einer Verwaltungsbehörde entspreche. Ein Verwaltungsgericht vertrage sich schlecht mit der Lehre von der Gewaltentrennung. Unvermeidlich sei es, daß das Verwaltungsgericht mehr oder weniger «in Verwaltung mache». Die verwaltungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichtes seien «Verwaltungsakte in Urteilsform»<sup>6</sup>. Gleichen Überlegungen folgte Hans Huber, als er die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Einbruch in das Prinzip der Gewaltentrennung wertete<sup>7</sup>. Neuestens scheint er sie aber doch als formelle und materielle Justiztätigkeit anzuerkennen<sup>8</sup>.

2. Anders äußert sich W. Oswald. Für ihn sind Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit deshalb keine materiellrechtlichen Gegensätze, weil weithin Verwaltungsorgane, namentlich Steuerbeamte, rechtsprechend tätig würden. Prärogative der Justiz sei nicht die Rechtsprechung an sich, sondern die in einem «prozessualen Parteiverfahren» erfolgende Spruchstätigkeit<sup>9</sup>.

3. Für Flückiger gibt es keine absolute, sondern bestenfalls eine relative Grenze zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Stelle man zwischen die Verwaltung und den Privaten ein Verwaltungsgericht, so erfahre

---

<sup>6</sup> ZSR 1930 S. 6, 8f., 57—59 und 69f.

<sup>7</sup> ZSR 1936 S. 125a. Dabei nannte Huber die Gewaltentrennung einen der meistkritisierten Teile des modernen Rechtsstaates (S. 128a).

<sup>8</sup> Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen (1950) S. 21. Der Verfasser wendet sich hier gegen eine verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, mit der Begründung, es sei nicht mehr Rechtsprechung, wenn ein Verwaltungsgericht sein eigenes Ermessen an die Stelle des verwaltungsbehördlichen Ermessens setze.

<sup>9</sup> Die Steuerveranlagung (1932) S. 35f. und 43ff.; ZSR 1943 S. 463aff.

die — primär einheitliche — Aufgabe der Verwaltung eine Zweiteilung, indem sie «in Verwaltung und Gerichtsbarkeit auseinanderfalle»<sup>10</sup>.

4. Daß ein Verwaltungsgericht «Verwaltung treibe», selbst in Ermessensfragen, fordert Wyß. Werde richtige Ermessensbetätigung heute fast jedem subalternen Steuerbeamten zugemutet, so dürfe man sie erst recht von einem Verwaltungsgericht erwarten<sup>11</sup>. Und den kühnsten Versuch, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit zu identifizieren, unternimmt Bascho. Das verwaltungsgerichtliche Urteil sei ein Verwaltungsakt, denn es wirke gleich wie die Verfügung eines übergeordneten Verwaltungsorgans<sup>12</sup>.

## II. Die Theorie vom verwaltungsgerichtlichen Urteil als Justizakt

Im Gegensatz zur Theorie vom Verwaltungsakt erblickt die große Mehrheit der von mir konsultierten Autoren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Rechtsprechen, welches formell und materiell der Spruchfähigkeit der Zivilgerichte und der Strafgerichte gleichzustellen sei.

1. Gneist zählt die «Beschließung über contentiöse Verwaltungsfragen» zur «wirklichen Rechtsprechung». Die Anwendung des Verwaltungsrechts geschehe unter verschiedenen Gesichtspunkten, je nachdem sie vom Verwaltungsbeamten oder vom Richter ausgehe<sup>13</sup>. Desgleichen Bluntschli, welcher der Verwaltung (*imperium*) die Justiz (*iurisdictio*) gegenüberstellt, aber einräumt, die Grenzziehung sei heikel, weil «Männer der Regierung» sich schwerlich

<sup>10</sup> Die Gewaltentrennung in den Kantonen (Veröffentl. der schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, 1949) S. 48f.

<sup>11</sup> Gesetzmäßige Verwaltung der Bundessteuern (Festschrift für Blumenstein, 1946) S. 75.

<sup>12</sup> Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1946, S. 48 und 53.

<sup>13</sup> Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. (1879) S. 255 und 351 Anm. 58.

mit «Männern der Justiz» zu verständigen pflegten<sup>14</sup>. Fleiner brachte in seinem Schweizerischen Bundesstaatsrecht die Verwaltungsrechtspflege in dem der Justiz gewidmeten Kapitel unter. Auch in seinen Institutionen<sup>15</sup> erscheint sie als richterliche Überprüfung von Verwaltungsakten, als justizmäßige Feststellung dessen, was im streitigen Einzelfalle Rechts sei. Sie bilde einen Zweig der Rechtspflege und stehe im gleichen Rang neben der Zivil- und der Strafjustiz. Die Übung, nur den Zivilrichter und den Strafrichter als «ordentlichen Richter» zu bezeichnen, lasse sich nur historisch erklären. Während der Verwaltung das aktive Eingreifen, das Handeln, eigentümlich sei, begnüge sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Bekundung von Willensentschlüssen. Ein Verwaltungsgericht sei einzig Rechtsschutzorgan. Es dürfe sich nicht zur Oberverwaltungsbehörde auswachsen und nicht gewissermaßen selber Verwaltung treiben. Auch sei es nicht berufen, das technische Ermessen der Verwaltungsorgane zu überprüfen. Gleich Fleiner warnt Schindler davor, aus einem Verwaltungsgericht eine obere Verwaltungsbehörde zu machen, weil sonst die Grenze zwischen der vollziehenden Tätigkeit (die Aufgabe der Verwaltung sei) und der Rechtsprechung (die nur dem Richter zustehe) verwischt werde<sup>16</sup>. Andererseits glaubt Werner, ob der materiellrechtlichen die organisatorische Seite des Problems übergehen zu dürfen. Ihm scheint es belanglos, ob ein Verwaltungsgericht in den «ordre administratif» eingebaut sei oder dem «ordre judiciaire» angehöre. Erforderlich sei einzig, daß das Verwaltungsgericht sich auf das Rechtsprechen beschränke. «Il s'agit, en cas de contestation administrative, non d'administrer mais de dire le droit»<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl. (1885) S. 357f.

<sup>15</sup> S. 7, 248f., 255 und 258 (vgl. ferner SJZ 1921/22 S. 151).

<sup>16</sup> SJZ 1925/26 S. 211 und 226; Festgabe für Max Huber (1934) S. 183.

<sup>17</sup> Festgabe für Fleiner (1927) S. 356ff. In Frankreich rekrutieren sich die Mitglieder der Verwaltungsgerichte vielfach aus



2. Merkl betont, man könne die Benennung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als «außerordentliche» Gerichtsbarkeit historisch erklären, aber nicht juristisch rechtfertigen. Die sogenannten ordentlichen Gerichte (Zivil- und Strafgerichte) seien «um nichts ordentlicher als die Verwaltungsgerichte». Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit seien gleichwertige Erscheinungsformen der einen und unteilbaren Justiz. Der Unterschied zwischen Verwalten und Verwaltungsgerichtsbarkeit sei kein quantitativer, sondern ein qualitativer. Verwaltung sei der zur Exekutive, Verwaltungsgerichtsbarkeit der zur Justiz zählende Bereich der Gesetzesvollziehung. Als Justizorgan übertrage das Verwaltungsgericht den in seine Zuständigkeit fallenden Akten den Charakter der Gerichtsbarkeit. Praktisch schlage zwar die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Brücke von der Justiz zur Verwaltung. Dennoch sei sie kein Zwitterding zwischen Justiz und Verwaltung, kein «neutrales Zwischenreich» zwischen den beiden Vollzugsbereichen<sup>18</sup>.

3. Nach Giacometti ist Verwaltungsgerichtsbarkeit (Beurteilung von Verwaltungssachen durch unabhängige Spruchbehörden) Rechtsprechung. Während die Tätigkeit der Exekutive sich in Verwaltungsakten äußere, gehöre das Wirken eines Verwaltungsgerichtes, gleich demjenigen eines Zivilgerichtes, zur spezifischen Funktion der Justiz<sup>19</sup>. Doch besorge das Verwaltungsgericht ein Stück materieller Verwaltungstätigkeit dann, wenn es einen Verwaltungsakt reformiere, d. h. in der Sache selber entscheide (statt sie zu neuer Behandlung an die Verwaltung zurückzuweisen)<sup>20</sup>, oder wenn es Ermessensentscheide fälle<sup>21</sup>.

---

Beamten von Verwaltungsbehörden, so daß organisatorisch die Verwaltungsgerichte dem Verwaltungsapparat angegliedert sind. Giacometti in Festgabe für Fritzsche (1952) S. 20 und 23.

<sup>18</sup> S. 21 ff., 204 f., 235 und 373—381.

<sup>19</sup> Fleiner/Giacometti S. 109 und 908; Giacometti in ZBl 1950 S. 211 und in Festgabe für Fritzsche (1952) S. 11, 13, 15 und 19.

<sup>20</sup> Fleiner/Giacometti S. 914.

<sup>21</sup> Festgabe für Fritzsche S. 19 Anm. 38.

4. Für Borsi und Lentini ist die verwaltungsgerichtliche Funktion eine justizmäßige. «Amministrare è cosa ben diversa dal giudicare... Essendo il Consiglio di Stato italiano investito di vera e propria giurisdizione, le sue decisioni hanno carattere di sentenze e possono perciò costituire cosa giudicata... Il carattere giurisdizionale della decisione del Consiglio di Stato è oramai comunemente accolto dalla dottrina.»<sup>22</sup>

5. Blumenstein sondert das Steuerjustizverfahren vom Steuerveranlagungsverfahren, da die staatliche Wirkungsweise je nach dem Verfahren verschieden sei. Die Steuerjustizbehörde urteile im Einzelfall, was Rechtens sei, gleich den Zivil- und den Strafgerichten. Das verwaltungsgerichtliche Urteil sei der Veranlagungsverfügung übergeordnet. Die Veranlagungsverfügung sei verwaltungstechnische Geltendmachung eines Steueranspruchs; die justizmäßige Überprüfung einer solchen Verfügung sei hingegen urteilsmäßige Feststellung des Bestehens oder Fehlens eines Steueranspruchs. Die Justizbehörde entscheide über alle im Streite liegenden Rechtsfragen<sup>23</sup>.

6. Nach Ruck stellt das verwaltungsgerichtliche Urteil verbindlich fest, was in einer Streitsache dem objektiven Recht entspricht. Wie der «Rechtsweg» zu den Zivil- und Strafgerichten, so führe der «Verwaltungsrechtsweg» zu den Verwaltungsgerichten (welche gleichwertig neben jenen andern Gerichten ständen). Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeute justizmäßige Sicherung der subjektiven öffentlichen Rechte der Privatpersonen, aber auch der objektiven verwaltungsrechtlichen Ordnung<sup>24</sup>. Auch für Kägi bildet Verwaltungsgerichtsbarkeit einen Zweig der Justiz. Sie diene

---

<sup>22</sup> Vgl. Borsi S. 209, 299, 330 und 343; Lentini S. 6, 14, 132, 170, 173, 295, 349 und 364.

<sup>23</sup> Steuerrecht S. 534ff., 543 und 556; System S. 278f., 284f., 302, 315, 343f., 345 und 348.

<sup>24</sup> Verwaltungsrecht S. 5, 30, 232, 235f., 253 und 259; Freiheit und Rechtsstaat (in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», 1948) S. 94ff.



der Kontrolle der exekutiven (administrativen) Akte durch die richterliche Gewalt, und ihr Urteil sei der verselbständigte Ausspruch dessen, was im jeweiligen Streitfall auf Grund des Gesetzes Rechtens sei<sup>25</sup>.

7. Temperamentvoll vindiziert Halbeisen für das Verwaltungsgericht die einer Justizbehörde vorbehaltenen Funktionen. Richterliche Untersuchungs-, Auslegungs- und Urteilsmethoden befolgend, prüfe ein Verwaltungsgericht die bei ihm angefochtenen Verwaltungsakte auf ihre Gesetzmäßigkeit. Sein Urteil sei kein Verwaltungsakt, sondern eine erkenntnismäßige Feststellung dessen, was Rechtens sei. Es bringe der Regierung bzw. ihren Beamten verbindlich zur Kenntnis, was dem Gesetz entspreche. Es treibe so wenig Verwaltung, wie ein Zivilgericht kaufmännisch tätig werde, wenn durch ein zivilgerichtliches Urteil ein Kaufmann zu einem bestimmten geschäftlichen Verhalten verpflichtet werde<sup>26</sup>.

8. Besonders eingehend analysiert Friesenhahn das Wirken der Verwaltungsgerichte. Ihr Urteil sei die zwecks Beilegung eines Administrativstreites ergehende unparteiische Feststellung dessen, was laut allgemeinen Normen Rechtens sei: Streitschlichtung durch unparteiische autoritative Gesetzesanwendung. Recht spreche, wer als uneteiligter Dritter zwischen zwei gegensätzlichen Rechtsanschauungen entscheide. Während es Sache des Verwaltungsbeamten sei, «einen Anspruch des Staates gegen den Bürger geltend zu machen oder einen vom Bürger gegen den Staat erhobenen Anspruch zu bescheiden» (wobei der Beamte — in des Bürgers Augen — den Staat verkörpere), sei der Richter berufen, im Streitfall den Rechtsspruch zu fällen. Als Verwaltungsrichter brauche es Männer, die nicht Staatsbeamte (im eigentlichen Sinne), sondern vom Staate unabhängige Persönlichkeiten seien. Das Bonner Grund-

---

<sup>25</sup> Veröffentl. der schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen (1949) S. 13, 15 und 18.

<sup>26</sup> Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht 1950, S. 373ff. und 380ff.

gesetz anerkenne die Verwaltungsgerichte, gleich den Spruchbehörden der Zivil- und der Strafjustiz, als ordentliche Gerichte<sup>27</sup>.

### C. Beiträge zur Rechtfertigung der Lehre vom Justizakt

I. Sieht man ab von der — in unserm Zusammenhang nicht interessierenden — zwingenden Natur der öffentlich-rechtlichen Normen, so entspricht die Beziehung des Verwaltungsbeamten zur verwaltungsrechtlichen Norm jener des Privaten zur zivilrechtlichen Bestimmung. Das Verhältnis des auf Grund verwaltungsrechtlicher Vorschriften fordernden oder Leistungen zusprechenden bzw. versagenden Staates zum Privaten entspricht materiell dem zivilrechtlichen Nexus, kraft dessen eine Privatperson (z. B. ein Gläubiger) gegenüber einer andern Privatperson (z. B. einem Schuldner) «vorgeht». Beide, der (durch seine Beamten handelnde) Staat und der private Gläubiger, messen einen konkreten Sachverhalt an den Normen des Gesetzes und beanspruchen für sich das, was ihnen das Gesetz (dem Staate das *ius publicum*, dem Privaten das *ius privatum*) einräumt. — Anders der Richter im Verwaltungsstreitverfahren. Er subsumiert unter das Gesetz Tatsachen und Verhältnisse, an welchen der (zwar auch im Richter verkörperte) Staat gar nicht beteiligt ist. Der Richter amtet nicht, um eine Forderung des Staates gegen einen Privaten (oder umgekehrt) durchzusetzen. Wenn er die verwaltungsrechtlichen Normen anwendet, dann tut er es als Hüter der Rechtsordnung: um als unparteiischer Dritter den Parteien in autoritativer Weise eröffnen zu können, welches in ihrem Falle die gesetzmäßige Lösung sei. Die Darlegungen von Friesenhahn (vgl. S. 380 hievor) sind meines Erachtens schlüssig.

So betrachtet, erhellt die Funktion eines Amtsträgers aus dem Zweck, zu welchem derselbe eine verwaltungsrechtliche Bestimmung anwendet. Besteht der Zweck darin,

---

<sup>27</sup> Festschrift für Thoma (1950) S. 25 ff., 29, 32, 36 f. und 47 ff.

nach Maßgabe jener Norm einen Administrativstreit aus der Welt zu schaffen, so ist die Funktion eine solche der Justiz. Der auf solche Weise gewonnene materielle Begriff Verwaltungsrechtspflege wurzelt in dem allgemeinen (mutatis mutandis auch auf die Zivil- und die Strafjustiz passenden) Begriff Rechtsprechung. Die Verwaltungsgerichte sind Justizbehörden; ihr Wirken bedeutet formelle und materielle Rechtsprechung. Halbeisen vergleicht ihre Spruchstätigkeit mit derjenigen der Ziviljustiz, welche den Zivilrichter nicht zum Kaufmann mache, wenn er handelsrechtliche Fragen beurteile<sup>28</sup>. Dieser Vergleich trifft wohl den Kern der Sache. Wer wollte behaupten, der Zivilrichter werde im Darlehensprozeß zum Darleiher, im Bauprozeß zum Bauherrn, im Privatversicherungsprozeß zum Versicherer? Ebenso wenig wird der Verwaltungsrichter, wenn er eine Steuerveranlagung überprüft, zum Steuerbeamten, oder wenn er eine sozialversicherungsrechtliche Prämie oder Versicherungsleistung beziffert, zur Sozialversicherungsanstalt. Und worin besteht die Funktion des Strafrichters, wenn er «anordnet», daß ein Angeklagter in eine Heilanstalt oder in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen werde? Wird dann der Strafrichter zum Fürsorgebeamten bzw. zum Beamten der Sicherheitspolizei? Nein, wenn der Strafrichter eine derartige (nicht der Sühne, sondern der Versorgung dienende) Maßnahme anordnet, dann amtiert er meines Erachtens als Verwaltungsrichter<sup>29</sup>. Als solcher sagt er den zuständigen Verwaltungsorganen, was mit dem Angeklagten zu geschehen habe, und diese müssen durchführen (vollziehen), was der Richter angeordnet hat<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Vgl. S. 380 hiev. – Den Verwaltungsbeamten vergleicht Peters (S. 6) einem Kaufmann, in der Erwägung, so wenig wie einem Kaufmann erscheine dem Verwaltungsbeamten das Gesetz als «treibender Gesichtspunkt» für seine Geschäftsführung.

<sup>29</sup> Vgl. die Art. 14, 15, 43 und 44 StGB, sowie BGE 73 IV 9 ff. und 73 I 42 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 17 StGB und Ziffer II hernach.

II. Wird eine Verwaltungsverfügung rechtzeitig angefochten, so überprüft sie der Richter und ergründet er, ob sie dem Gesetz entspreche und, wenn er dies verneint, inwiefern sie vom Gesetz abweiche. Der Richter erkennt in dem ihm unterbreiteten Einzelfall, ob ein Privater steuerpflichtig oder bei einer bestimmten Sozialversicherung versichert sei, wieviel die von einem Privaten dem Staate geschuldete öffentliche Abgabe oder die vom Staate dem Privaten geschuldete Sozialversicherungsleistung betrage, worin eine in natura auszurichtende Sozialleistung (z. B. Krankenpflege) zu bestehen habe, usw. usw. Findet dabei der Richter, die ergangene Verwaltungsverfügung sei gesetzmäßig, so billigt er sie. Gelangt er hingegen zum Schluß, sie sei gesetzwidrig, so verwirft er sie und bereinigt mit seinem Urteil die Streitsache, indem er die dem Gesetz entsprechende Regelung erschließt. Durch den Richterspruch wird die aus dem administrativen Verfahren hervorgegangene Verfügung irgendwie verdrängt (aus dem Gesichtskreise gerückt) und der Fall justizmäßig erledigt. «Une Cour administrative, dont l'intervention est déclenchée par un recours, ne peut exercer qu'un contrôle, ne peut procéder qu'à une mise au point.»<sup>31</sup> In der Folge ist es Sache der Verwaltungsorgane, das vom Richter gefällte Urteil zu vollziehen. Der Urteilsvollzug, erst dieser, besteht dann in einem Verwaltungsakt oder mehreren solchen (vgl. Art. 102 Ziff. 5 BV, Art. 39 OG und Art. 98 OB)<sup>32</sup>.

Mit seinen Entscheiden schaltet sich der Verwaltungsrichter nicht in die Verwaltung ein. Näher als irgendwelcher administrativen Verfügung steht das verwaltungsgerichtliche Urteil einem Rechtsgutachten, hat aber einem Gut-

---

<sup>31</sup> Werner in Festgabe für Fleiner (1927) S. 358.

<sup>32</sup> Die Praxis des Bundesgerichtes vermag kaum zu befriedigen. In BGE 47 I 225 ff., 47 I 357 ff., 59 II 317 und 75 I 108 folgte das Bundesgericht der Lehre vom verwaltungsgerichtlichen Verwaltungsakt, während in BGE 74 I 166 das Verwaltungsgericht als Justizbehörde anerkannt wurde.

achten die Verbindlichkeitswirkung voraus<sup>33</sup>. Wohl zu Unrecht haben Kirchhofer und Hans Huber mit dem Hinweis auf die Aufgaben der Verwaltungsrechtspflege an der Durchführung der Gewaltentrennung gezweifelt<sup>34</sup>.

III. Entsprechend dem System der Gewaltentrennung ist nur der Richter befugt, von der Regierung erlassene Rechtsverordnungen auf ihre Gesetzmäßigkeit zu prüfen und einer Verordnungsbestimmung, die er für gesetzwidrig hält, die Anwendung zu versagen. Das folgt aus der Überlegung, daß im gewaltentrennenden Staate die Gerichte bei ihrer Spruchstätigkeit nur dem Gesetze unterworfen sein dürfen (vgl. Art. 113 und 114bis BV, Art. 21 OG und Art. 28 OB)<sup>35</sup>. Würde an dieser Maxime gerüttelt, so sänke der Verwaltungsrichter zum Adjunkten der Regierung herab und wäre es praktisch um den Rechtsstaat geschehen<sup>36</sup>.

Im Gegensatz zum Richter hat der Verwaltungsbeamte nicht das Recht, Verordnungsnormen auf ihre Ge-

---

<sup>33</sup> Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes ist kein Verwaltungsgericht, sondern eine administrative Oberbehörde. Als solche hat sie entsprechend weitreichende Befugnisse: Sie überwacht die kantonalen Aufsichtsbehörden, selbst in buchhalterisch-technischen Belangen. Sie ist berechtigt, bei ihnen Inspektionen vorzunehmen und ihnen Weisungen, auch in Einzelfällen zu erteilen. Sie befindet über die Ausgestaltung der Formulare und kontrolliert dadurch — mittelbar — auch die Betreibungsämter und die Konkursämter. Das sind administrative, nicht justizmäßige Kompetenzen. Vgl. die Art. 14, 15, 28 und 173 SchKG, Lachenal in ZSR 1943 S. 354/355 a und den bundesgerichtlichen Geschäftsbericht 1950 S. 409f.

<sup>34</sup> Vgl. S. 375 hievor. In der Schweiz erlebte das Gewaltentrennungsprinzip seine in integrum restitutio, als die Bundesversammlung mit Bundesbeschluß vom 18. Dezember 1950 ein kriegsbedingtes zwölfjähriges Vollmachtenregime des Bundesrates aufhob.

<sup>35</sup> Gesetz in diesem weiteren Sinne sind aber auch jene besonderen Verordnungsbestimmungen, welche die Regierung im Rahmen einer ihr — durch das Gesetz — abgetretenen Rechtsetzungsbefugnis erlassen hat. Vgl. etwa BGE 76 IV 288 ff. und EVGE 1952 S. 262.

<sup>36</sup> In einer im April 1935 gehaltenen Rede «verfügte» der oberste Leiter der deutschen Reichssteuerverwaltung (Staatssekretär Rein-



setzmäßigkeit zu prüfen. Die Verwaltungshierarchie wäre in Frage gestellt, dürfte etwa ein eidgenössisches Departement (oder gar eine Dienstabteilung desselben) eine solche Normenkontrolle ausüben<sup>37</sup>. Freilich ist die Regierung selbst jederzeit befugt, eine von ihr erlassene Verordnungsbestimmung aufzuheben oder abzuändern. Doch spielt im Bundesrecht dieser Umstand für die Grenzziehung zwischen der administrativen und der richterlichen Kompetenz eine geringe Rolle. Urheber der — an den Richter weiterziehbaren — bundesrechtlichen Verwaltungsakte ist nämlich nicht der Bundesrat, sondern es sind dies seine Departemente, oder deren Dienstabteilungen oder gar Organe von Kantonen bzw. Berufsverbänden, welche der Aufsicht einer eidgenössischen Dienstabteilung unterstehen<sup>38</sup>. Es müssen sämtliche Verwaltungsinstanzen (vom Vorsteher eines eidgenössischen Departements bis zum untersten dezentralisierten Vollzugsorgan) jede in einer bundesrätlichen Verordnung enthaltene Bestimmung so anwenden, wie sie lautet — es sei denn, es habe der Bundesrat die Norm aufgehoben oder das oberste Verwaltungsgericht sie als gesetzwidrig erklärt. Umgekehrt ist (meines Erachtens) jede zu richterlicher Überprüfung von Verwaltungsverfügungen berufene Behörde verpflichtet, die Gesetzmäßigkeit aller für die Beurteilung einer Streitsache wesentlichen Verordnungsnormen zu kontrollieren. Ein solches Gremium ist entweder ein Verwaltungsgericht oder ein Verwaltungsorgan. Tertium non datur. Wohl mit Recht lehnt Merkl eine Mischform zwischen Verwaltung und Justiz (Verwal-

---

hardt), nicht nur die im Gesetze selbst enthaltenen Normen, sondern auch die von der Steuerverwaltung erlassenen Vollzugsbestimmungen seien für die Steuergerichte «unter allen Umständen verbindlich»! Bühler in Festschrift für Thoma (1950) S. 10 und 12.

<sup>37</sup> Fleiner/Giacometti S. 935f.

<sup>38</sup> Vgl. Schmid, Von der Aufsicht über die AHV-Ausgleichskassen (ZBl. 1951 S. 177ff.), Staatsrechtliche und organisatorische Betrachtungen zur AHV (ZBl. 1952 S. 567ff.), AHV und Verbandsausgleichskassen (SJZ 1952 S. 357ff.).



tungsgericht) ab<sup>39</sup>. Wo dennoch entsprechende Kollegialbehörden wirken, hält es schwer, ihre Entscheidungen als verwaltungsgerichtliche Urteile zu werten<sup>40</sup>.

IV. Auch arbeitstechnisch-organisatorisch sind Verwaltungstätigkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit schwerlich auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen.

1. Der Verwaltungsbeamte schaltet und waltet. Sein erstes Bemühen gilt (notgedrungen) organisatorischen Belangen. So müssen etwa die Fiskal- und die Sozialversicherungsorgane vor allen Dingen jede abgabepflichtige bzw. auf Leistungen berechnete Person (Inländer und Ausländer) «erfassen», d. h. zur Erfüllung ihrer Pflichten bzw. Anmeldung ihrer Ansprüche verhalten<sup>41</sup>. Sodann hat der Verwaltungsbeamte unvergleichlich mehr «Fälle» zu erledigen als der Verwaltungsrichter. Die Verwaltung muß in erster Linie dafür eintreten, daß der im Gefolge öffentlich-rechtlicher Normen eingerichtete Verwaltungsapparat überhaupt läuft. Größere Betriebsstörungen kann sie getrost dem Verwaltungsgericht zur Behebung überlassen. — Unter solchen Gesichtspunkten ist es erklärlich, daß gewisse Verwaltungsorgane glauben, nicht jede Einzelheit «so schul-

<sup>39</sup> Vgl. S. 378 hievor.

<sup>40</sup> So bemerkt die Rekurskommission der Eidg. Militärverwaltung, III. Abteilung, in einem Entscheid vom 30. November 1950 folgendes (SJZ 1951 S. 142): «Die Rekurskommission der Eidg. Militärverwaltung hat in ihrer konstanten Praxis daran festgehalten, daß sie nicht befugt ist, ... Verordnungen des Bundesrates auf ihre Verfassungs- oder Gesetzmäßigkeit zu prüfen. Dies ergibt sich daraus, daß die Rekurskommission, trotz ihrer vollständigen Unabhängigkeit, doch einen Bestandteil der Verwaltung bildet und nicht ein außerhalb derselben stehendes Gericht ist wie das Bundesgericht. Ebenso sehr wie eine Verwaltung Verordnungen des Bundesrates anzuwenden hat, muß dies auch von Seite der Rekurskommission geschehen.» — In gleichem Sinne entschied die I. Abteilung am 31. Mai 1951 (SJZ 1952 S. 361). — Vgl. ferner die zaghafte Haltung des Obergerichtes des Kantons Luzern in SJZ 1951 S. 334.

<sup>41</sup> Vgl. etwa Art. 80 WStB, Art. 63 Abs. 2 AHVG, Art. 102ff. KUVG und Art. 4 Abs. 2 und 3 ALVG.

gerecht wie der Richter» prüfen zu müssen und den Sachverhalt jeweils nicht genauer ermitteln zu sollen, «als es das Erfordernis rationeller Verwaltung erlaube»<sup>42</sup>. Oft ist es eben Zeitnot, welche den Verwaltungsbeamten bedrängt. Sie verleitet ihn zu schematischer Arbeitsweise oder gar zu einer Betriebsamkeit («Routine»), die selbst das Odium einer gewissen Oberflächlichkeit auf sich nimmt und deshalb vom Privaten als Bürokratie gerügt wird<sup>43</sup>. «L'administration est comme une machine qui fait toujours les mêmes mouvements»<sup>44</sup>. Und leider macht das komplizierte moderne Wirtschaftsleben ein Stück Schematismus unumgänglich. So sind die Steuerbeamten häufiger, als ihnen zusagt, auf Ermessensschätzungen angewiesen und können nicht umhin, für gewisse Bereiche zum voraus generelle Taxationsrichtlinien («Erfahrungszahlen») zu entwerfen<sup>45</sup>. Und welche Rolle spielt im administrativen Alltag das Formular, dieses von der Verwaltung ausgearbeitete, mehr oder minder raffinierte Suchgerät, bei der Erhaltung wirtschaftlicher und sozialer Tatbestände!

Im übrigen neigt der Verwaltungsbeamte (aus Dienst-eifer) im allgemeinen dazu, übermäßig für die öffentlichen Belange einzutreten, und kommt deshalb dem Privaten als befangen vor. Das ist nicht verwunderlich, wirken doch zahlreiche Amtsträger auch als Interessenvertreter, als *procuratores publici*, welche bestimmte Gläubiger- oder Schuldnerinteressen des Gemeinwesens geltend zu machen haben<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Wyß in Festschrift für Blumenstein (1946) S. 64 und 77.

<sup>43</sup> Über die Bürokratie als sozialen Machtfaktor vgl. Hans Huber, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1950) S. 18.

<sup>44</sup> Werner in Festgabe für Fleiner (1927) S. 357.

<sup>45</sup> Wyß in Festschrift für Blumenstein (1946) S. 73.

<sup>46</sup> Vgl. S. 381 hievor.

<sup>47</sup> Mit der allgemeinen Entwicklung vom Gesetzgebungsstaat zum Verwaltungsstaat (Fleiner/Giacometti S. 476 und 795 ff.; Ruck S. 14 und 86) entzieht sich die zentrale Bürokratie je länger je mehr der direkten Aufsicht durch die Regierung. Sie ist heute eine selbständige Macht, die entsprechend selbstbewußt,

Insofern erscheint der Verwaltungsbeamte den Privatpersonen als der (zu viel) nehmende oder der (zu wenig) gebende Staat.

Endlich ist jede — auch die demokratische — Verwaltung von der Politik umbrandet. Praktisch steht in der Demokratie der Politiker in der Gesetzgebung neben dem Politiker in der Verwaltung. Jedenfalls denkt der Verwaltungsbeamte, wie die Erfahrung lehrt, nicht selten politisch (opportunistisch) selbst in Bereichen, in welchen nur eine juristische (d. h. streng grundsätzliche) Denkweise sachlich richtige Ergebnisse zeitigen kann.

2. In einer andern Welt lebt der Richter. Er ist am materiellrechtlichen Verhältnis zwischen der Privatperson und dem Staate nicht beteiligt. Für den Privaten und die Verwaltung gleichermaßen ein Dritter, steht er in besonders inniger Beziehung zum Gesetz und ist recht eigentlich dessen Treuhänder. Als unparteiischer Dritter urteilt er weder der einen Partei zuliebe noch der andern zuleide. Gegenüber der Verwaltung — und wäre sie noch so «mächtig» — tritt er so unbefangen und sicher auf wie gegenüber einem Privaten<sup>47</sup>. Das kann er auch ungestraft tun, ist er doch den politischen Gewalten entrückt.

Der Verwaltungsrichter sei unnachsichtig, wenn es bekennen heißt, der oder jener administrative Schematismus könne im Einzelfall zu ungerechtem Ergebnis führen. Hingegen sei er der Verwaltung ein geduldiger Berater, wenn heikle Rechtsfragen zu entwirren sind; wenn es besondern Scharfsinnes bedarf, um die Verwaltungsorgane einer begangenen Gesetzesverletzung zu überführen. In rechtlich verwickelten Fällen soll das richterliche Urteil dem Verwal-

---

ja obrigkeitlich auftritt (vgl. Hans Huber, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 18). Mit einigem Recht durfte unlängst ein schweizerisches Witzblatt klagen:

«Wer sitzt in Bern und gibt dem Staat  
Die heutige Gestaltung?  
Zweitens ist's der Bundesrat  
Und erstens die Verwaltung!»

tungsbeamten helfen: aus der Verlegenheit helfen, in die er dank seiner Ungeschicklichkeit oder Unkenntnis geraten ist<sup>48</sup>. Nicht selten versagen administrative Funktionäre deshalb, weil ihnen die für bestimmte Verwaltungsbereiche nötigen Rechtskenntnisse abgehen<sup>49</sup>.

3. Um seiner Aufgabe gerecht werden zu können, darf der Verwaltungsrichter nicht Banalitäten (wie Zeitnot und dergl.) ausgesetzt sein. Er soll in einer «atmosphère de sérénité» leben können<sup>50</sup>. Für die Verwaltungsorgane gilt es bisweilen, binnen bestimmter Frist so und so viele Fälle zu «erledigen». Für den Richter darf es, selbst bei Häufung der Geschäfte, ein Akkordsystem nicht geben. Eine verwaltungsinterne Rekurerledigung befriedigt schon deshalb nicht, weil die obersten Verwaltungsorgane selten die — viele — Zeit aufbringen, welche für die Beurteilung wichtiger Rechtsfragen aufgewendet werden sollte. Abgesehen davon ist es ein Trugschluß, zu meinen, je nach dem zeitweiligen Bedarf könnten Magistratspersonen (Bundesräte, Regierungsräte) aus tonangebenden Organisatoren zu kontemplativen Richtern werden. Überträgt ein Gesetz den Mitgliedern der Regierung den Entscheid über Administrativstreitigkeiten, so mutet es ihnen zu, ihre angestammte Wirkungsweise abzustreifen. An den Erwägungen eines verwaltungsrechtlichen Entscheides erkennt man vielfach, ob administrativer oder richterlicher Geist aus dem Kollegialbeschlusse spricht. Gutes Regieren verlangt jeweiliges kluges Handeln, gerechtes Entscheiden verlangt allezeit systemreines Denken. Dieser Erkenntnis ist es zu verdanken, daß heute das Vertrauen in die (zahlreichen) verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren erschüttert ist<sup>51</sup>. Selbst

<sup>48</sup> Vgl. auch S. 378 (Merk1) hievor.

<sup>49</sup> Hinsichtlich der AHV-Ausgleichskassen vgl. das in EVGE 1951 S. 264—272 anschaulich geschilderte abschreckende Beispiel.

<sup>50</sup> Werner in Festgabe für Fleiner (1927) S. 355.

<sup>51</sup> Imboden in ZSR 1947 S. 43aff. und 48a—52a; Zwahlen ebenda S. 115a, 118a, 119a und 121a; Zumstein in ZBJV 1946 S. 364 und 367.

der Bundesrat hält jenes System der Verwaltungsrechtspflege für veraltet. In seinen Botschaften vom 24. Mai 1946 zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung und vom 16. August 1950 zum Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung beantragte er, mit der Rechtspflege unabhängige Verwaltungsgerichte zu betrauen<sup>52</sup>. Anfechtbar ist nur die dafür gegebene Begründung, einzig eine Beurteilung administrativer Streitigkeiten durch Verwaltungsgerichte vertrage sich mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung. Auch die in zahlreichen (eidgenössischen und kantonalen) Gesetzen angeordnete (und verfahrensrechtlich normierte) Rekurs erledigung durch Verwaltungsorgane, die sogenannte Verwaltungsbeschwerde, tut der Idee der Gewaltentrennung keinen Abbruch. Der Bundesrat verwechselt wohl das in Bund und Kantonen von Montesquieu übernommene verfassungsmäßige Prinzip mit der politischen Frage, ob ein verwaltungsinternes «Rekurswesen» oder die verwaltungsgerichtliche Justiz eine bessere Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Normen verspreche.

#### **D. Schlußbetrachtung!**

Weil Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Justiz zu zählen ist, kann man sie — von höherer Warte aus — dem Bereich des Kulturellen zurechnen. Der *pouvoir judiciaire* ist letzten Endes keine «Gewalt» oder «Macht», und eine Rechtsprechungspolitik gibt es in der abendländischen Welt nicht. Die Justiz wirkt gleichsam als moralische Macht. Sie ist für das Rechtsleben der ruhende Pol, das statische Gegenstück zu den politischen Gewalten (Parlament und Regierung), die — unter dem Druck der öffentlichen Meinung — gar vielen Interessen dienen müssen und dementsprechend dynamisch arbeiten<sup>53</sup>. Die Justiz darf keinen Gruppen-

<sup>52</sup> S. 152 bzw. 52f.

<sup>53</sup> Mitunter nimmt die Dynamik fieberhafte Formen an. Als Beispiel diene, was im September 1953 das Bundesamt für Sozial-



interessen nachfragen. Wie die Wissenschaft nur der Wahrheit und die Kunst nur der Schönheit, soll die Justiz einzig der Gerechtigkeit dienen. Ihre moralische Verantwortung wiegt zwar anders, aber kaum leichter als die politische Verantwortung von Parlament und Regierung. Wo Verwaltungsgerichte wirken, sind sie verantwortlich für die Entwicklung des ihrer Kognition anvertrauten Verwaltungsrechtes. Wann immer erhebliche Meinungsdivergenzen eine Privatperson und die Verwaltung entzweien, pflegt die Öffentlichkeit auf die oberste Verwaltungsjustizbehörde zu blicken. Von dieser erwartet man, daß sie den Weg aus der jeweiligen «Sackgasse» weise. Die von ihr entwickelten Auslegungsgrundsätze darf jeder Verwaltungsbeamte im administrativen Alltag befolgen. Keine administrative Ober- oder Aufsichtsbehörde wird ihn maßregeln dürfen, wenn er seine Geschäfte im Sinne der letztinstanzlichen Gerichtspraxis erledigt.

Wer die Bindung der administrativen Organe an die letztinstanzliche Rechtsprechung nicht allgemein, sondern nur für den jeweils beurteilten Einzelfall gelten läßt, will den Verwaltungsstaat ausbauen und die Macht der Beamten mehren<sup>54</sup>. Wer hingegen für die allgemeine Präjudizialität der letztinstanzlichen Urteile eintritt, will den Privaten erhöhte Rechtssicherheit verschaffen und insofern dem Gemeinwohl dienen.

---

versicherung verkündete: «Die Revision des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung wird aller Voraussicht nach die Neu-Festsetzung aller laufenden Renten zur Folge haben. Dies wird den Ausgleichskassen sehr viel Arbeit verursachen, müssen doch nicht nur etwa 450 000 Renten neu berechnet werden, sondern auch ebensoviele neue Rentenverfügungen erlassen und versandt und — um nur ein technisches Detail zu erwähnen — alle Adreßplättchen neu- oder umgeprägt werden... Alle diese Maßnahmen müssen bis Ende des Jahres abgeschlossen sein, wenn die Revisionsvorlage auf den 1. Januar 1954 in Kraft tritt...» (Zeitschrift für die Ausgleichskassen 1953 S. 301).

<sup>54</sup> Vgl. Anm. 47 hievor; Wyß in Festschrift für Blumenstein (1946) S. 57; Saxer in SJZ 1953 S. 185 ff.



An die jeweilige letztinstanzliche Rechtsprechung sollen — pro futuro — sämtliche Organe der Verwaltung gebunden sein. Könnten die Entscheide des obersten Verwaltungsgerichtes nur im Rahmen des beurteilten Einzelfalles Verbindlichkeit beanspruchen, so wäre wohl die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Stück staatlicher Überorganisation<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Vgl. Imboden in Veröffentl. der schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, 1947, S. 116 f.; H. Oswald, AHV-Praxis (1953) S. 44—50; Baumann in SJZ 1953 S. 224 f.; Gysin in ZSR 1953 S. 331—336.