

Zur Geschichte und Reform der aarg. Verwaltungsrechtspflege

Autor(en): **Buser, Gustav**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **62 (1943)**

Heft 3

PDF erstellt am: **23.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896492>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Zur Geschichte und Reform der aarg. Verwaltungsrechtspflege*).

Von Dr. Gustav Buser, Direktionssekretär, Aarau.

Abkürzungen.

1. Literatur.

- Anschütz = G. Anschütz, in Hinnebergs „Kultur der Gegenwart“, II. Teil, VIII. Abtlg., 1913.
- Berthélemy = H. Berth., *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, 8. Aufl., 1916.
- Burckhardt = W. Burckhardt, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Eidgenossenschaft, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 90. Band, 2. Heft.
- Eichenberger = Kurt Eichenberger, Die Verwaltungsrechtsprechung des aarg. Obergerichts, Zürcher Diss., 1921.
- Fehr = Otto Fehr, Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, n. F., 84. Heft.
- Fleiner = Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928.
- Fleiner, Schriften = Fritz Fleiner, Ausgewählte Schriften und Reden, 1941.
- Giacometti = Z. Giacometti, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweiz. Bundesgerichts, 1924.
- Gneist¹ = Rudolf Gneist, Der Rechtsstaat, 1. Auflage, 1872.
- Gneist² = Rudolf Gneist, Der Rechtsstaat, 2. Auflage, 1879.
- Handwörterbuch = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster (wo nichts bemerkt wird, beziehen sich die Angaben auf den VI. Band, erschienen 1929).
- Jellinek = W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1931, mit Nachtrag von 1934.
- Jöhr = Ed. Jöhr, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, n. F., 25. Heft.

*) Nach einem Vortrag in der a.o. Generalversammlung des Aarg. Juristenvereins von 27. März 1943 in Brugg.

Kirchhofer = Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht,
in der ZschwR 1930 S. 1 ff.

Mayer = O. Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, 1886.

Ruck = E. Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht, 1. Auflage.

2. Zeitschriften.

MbVR = Monatsschrift für bern. Verwaltungsrecht und Notariatswesen.

RVBl = Reichsverwaltungsblatt.

SJZ = Schweiz. Juristenzeitung.

VJS = Vierteljahresschrift für aarg. Rechtsprechung.

Zb = Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung.

ZbJV = Zeitschrift des bern. Juristenvereins.

ZschwR = Zeitschrift für schweiz. Recht.

3. Materialien.

Basel I = Ratschlag und Entwurf des Basler Regierungsrates, Nr. 1391, vom 8. Oktober 1903 zu einem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege.

Basel II = Bericht der Basler Grossratskommission, Nr. 1451, vom 13. Oktober 1904 zum selben Gesetzesentwurf.

Basel III = Ratschlag und Entwurf des Basler Regierungsrates, Nr. 2468, vom 16. September 1922 zu einem neuen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege.

Basel IV = Bericht der Basler Grossratskommission, Nr. 2741, vom 25. November 1926 zum selben Gesetzesentwurf.

Basel V = dito, Nr. 2864, vom 19. April 1928.

Zürich I = Antrag des zürch. Regierungsrates vom 8. Mai 1929 zu einem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege und die Kompetenzkonflikte.

Zürich II = Vorlage des zürch. Regierungsrates vom 25. Juni 1931 für die Umschreibung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nach der Enumerationsmethode.

Zürich III = zürch. Vorlage für die Volksabstimmung vom 28. Mai 1933.

Die weiteren Abkürzungen entsprechen dem „Verzeichnis juristischer Abkürzungen“ von Dr. P. Wäber, Bern, 1908.

In einer angesehenen deutschen Zeitschrift¹⁾ schrieb vor einigen Jahren ein bekannter sächsischer Verwaltungsrichter: „Der Verwaltungsbürokratie (ist) die Kontrolle durch ein Verwaltungsgericht oft unbequem und daher unerwünscht.“

Ich muss erwarten, dass man mit ähnlicher Voreingenommenheit einem langjährigen Verwaltungsbeamten begegnen wird, wenn er es unternimmt, sich mit der Reform der Verwaltungsrechtspflege auseinanderzusetzen; denn auch bei unsern Juristen bestehen unverkennbar Unsicherheit, Misstrauen und selbst Vorurteile gegenüber der Verwaltung, der immer wieder Mangel an Objektivität und willkürliche Rechtsanwendung vorgeworfen werden²⁾.

Man sollte glauben, wenn es um die Machtgelüste und die Rechtsbeugungen der Verwaltung so schlimm stände, müsste die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die gegen solche Auswüchse doch gerade das eigentliche Bollwerk sein will, bei uns in ganz anderem Ausmasse entwickelt sein, als es tatsächlich der Fall ist. Sicherlich überraschte es nicht wenige, als das sonst durchaus nicht verneinungs-süchtige Zürcher Volk am 28. Mai 1933 die ihm unterbreitete Vorlage für eine Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsreform, wenn auch nur mit schwachem Mehr, eben doch verwarf. Sämtliche Bezirke mit Ausnahme von Zürich hatten dagegen gestimmt. Wenn Otto Fehr in seiner Arbeit über „Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich“ (S. 77) diese Ablehnung der ungenügenden Aufklärung des Landvolkes zuschreibt, so dürfte das doch kaum eine hinreichende Begründung sein. Zum mindesten wäre die Frage berechtigt, ob der Bürger der Verwaltung im allgemeinen vielleicht nicht doch glücklicherweise immer noch mehr Zutrauen entgegenbringt und das Bedürfnis nach verwaltungsgerichtlichem Schutz weniger überzeugend empfindet, als gemeinhin angenommen wird. Diese Frage ist sehr wesentlich; denn wer daran denkt,

¹⁾ RVBl 58 S. 576.

²⁾ Vgl. z. B. Aarg. Beamtenblatt, 1927, S. 97.

Reformen zu beantragen, darf bei uns nicht achtlos an der Volksmeinung vorbeigehen. Die Mehrheit ist König und dauernden Bestand hat nur, „was mit den Bedürfnissen des Lebens übereinstimmt“³⁾. Änderungen müssen an Vorhandenes anknüpfen und dieses vorerst als Gewordenes aus seiner Geschichte heraus begriffen werden⁴⁾. Wer in unsern Archiven stöbert, stösst immer wieder auf diese alte Weisheit. Ein Blick in die Vergangenheit ist darum für jede grössere Reform erste Voraussetzung.

I. Geschichtliches.

Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sinne reichen in der Schweiz erheblich weiter zurück als in Deutschland. Nach Herbert Schelcher, dem Präsidenten des sächsischen Obergerverwaltungsgerichtes⁵⁾, hätten zwar das 1495 errichtete deutsche Reichskammergericht und der 1501 eingesetzte kaiserliche Reichshofrat in Wien als die ersten Reichsverwaltungsgerichte zu gelten. Tatsächlich gewährten diese Gerichte teilweise auch gegen die Verwaltung Schutz⁶⁾. Als erstes Verwaltungsgericht im modernen Sinne kann aber doch nur der badische Verwaltungsgerichtshof vom Jahre 1863 angesprochen werden⁷⁾. Das Buch von Gneist, „Der Rechtsstaat“, das dem Gedanken der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland zum Durchbruch verhalf⁸⁾, erschien in erster Auflage 1872 und in zweiter 1879, so dass von

³⁾ Fleiner, Schriften, S. 288 und 290.

⁴⁾ So schon gerade für den Verwaltungsrechtsschutz Gneist² S. 269: „Es wird kein anderer Weg aus diesem Zustand herausführen als derselbe Weg, auf welchem unser Privatrecht, Strafrecht und -prozess in richtigere Bahnen gelangt ist: ein Fortschritt in der Erkenntnis und Würdigung unseres historisch gewordenen Rechts.“

⁵⁾ RVBl 58 S. 570 Ziff. 1.

⁶⁾ Gneist¹ S. 39 ff.

⁷⁾ Gneist² S. 275, Fleiner S. 241, Jellinek S. 92 f.

⁸⁾ Fleiner S. 241 f.

einer eigentlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Reich wirklich erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts gesprochen werden kann.

Zur Zeit des Polizeistaates⁹⁾, als alle Macht in den Händen der Obrigkeit vereinigt war, wäre zudem eine richterliche Kontrolle der Verwaltung im heutigen Sinne kaum denkbar gewesen. Aus demselben Grunde war das ancien régime in der Schweiz kein fruchtbarer Boden für eine Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁰⁾. Diese fand denn auch erst als Nachwirkung der französischen Revolution im Jahre 1803 bei uns Eingang und entwickelte sich ganz verschieden. Jenny, dessen Darstellung in Reichesbergs Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft¹¹⁾ immer noch den besten geschichtlichen Überblick bietet, hat dargestellt, dass der Schutz gegen die Verwaltung nach und nach, rein oder gemischt, in folgenden Formen verwirklicht wurde:

1. durch Schaffung besonderer, richterlich organisierter Behörden,
2. durch Übertragung der Verwaltungsstreitigkeiten an die ordentlichen, namentlich die Zivilgerichte, zum Entscheid im ordentlichen Verfahren,
3. durch Übertragung an die Zivilgerichte, aber zum Entscheid in einem besonderen, dem Charakter der Streitigkeiten angepassten Verfahren,
4. durch Übertragung an die Verwaltungsbehörden, ebenfalls mit besonderem Verfahren, dem Verwaltungsprozess, und
5. durch Schaffung einer Beschwerde an die Volksvertretung, den Grossen Rat, mit mehr oder weniger prozessualen Verfahren.

⁹⁾ Fleiner S. 30 ff., Ruck I S. 22 und 131.

¹⁰⁾ Giacometti S. 5 und 6 oben.

¹¹⁾ S. 1346 ff. Knappe Zusammenfassungen finden sich ferner bei Ed. His, Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts, I (1920) S. 317 ff., II (1929) S. 337 ff. und III (1938) S. 495 f. Über die aarg. Entwicklung Eichenberger S. 14 ff.

Es wäre verfehlt, wenn man annehmen wollte, diese Formen seien in jedem Kanton in der einen oder andern Reihenfolge alle einmal verwirklicht worden. Schon der Ausgangspunkt war durchaus verschieden, und nicht einmal in den neuen Kantonen: den Kantonen Aargau, St. Gallen, Tessin, Thurgau und Waadt, deren Verfassungen von 1803 die Verwaltungsrechtspflege gleichlautend regelten und überhaupt grösstenteils wörtlich übereinstimmten¹²⁾, entwickelte sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit gleichmässig. Zürich¹³⁾ und Bern¹⁴⁾ hatten während des ganzen 19. Jahrhunderts keinerlei Verwaltungsgerichte und Basel nur vorübergehend. In Basel entschied bis 1. Juli 1905 über Steuerrekurse in letzter Instanz der Grosse Rat¹⁵⁾, und der zürcherische Steuerzahler musste noch 1917 sein Recht ausschliesslich vor den Verwaltungsbehörden suchen¹⁶⁾.

Art. X der aarg. Mediationsverfassung vom 30. Pluviose im Jahre XI (dem 19. Hornung 1803) übertrug die Beurteilung „streitiger Administrationsfälle“ einem Gerichte, das sich aus einem Mitgliede des Kleinen Rates und 4 Mitgliedern des Appellationsgerichtes zusammensetzte. Dem vom Kleinen Rate gewählten Regierungsmitgliede kam der Vorsitz zu. Als streitige Administrationsfälle zählte das Gesetz vom 5. Heumonat 1803 über die Grenzlinie zwischen der Zivil- und Administrationsgerichtsbarkeit auf: Streitigkeiten um Nutzniessung, Gemeindeweiden, Strassenbau, Verteilung der Gemeindegüter, Steuern, Anlagen, Einquartierungen und überhaupt alle die Streitigkeiten, „worüber kein bestimmtes Zivilgesetz oder dessen Stelle vertretende Abschiede und Urkunden reden, sondern wo bloss besondere dergleichen

¹²⁾ Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte von H. Nabholz und P. Kläui, 1940, S. 186, und Jenny a. a. O. S. 1352.

¹³⁾ Fehr S. 53 ff., Fleiner im Zb XXV S. 65 ff.

¹⁴⁾ ZbJV 1901 S. 354 ff., MbVR 1908 S. 289 ff. und 1937 S. 1 ff.

¹⁵⁾ Basel I S. 19 f.

¹⁶⁾ Zürich I S. 23 und II S. 73, Fehr S. 72.

Fälle beschlagende Reglemente, Vorschriften, Ordnungen und Gemeindebeschlüsse im Ganzen oder zum Teil vorhanden sind“. Diese Streitfälle wurden auffälligerweise nicht, wie man nach der Verfassung annehmen sollte und wie es auch die Meinung der vorberatenden Grossratskommission war, restlos der neuen Administrativgerichtsbehörde zugewiesen. Vielmehr bestimmte § 3 des Gesetzes, weil sie „mehr durch die Verfassung als durch rechtliche Grundsätze“ nötig gemacht werde, solle die Trennung in Zivil- und Administrativfälle nur bei der obersten Justizbehörde Platz greifen. Über Streitsachen bis zu einem Streitwerte von Fr. 10.— entschied der Gemeinderat und bis zu einem solchen von Fr. 50.— das Bezirksgericht. In den übrigen und den nicht schätzbaren Fällen amtete das Bezirksgericht als erste Instanz.

1814 fiel das Verwaltungsgericht wieder dahin. Die „Gegenstände der streitigen Verwaltung“ wurden durch Gesetz vom 27. Weinmonat 1815 neu umschrieben, bestimmt abgegrenzt und jeder gerichtlichen Zuständigkeit entzogen. Anstelle des Administrativgerichts trat der Kleine Rat. Die Vorbehandlung erfolgte durch den Oberamtmann und eine besondere „Kommission des Innern“, die dem Kleinen Rat einen Bericht erstatten und einen Entscheidungsvorschlag unterbreiten musste. Inskünftig urteilte somit ausschliesslich die oberste Verwaltungsbehörde, aber in einem besonderen, dem Zivilprozesse nachgebildeten Verfahren mit Zeugeneinvernahmen, Augenschein und Parteibefragung.

Nach § 54 der Staatsverfassung von 1831 hatte neu das Obergericht „über die ihm vorgelegten Verwaltungsstreitigkeiten“ zu befinden. Die Regelung des Verfahrens erfolgte in einem besonderen Abschnitte des Gesetzes vom 11. Heumonat 1831 über die Organisation des Obergerichts. Streitige Verwaltungsgegenstände waren dieselben wie heute, und wie heute wurde damals schon vorgeschrieben, dass über diese Gegenstände keine andere Behörde als nur das Obergericht eine Klage entgegen-

nehmen dürfe. Überhaupt entspricht die gesamte Regelung mit Einschluss des Verfahrens in allen Grundzügen bereits der zurzeit immer noch gültigen Ordnung. Die Funktionen des Oberamtmanns gingen auf den Präsidenten des Bezirksgerichts über, und anstelle der Kommission des Innern trat die obergerichtliche Kommission für Verwaltungsstreitigkeiten.

Diese Regelung dauert nun schon über 100 Jahre und hat durch das Gesetz von 1841 und § 162 EG zum ZGB nur unwesentliche Änderungen erfahren. Anstelle der Klage trat seither in Steuersachen überwiegend die Beschwerde, und für die Steuerbeschwerden und die sämtlichen übrigen Verwaltungsstreitigkeiten ist heute nach dem obergerichtlichen Reglement über die Geschäftsverteilung vom 27. Dezember 1915 die erste Abteilung des Obergerichts zuständig¹⁷⁾.

Überblickt man die Entwicklung, so lässt sich feststellen, dass im Aargau für Verwaltungsstreitsachen nur 3 der 5 von Jenny aufgezählten Formen der Verwaltungsrechtspflege verwirklicht wurden:

1. die Rechtsprechung durch ein besonderes Verwaltungsgericht,
2. der Schutz durch die oberste Verwaltungsbehörde im Wege des Verwaltungsprozesses und
3. die Entscheidung durch eine Abteilung des obersten Zivilgerichtes als Verwaltungsgericht in einem besonderen Verfahren.

Woher stammt das Verwaltungsgericht der Mediationsverfassung?

In der Literatur wird es fast übereinstimmend auf französischen Ursprung zurückgeführt, so von Jenny¹⁸⁾ und neuerdings noch von His¹⁹⁾. Eichenberger schreibt in seiner Arbeit über „Die Verwaltungsrechtsprechung des

¹⁷⁾ Näheres vgl. Eichenberger S. 52 f., 59 f., 44 ff. und 32 f.

¹⁸⁾ A. a. O. S. 1352 unten.

¹⁹⁾ A. a. O. I S. 318.

aarg. Obergerichts“²⁰⁾ wörtlich: „Diese ganze Verwaltungsgerichtsorganisation war nie bodenständig gewachsen, sondern nur unter französischem Einflusse zustande gekommen“. Darum, nimmt er an, sei sie 1814 auch wieder abgeschafft worden.

Tatsächlich ist die Mediationsverfassung in Paris verfügt worden und hatten Volk und Regierung zum fertigen Texte nichts mehr zu sagen²¹⁾. Ihren Inhalt verdankt sie aber doch nicht nur restlos französischem Einfluss. In einer sorgfältigen Abhandlung hat Prof. Secrétan, in Lausanne, 1932 vielmehr nachgewiesen²²⁾, dass gerade das Verwaltungsgericht der neuen Kantone höchst wahrscheinlich als waadtländische Schöpfung anzusprechen ist. Die von Stapfer für die Kantone Aargau und Thurgau ausgearbeiteten Entwürfe, die im übrigen die Grundlage für die Verfassungen aller neuen Kantone bildeten, übertrugen die Verwaltungsrechtspflege ausschliesslich der Verwaltung und im Kanton Thurgau zum Teil noch dem Grossen Rat. Demgegenüber enthielt schon der waadtländische Entwurf unter dem Titel: „Tribunal pour le Contentieux de l'Administration“ inhaltlich genau dieselbe Vorschrift wie die spätere Verfassung²³⁾.

Secrétan betont mit Recht, dass das Verwaltungsgericht der Mediation für die damalige Zeit eine sehr bemerkenswerte Neuerung war. Selbst Frankreich hatte kein Gegenstück dazu. Hier übte seit 1800 der Staatschef die Verwaltungsrechtspflege aus, und zwar so, dass er sich dabei wie auch über andere wichtige Verwaltungsfragen und in denselben Formen durch einen besonderen Rat, den Conseil d'Etat, beraten liess. Diese Form der Vorbeurteilung unter Vorbehalt der endgültigen Entscheidung durch den Staatschef, die sog. justice retenue, wonach

²⁰⁾ S. 18, vgl. auch S. 16.

²¹⁾ A. Heusler, Schweiz. Verfassungsgeschichte, 1920, S. 315, J. Müller, Der Aargau, 1. Band (1870), S. 401.

²²⁾ ZschwR 1932 S. 187 ff.

²³⁾ A. a. O. S. 200 ff.

dieselbe Stelle, die die Geschäfte für das betreffende Ministerium bearbeitete, zu dessen Zuständigkeitsbereich der Streitfall gehörte, auch über den Urteilsvorschlag, den avis, beschloss, wurde 1806 insofern verbessert, als nun nicht mehr die das Ministerium beratende, sondern eine besondere Behörde, die berühmte *commission* oder *section du contentieux* dem *Conseil d'Etat* zuhanden des Staatsschefs den Entscheid vorschlug. Seit 1831 fand vor dieser *section* ein besonderes kontradiktorisches Verfahren statt und durfte kein Mitglied mehr im *Conseil d'Etat* mitwirken, das schon für die Verwaltung in der Sache tätig gewesen war. Dabei blieb es mit geringem Unterbruch bis 1872. Wenn auch die Stellung der *section du contentieux* und des *Conseil d'Etat* in der Praxis sehr selbständig war, so lag der Entscheid doch nach wie vor letzten Endes beim Staatsschef, der dem Urteilsvorschlag folgen oder ihn abändern konnte. Die Ermächtigung, selbst zu urteilen, die sog. *justice déléguée*, erhielt der Staatsrat erst 1872, und erst von da ab kommt ihm eine gerichtsähnliche Stellung zu, obschon er auch nachher noch eine Verwaltungsbehörde blieb, der Verwaltung für die Begutachtung wichtiger Fragen zur Verfügung stand und seine Mitglieder, die vom Ministerrat, also der Verwaltung selbst gewählt wurden, keinerlei Garantie der Unabsetzbarkeit genossen²⁴⁾.

Schon diese Skizze zeigt, dass sich das Verwaltungsgericht der Mediation in keiner Weise mit dem französischen Staatsrat vergleichen lässt und am allerwenigsten mit dem Staatsrat in der Zeit vor 1806. Es war im Gegenteil tatsächlich eine völlige Neuschöpfung. Ähnliche Vorschläge sind erst später, 1828, von Pfizer in Deutschland gemacht worden²⁵⁾. Wenn man von Anlehnung an das französische Vorbild sprechen will, so trifft das somit weit eher für die aargauische Regelung nach 1814 zu, als die

²⁴⁾ Berthélemy S. 958 ff., Mayer S. 72 ff. und RVBl 52 S. 341 ff.

²⁵⁾ Gneist¹ S. 146 ff.

Kommission des Innern die Streitfälle instruierte und darüber dem Kleinen Rat berichtete²⁶⁾.

Wie vorsichtig man beim Vergleich einheimischer Einrichtungen mit fremden Instituten und Theorien sein muss, zeigt auch die Beurteilung der späteren Entwicklung. Es ist bekannt, dass unter dem Einfluss des Liberalismus eine Zeitlang die Lösung des Problems der Verwaltungsrechtssprechung in der Weise gesucht wurde, dass man die ordentlichen Gerichte im ordentlichen Verfahren als zuständig erklärte. Diese Tendenz hat in unserm Kanton dazu geführt, die Verwaltungstreitsachen dem Obergericht zuzuweisen²⁷⁾; aber zu einer eigentlichen Einführung des sog. Justizstaates²⁸⁾ ist es bei uns nie gekommen. Scheinbar justizstaatlich war nur die Regelung von 1803 bei Streitsachen bis zu einem Streitwerte von Fr. 50.—, über die die Bezirksgerichte entschieden. Allein auch hier darf nicht übersehen werden, dass Vorsitzender des Bezirksgerichtes der Oberamtmann, der staatliche Verwaltungsbeamte im Bezirk, war. Seit 1814 stand zudem der Rechtsschutz immer nur für relativ wenige, ganz bestimmte Fälle, die sog. Gegenstände der streitigen Verwaltung, in Frage. Daneben gab es eine Reihe von Streitsachen, deren öffentlich-rechtlicher Charakter heute unbestritten ist, die aber damals und wohl seit Alters her durch die Zivilgerichte entschieden wurden, weil entweder der Staat an ihnen als Fiskus beteiligt oder über einen Eingriff in ein sog. wohlerworbenes Recht zu urteilen war. In diesem Sinne wird schon in § 1 des Gesetzes vom 5. Heumonat 1803 über die Grenzlinie zwischen der Zivil- und Administrationsgerichtsbarkeit die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts in den Fällen ausdrücklich ausgeschlossen, „welche Personalrechte oder ein Eigentum zum Gegenstande haben,

²⁶⁾ Über die damals starke ausländische Beeinflussung Secrétan a. a. O. S. 207 ff.

²⁷⁾ Eichenberger S. 21 f.

²⁸⁾ Anschütz S. 389 f., Fleiner S. 239 f., Ruck I S. 155 f., Jellinek S. 91 f.

welches auf Titeln, Besitz oder gesetzlicher Übung beruht; dieser Eigentumsstreit mag nun den Staat, Gemeinden oder Partikularen, in welcher rechtlicher Stellung die einen gegen die andern stehen möchten, berühren“. Das Verfahren in Eigentumsstreitigkeiten zwischen Staat und Gemeinden oder Partikularen hatte das Gesetz vom 23. Brachmonat 1803 noch besonders geregelt. Es galten wohl also auch im Aargau die sog. Fiskustheorie und die Theorie der wohlerworbenen Rechte, wonach einerseits das öffentliche Vermögen einem besonderen Rechtssubjekt, dem Fiskus, gehörte und der Staat als Fiskus wie ein Privater vor den ordentlichen Gerichten Recht zu suchen und zu nehmen hatte und andererseits der Staat auch dann vor den ordentlichen Gerichten belangt werden konnte, wenn er durch einen Verwaltungsakt in ein „wohlerworbenes Recht“, namentlich in Privateigentum, eingriff und Schaden stiftete²⁹⁾. Die aargauischen Zivilgerichte haben dies wiederholt anerkannt³⁰⁾.

Abgesehen von solchen „Zivilprozesssachen kraft Überlieferung“³¹⁾, den besonders behandelten Gegenständen der streitigen Verwaltung und den Straffällen ist die Zuständigkeit der Verwaltung unangetastet geblieben wohl aus der Überlegung heraus, wie Fürsprech Weissenbach 1855 bei der Beratung des aargauischen Wasserrechtsgesetzes bemerkte: „Es gibt Verwaltungszweige, wo man die Verwaltungsbehörden regieren lassen muss, wo dagegen es Sache der Aufsicht und der Öffentlichkeit ist, dabei Wache zu halten“.

²⁹⁾ Zur Fiskustheorie Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute, 1906, Giacometti S. 2 f. und sonst, Handwörterbuch unter „Fiskus“ und „wohlerworbene Rechte“ und besonders Secrétan a. a. O. S. 212.

³⁰⁾ Vgl. z. B. F. Schneider, Entscheidungen des aarg. Obergerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, 1. Band (1872), Nr. 336 ff. und aus neuerer Zeit VJS 1914 Nr. 105 und 1921 Nr. 20.

³¹⁾ G. Lassar, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, 1921, S. 81.

Durchgeht man die aargauischen Materialien zu den verschiedenen Verfassungsbestimmungen und Gesetzen über die Verwaltungsrechtspflege, so fällt auf, wie wenig Widerhall die Idee des Rechtsschutzes durch ein unabhängiges Verwaltungsgericht bei uns gefunden hat. Ich erinnere an § 3 des Gesetzes von 1803, in dem indirekt offen gesagt wird, das neue Verwaltungsgericht sei eigentlich eine unnötige Einrichtung. Im Protokoll über die Sitzung der „Constitutionscommission“ vom 9. Hornung 1814 heisst es: „Administrationsgericht. Diese Behörde wird als überflüssig und ihre Verrichtungen als unter die Attribute der Regierung und der zivilrichterlichen Behörden teilbar erachtet“³²⁾. Als Gegenstück sei erwähnt, dass sich zu gleicher Zeit die Waadt mit allen Mitteln für die Beibehaltung des Verwaltungsgerichtes wehrte und sogar die Besetzung nur mit Richtern anstrebte³³⁾. 1831 zeigt sich dann allerdings das umgekehrte Bild: In der Waadt wird das Verwaltungsgericht der allzugrossen Regierungstreue bezichtigt und abgeschafft³⁴⁾; der Kanton Aargau überträgt die Verwaltungsrechtspflege an das kantonale Obergericht. Allein auch 1831 war die Forderung eines Verwaltungsgerichts wie überhaupt auch sonst nie ein „Dogma“ im Sinne Fleiners³⁵⁾. Sie war nicht einmal ein allgemeines Volksbegehren, an denen es 1831 doch wirklich nicht mangelte. In den von Rauchenstein, dem damaligen Rektor der Kantonsschule, herausgegebenen „Freien Stimmen über das Verfassungswesen“ wird lediglich der Wunsch geäussert, die Instruktion der Verwaltungsstreitigkeiten möchte, um dem Bürger Kosten zu ersparen, den Bezirksgerichten übertragen werden. Aus

³²⁾ Akten des aarg. Staatsarchivs IA Nr. 7, Fasz. D, zur Verfassung von 1814. Dieselbe Auffassung hatte schon die für die Vorberatung des Gesetzes von 1803 bestellte Grossratskommission vertreten.

³³⁾ Secrétan a. a. O. S. 207 ff.

³⁴⁾ Secrétan a. a. O. S. 214 ff.

³⁵⁾ Schriften S. 293.

demselben Grunde empfahl Sam. Müller, von Zofingen, in einer Bittschrift die Wiedereinführung des Verfahrens während der Mediation. Die Gemeindeversammlung von Brugg vom Januar 1831 teilte mit, die Zuweisung der Administrationsstreitigkeiten an das Obergericht werde nachteilig sein. In der Geschichte des Aargaus von E. Zschokke wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt nicht erwähnt.

Sehr umstritten blieb sie auch in den Beratungen des Grossen Rates. Hauptgewicht wurde auf ein möglichst billiges Verfahren gelegt. Mit Nachdruck verlangten Dr. Bruggisser und Dr. Tanner die Wiedereinführung einer besonderen „aus dem Kleinen Rat und dem Obergericht gemischt besetzten Behörde“. Appellationsrat Amsler lehnte die Übertragung an das Obergericht ab, weil die Verwaltungsstreitsachen keine „unveränderlichen Grundsätze“ beanspruchten und daher auch von Gönner von den Prozessen abgesondert würden. Andere verlangten dagegen die Abtrennung von der Regierung wegen Überlastung und Befangenheit derselben. Besonders heftig wandte sich Bürgermeister Herzog gegen jede Verwaltungsgerichtsbarkeit. Solche Streitigkeiten ständen mit den unterrichterlichen Funktionen nicht im Einklang, und das Obergericht verfüge nicht über die nötige Sachkenntnis. Wohin müsste es führen, rief Herzog aus, wenn wegen der geringsten Sache, z. B. einer polizeilichen Verfügung, ein weitläufiger Prozess beginnen soll. „Bewahre uns Gott, dass wir über Gegenstände solcher Art einen Prozessgang organisieren!“ In der Abstimmung wurde dann aber doch mit 71 gegen 42 Stimmen die Zuweisung an das Obergericht beschlossen³⁶⁾.

Es fällt auf, dass ausgerechnet auch 1831 die Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht mehr Anhänger und eine energischere Verfechtung fand, umso mehr als sich

³⁶⁾ Akten des Staatsarchivs zur Verfassung von 1831 und gedruckte Verhandlungsprotokolle des Grossen Rates, 17., 26. und 27. Sitzung vom 10., 13. und 14. März 1831.

die damalige Revision doch gerade zur Hauptsache gegen die Machtfülle des Kleinen Rates richtete³⁷⁾ und ja kein neuer „Apparat“ beantragt wurde. Offenbar hat ein grosser Teil des Volkes wie Bürgermeister Herzog die gerichtlich prozessuale Erledigung der Verwaltungsstreitigkeiten gescheut. Wieder andere mochten mit Dr. Bruggisser der Meinung gewesen sein, solche Streitigkeiten könnten von der Verwaltung „besser als vom Obergericht“ entschieden werden.

Dass die Verwaltung keine Freude am Prozedieren empfand, darf man ihr glauben. Schon im Rechenschaftsbericht des Regierungsrates für das Jahr 1852 (S. 25) wird geklagt: Prozesse des Staates gegen Einzelne seien widrig und überflüssig. Die Erfahrung, dass der Staat bei auch nur einigermassen zweifelhaftem Recht wohl noch nie den Sieg davon getragen habe, bewahre vor zu leichtfertigem Prozedieren. Solche Erfahrungen waren begreiflicherweise nicht dazu angetan, die Verwaltung zu besonderer Förderung der neuen Einrichtung zu veranlassen, und wenn in der Literatur immer wieder behauptet wird³⁸⁾, Regierung und Bürokratie hätten die Entwicklung im Gegenteil eher gehemmt, so mag das sicherlich zum guten Teil zutreffen. Allein einen genügenden Grund für das äusserst bescheidene Endergebnis wird man darin schwerlich zu finden vermögen, weil bei uns Bürger und Volk, wie die Geschichte lehrt, Mittel genug hätten, um die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch entgegen dem Willen der Regierung durchzusetzen, wenn sie sie wirklich wünschten. Tatsächlich pflegen denn auch noch eine Reihe anderer Ursachen zur Erklärung dieses eigenartigen Zustandes angeführt zu werden. Am wichtigsten dürfte sein, dass die Schweiz in mancher Beziehung andere Garantien ge-

³⁷⁾ E. Zschokke, Die Geschichte des Aargaus, 1903, S. 245 unten, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1889, S. 108, Secrétan a. a. O. S. 218.

³⁸⁾ So besonders von Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 223 f. und Ruck I S. 155.

schaffen und entwickelt hat, die die Verwaltungsgerichtsbarkeit namentlich dort, wo für die Hauptgegenstände, die Steuersachen, ein gerichtlicher Schutz besteht und auch die Zivil- und die Strafgerichte in vielen Fällen Schutz gewähren, wenn nicht als entbehrlich, so doch als nicht dringlich erscheinen lassen. Dazu gehören insbesondere der Schutz im Verwaltungsweg, die besondere Stellung der Beamten, die namentlich in den Kantonen immer noch stark mit dem Volke verwachsen sind, die Volkswahl, die Einrichtung unserer Behörden als Kollegialbehörden, eine weitgehende, täglich wirksame parlamentarische Kontrolle sowie vor allem die Garantierung zahlreicher politischer Grundrechte und die staatsrechtliche Beschwerde³⁹⁾. Nicht übersehen werden darf ferner, dass bei uns das parlamentarische System, wie es namentlich Frankreich ausgebildet hat, wonach ein Wechsel des Ministeriums gleichzeitig einen Wechsel des ganzen Verwaltungsapparates und eine ganz andere Auslegung des öffentlichen Rechtes nach sich ziehen konnte⁴⁰⁾, in dieser Überspitzung völlig unbekannt blieb und eine ähnliche Abhängigkeit zwischen der Regierung und den unteren Beamten nie bestand.

So ist es durchaus verständlich, wenn die Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei uns im Gegensatz zu Deutschland und Frankreich bis heute keine grossen Wellen warf⁴¹⁾. Neuen Einrichtungen, deren Notwendig-

³⁹⁾ Ruck I S. 144 ff., 154 unten f., Fleiner, Schriften, S. 159 ff., Institutionen S. 247 f., Giacometti S. 8, Fehr S. 31 ff., Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1889, S. 49 f., Zb II S. 1 und speziell über die parlamentarische Kontrolle W. Burckhardt in der Festgabe für Lotmar, 1920, S. 92 f.

⁴⁰⁾ Gneist¹ S. 84 ff., 155 f., 165 und 171.

⁴¹⁾ Vgl. auch ImHof, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, im RVBl 51 S. 3 rechts Abs. 2: „Man kann freilich nicht behaupten, dass ihre Einführung von einer starken Bewegung im Volk durchgesetzt worden sei. In den breiten Massen ist dafür nicht viel Sympathie vorhanden; dort steht man häufig eher auf der Seite der Verwaltung, die sich gegen ihre „Bevormundung“ wehrt.“

keit er nicht an sich selbst erfährt, bringt der Bürger aber immer Misstrauen entgegen, und mit diesem Misstrauen muss auch bei allen Revisionsvorschlägen gerechnet werden. Bezeichnend ist übrigens, dass selbst eine Autorität wie Walter Burckhardt in einer eindringlichen Studie über „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Eidgenossenschaft“ (S. 230) noch 1931 zum Schlusse kam, im ganzen habe keine dringende Notwendigkeit bestanden, die Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber den eidgenössischen Behörden einzuführen, einem Schlusse, der umso mehr auffällt, als auf eidgenössischem Boden der Ausweg des staatsrechtlichen Rekurses bekanntlich versagt.

Bildet so die Verwaltungsgerichtsbarkeit schon kein volkstümliches Postulat, so wird jede Revision noch dadurch besonders gehemmt, dass über Wesen und Aufgabe dieser Gerichtsbarkeit nichts weniger als Klarheit herrscht und der Einbau in die bestehende Organisation auf erhebliche Schwierigkeiten stösst.

II. Wesen und Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist Rechtspflege, d. h. Rechtsprechung im Gebiete des öffentlichen Verwaltungsrechts⁴²⁾. Rechtsprechung bedeutet Entscheidung⁴³⁾ über behauptete Rechtsverletzungen. Verwaltungsrechtspflege kann von ordentlichen Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten geübt werden. Dementsprechend unterscheidet man den Rechtsweg, den Verwaltungsweg und den Verwaltungsrechtsweg⁴⁴⁾, wobei Recht soviel wie Gericht besagen will⁴⁵⁾.

Bundesrichter Blocher hat das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit so umschrieben: „dem Bürger Rechts-

⁴²⁾ Fehr S. 30 ff.

⁴³⁾ Über diesen Begriff A. Im Hof in der Festgabe für Fleiner, 1927, S. 112 ff.

⁴⁴⁾ Ruck I S. 33 und 157 unten.

⁴⁵⁾ Fehr S. 248.

schutz zu gewähren, ohne der Verwaltung ihre wichtige und verantwortungsvolle Tätigkeit zu erschweren“⁴⁶⁾. In ähnlichem Sinne äussert sich Bundesrichter Kirchhofer: Aufgabe sei „die Sicherung der Rechtssphäre der Bürger gegen Eingriffe, welche die Verwaltung bei der Verfolgung ihrer eigentlichen Tätigkeit begeht“. Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörden hätten zusammenzuarbeiten „an der Verwirklichung des objektiven Rechts“⁴⁷⁾. Aber was heisst „Verwirklichung des objektiven Rechts“? Heisst das Überprüfung aller verwaltungsrechtlichen Verfügungen und Entscheide auf ihre Rechtmässigkeit oder nur Rechtsschutz in bestimmten, besonders aufgezählten Fällen?

Im Basler Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 8. Oktober 1903 (S. 4) steht zu lesen: „Das neue Gesetz soll dem Bürger die Sicherheit gewähren, dass überall, wo sein Verhältnis zur öffentlichen Verwaltung durch Sätze des öffentlichen Rechts bestimmt wird, diese Sätze genau beobachtet werden“. Schon im Gesetzesentwurf waren jedoch nur bestimmte und nicht schlechthin alle möglichen Verfügungen und Entscheide der Gerichtsbarkeit unterstellt, d. h. die Enumeration und nicht die sog. Generalklausel gewählt worden. Zur Generalklausel ging Basel erst 1928 über.

Umgekehrt hielt sich der erste Zürcher Entwurf an die Generalklausel. In der Weisung des Regierungsrates vom 8. Mai 1929 wird (S. 26) dazu bemerkt: „Es hiesse die Rechtsgleichheit verletzen, wollte man einen Rechtsschutz in Verwaltungssachen nur in Streitsachen gewähren, in denen Geld und Geldeswert in Frage stehen, dagegen nicht auch dann, wenn es sich um die andern Rechtsgüter (persönliche Freiheit, die Eigentumsgarantie usf.) des Bürgers handelt, die der Staat zu respektieren hat“. Die vorberatende Kommission des Kantonsrates lud dann aber den Regierungsrat ein, einen zweiten Entwurf mit Enumeration vorzulegen, und in der Folge wurde

⁴⁶⁾ Zb XL S. 411 oben.

⁴⁷⁾ ZschwR 1930 S. 18 unten f. und 32.

nur dieser weiter beraten und auch vom Regierungsrate als der allein richtige mit Nachdruck verteidigt⁴⁸⁾).

Zur Hauptsache auf vermögensrechtliche Leistungen beschränkt sich der verwaltungsgerichtliche Schutz nach dem Gesetz vom 31. Oktober 1909 betreffend die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern. Hier bestand nie die Absicht, eine allgemeine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes zu begründen. Vielmehr wurden lediglich der Zuständigkeit des Regierungsrates gewisse Streitigkeiten entzogen und einem besonderen Verwaltungsgericht zugewiesen. Über diese Streitsachen kann die Verwaltung nicht mehr befinden, sondern nur noch das Gericht⁴⁹⁾.

Genau wie im Kanton Bern ist es bei uns, wo § 3 des Gesetzes von 1841 ausdrücklich bestimmt, über die dem Verwaltungsgericht zugewiesenen Gegenstände „soll keine Klage von einer andern Behörde angenommen werden“. Das entspricht der historischen Entwicklung. Es macht jedoch rechtlich einen ganz erheblichen Unterschied aus, ob man der Verwaltung gewisse Streitsachen ganz wegnimmt wie im Kanton Bern und im Kanton Aargau, oder ob man ihr den Entscheid überlässt, ihren Entscheid aber, sei es in allen oder nur in bestimmten Fällen, der Nachprüfung durch ein Verwaltungsgericht unterstellt. Entschliesst man sich dazu, die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes in der Weise zu erweitern, dass gewisse, an sich in die Zuständigkeit der Verwaltung fallende Verfügungen und Entscheide anfechtbar sein sollen, so bedeutet das bei uns nicht nur eine blosser Änderung der bisherigen Zuständigkeitsumschreibung, sondern etwas völlig Neues, nämlich den Übergang zur Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichte im modernen Sinne. Diesen Schritt hat allerdings die obergerichtliche Kommission für Verwaltungsstreitigkeiten 1886 bereits getan, als sie an Stelle der Klage die Steuerbeschwerde einführte⁵⁰⁾.

⁴⁸⁾ Zürich III S. 42 ff. und II S. 82 f.

⁴⁹⁾ Blumenstein in der MbVR 1908 S. 343 ff. und 356 Ziff. 4.

⁵⁰⁾ Eichenberger S. 44 ff. und Aarg. Beamtenblatt 1942 S. 50.

Im selben Zusammenhange fällt ferner ins Gewicht, dass nach der bisher herrschenden Meinung der verwaltungsgerichtliche Schutz überwiegend nur dem Bürger zukam, der behauptete, in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Mit andern Worten, die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Verwaltung erfolgte nicht schlechthin, sondern in der Regel nur insoweit, als die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts geltend gemacht werden konnte⁵¹⁾. In ähnlicher Weise hat das Bundesgericht schon entschieden, der staatsrechtliche Rekurs sei nur zum Schutze subjektiver Rechte gegeben⁵²⁾. Darum lehnte es die staatsrechtliche Abteilung wiederholt ab, auf Beschwerden einzutreten, die ein Dritter gegen die Bewilligung eines ihm nachteiligen Baus auf der Nachbarliegenschaft erhob, weil der Dritte in seinen subjektiven Rechten nicht verletzt werde und nur allgemein die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften streitig sei⁵³⁾. Auf demselben Boden steht die Praxis des aargauischen Verwaltungsgerichts⁵⁴⁾. So findet sich z. B. in einem Urteile vom 22. Februar 1924⁵⁵⁾ ausdrücklich ausgesprochen, dass eine Klage über die Benützung des öffentlichen Eigentums im Sinne von § 2 lit. f des Verwaltungsstreitigkeitengesetzes nur in Betracht falle, wenn ein subjektives Recht am öffentlichen Gut geltend gemacht werde.

⁵¹⁾ Handwörterbuch S. 611 links, Fleiner S. 256 unten, Jellinek S. 304 lit. b und 316 vor Ziff. 3. Diese Auffassung scheint auch noch beim Erlass des Basler Gesetzes von 1928 bestanden zu haben: III S. 28 und 59 § 10, ferner § 49 des Zürcher Entwurfes: III S. 29. Vgl. auch Eichenberger S. 13 unten.

⁵²⁾ Praxis 1930 S. 215 oben und Zb XXXIX S. 354.

⁵³⁾ Vgl. z. B. Praxis 1933 Nr. 134, ZbJV 74 S. 558 und ZschwR 1936 S. 172 N. 83. Die Praxis ist allerdings nicht eindeutig: Huber ebenda 3. Heft S. 61 a f. Allgemein MbVR XXXIII S. 321 ff.

⁵⁴⁾ Eichenberger S. 53, 55, 57 oben, 64 unten.

⁵⁵⁾ VJS 1924 Nr. 57. Nicht alle Entscheide sind aber so eindeutig, vgl. Steiner, Verwaltungsrechtliche Entscheidungen des aarg. Obergerichts, 1925, S. 47, zu § 2 f. des Verwaltungsstreitigkeitengesetzes von 1841, und besonders VJS 1915 S. 34.

Heute streitet man sich darüber, ob es überhaupt subjektive öffentliche Rechte gebe. Die Frage ist besonders von Walter Burckhardt und Bundesrichter Huber gestellt worden und beschäftigte 1936 im Zusammenhang mit der Garantie der individuellen Verfassungsrechte den schweizerischen Juristenverein⁵⁶⁾. Viel erörtert wurde sie im nationalsozialistischen Deutschland, wo namentlich die Umschreibung des subjektiven öffentlichen Rechts als Macht über die Staatsgewalt dem Führergedanken straks zuwiderläuft⁵⁷⁾.

Die Abgrenzung der subjektiven öffentlichen Rechte hatte immer Schwierigkeiten bereitet und auch immer mehr oder weniger etwas Zufälliges an sich⁵⁸⁾, und diese Zufälligkeit musste sich bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch besonders auswirken. Warum soll sich z. B. der Nachbar, dem ein Haus entgegen den baupolizeilichen Vorschriften direkt vor die Wohnungsfenster gestellt und der in seinen Interessen ganz erheblich verletzt wird, nicht auch auf das Prinzip der Rechtmässigkeit der Verwaltung stützen und den richterlichen Schutz anrufen können? Schon Gneist wies darauf hin, dass das Verwaltungsrecht eine objektive Rechtsordnung sei, „welche auch unabhängig von Parteianträgen um des öffentlichen Rechtes und Wohles willen zu handhaben“ sei; man könne die Verwaltungsjurisdiktion nicht „in publizistische Individualrechte und Einzelklagen auflösen . . ., ohne der Sache Gewalt anzutun“⁵⁹⁾. Aus ähnlichen Erwägungen heraus hat die neuere Theorie mehr und mehr eine umfassende

⁵⁶⁾ W. Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939, besonders S. 22 ff., Huber in der ZschwR 1936, 3. Heft, S. 54 a ff. Gegen Huber der Korreferent Prof. Dr. Favre und besonders scharf Prof. Dr. H. Nawiasky ebenda, 5. Heft, S. 324 a ff., und 7. Heft, S. 668 a f. und 671 a ff.

⁵⁷⁾ Vgl. z. B. Handwörterbuch, VIII. Bd., S. 474 ff., Jelinek, Nachtrag S. 15 f., und F. W. Jerusalem, Das Verwaltungsrecht und der neue Staat, 1935, S. 28 ff.

⁵⁸⁾ Fleiner S. 173.

⁵⁹⁾ Rechtsstaat² S. 270 und 271.

verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Rechtmässigkeit der Verwaltung befürwortet⁶⁰⁾. In Basel ist zur Beschwerde legitimiert, „wer von der anzufechtenden Verfügung persönlich betroffen wird“⁶¹⁾.

Auch die moderne Auffassung geht jedoch nicht soweit, das Beschwerderecht allgemein jedem Bürger einzuräumen, also eine sog. Popularklage zuzugestehen⁶²⁾. Beschweren kann sich nur, wer ein persönliches Interesse nachzuweisen vermag⁶³⁾. Es gilt auch nicht das Legalitätsprinzip⁶⁴⁾, d. h. das Verwaltungsgericht darf nicht von Amtes wegen, von sich aus, einschreiten, sondern bloss auf Beschwerde oder Klage hin: *nemo iudex sine actore*⁶⁵⁾.

Trotz diesen Einschränkungen bleibt für die Gerichtsbarkeit immer noch ein ausserordentlich ausgedehntes Feld, und man muss sich fragen, ob nicht eine so umfassende Tätigkeit auf dem Gebiete des öffentlichen Verwaltungsrechts eigentlich Verwaltung ist. Auch darüber gehen die Meinungen weit auseinander.

Nach Fleiner, Ruck, Secrétan und anderen⁶⁶⁾ handelt es sich um Rechtsprechung und nicht um Verwaltung. „Verwaltungsgerichtsbarkeit“, sagt Fleiner, „ist Gerichtsbarkeit über die Verwaltung“. Auch Fehr⁶⁷⁾ teilt die von

⁶⁰⁾ Jöhr S. 56, Anschütz S. 402, Fleiner S. 256 f., Ruck I S. 158, Fehr S. 32 f., Jerusalem a. a. O. S. 28 oben. Ebenso der Revisionsvorschlag von Schelcher im RVBl 58 S. 570 Ziff. 3. Vgl. auch Handwörterbuch S. 611 II.

⁶¹⁾ § 13 des Gesetzes.

⁶²⁾ Fleiner S. 266 f., Kirchhofer S. 34. Vgl. auch Huber a. a. O. S. 169a. Eine Ausnahme macht im Aargau § 43 Abs. 2 des Gemeindesteuergesetzes vom 30. November 1866, die allerdings teilweise eingeschränkt wurde: VJS 1935 Nr. 29.

⁶³⁾ Huber a. a. O. S. 175a und 187a. Über Begriff und Abgrenzung des „persönlichen Interesses“ ebenda S. 177a ff.

⁶⁴⁾ Fleiner S. 140.

⁶⁵⁾ Anschütz S. 404 unten, Fleiner S. 263.

⁶⁶⁾ Fleiner S. 248, Ruck I S. 155 II, ZschwR 1932 S. 220 unten, Jerusalem a. a. O. S. 26; unbestimmt Jellinek S. 299 ff. Ferner auch Handwörterbuch S. 611 ff.

⁶⁷⁾ S. 25 ff., besonders S. 29, ebenso Eichenberger S. 12 f. u. 27 f.

unabhängigen Verwaltungsgerichten geübte „Rechtsanwendung zum Zwecke der Streiterledigung“ ohne weiteres der Gerichtsbarkeit zu. Zu diesem Schlusse kommt er, indem er (S. 26) die „Rechtsanwendung zum Zwecke der Streiterledigung“ von vornherein aus dem Begriffe der Verwaltung ausschliesst. Allein dies dürfte weder historisch noch theoretisch richtig sein. Historisch und theoretisch gehört die Aufgabe, öffentliches Verwaltungsrecht anzuwenden zur Verwaltung⁶⁸⁾. Das ist schon der Sinn des Legalitätsprinzips, und die Tätigkeit der Gerichte unterscheidet sich inhaltlich in nichts von demjenigen der Verwaltung, soweit diese die Einhaltung von Gesetz und Recht überprüft, und zwar auch dann nicht, wenn eine Beschwerde abgewiesen wird. Daher stimme ich Walter Burckhardt zu, wenn er sagt⁶⁹⁾, die Notwendigkeit einer Beschwerde an ein Verwaltungsgericht könne nicht mit „logischen Argumenten“, sondern nur „mit praktischen Erwägungen begründet werden“; die Forderung, die Verwaltung dürfe nicht Richter in eigener Sache sein, sei auch keine Forderung des Rechtsstaates. Ebenso äussert sich Berthélemy⁷⁰⁾. Er fügt bei: Theoretisch sei das Fehlen eines weiteren Rekurses nach Erschöpfung des Verwaltungsweges nicht ungewöhnlicher als das Fehlen eines weiteren Rechtsmittels nach Erschöpfung des Instanzenzuges der Justiz.

Bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit handelt es sich somit „materiell-funktionell“ durchaus um Verwaltung und nur „formell-organisatorisch“⁷¹⁾ um Gerichtsbarkeit⁷²⁾. Wie steht es dann aber mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung?

⁶⁸⁾ Burckhardt, Einführung, S. 141 f.

⁶⁹⁾ S. 225 ff., besonders S. 246 ff. E. Blumenstein, Der rechtsstaatliche Ausbau der schweiz. Demokratien, Rektoratsrede, 1929, S. 5 f.

⁷⁰⁾ S. 932 und 933.

⁷¹⁾ Fehr S. 25. Vgl. auch Kirchhofer S. 57 N. 86 und G. Lassar, Erstattungsanspruch, S. 70.

⁷²⁾ Ebenso Mayer S. 11 und RVBl 58 S. 570 Ziff. 5 und 572 Ziff. 9; anders Blumenstein MbVR 1939 S. 323 ff.

Während der französischen Revolution wurde unter Berufung auf das über die *séparation des pouvoirs* hinausgehende Prinzip der *séparation des autorités* die Justiz von jeder Verwaltungsrechtspflege ausgeschlossen und diese ausschliesslich den Verwaltungsbehörden übertragen⁷³). Um 1830 forderten gewisse Kreise mit genau derselben Begründung die Einheit der Justiz und den Justizstaat⁷⁴). Nach der Kundgebung zur Einführung der aargauischen Staatsverfassung von 1831 ist anzunehmen, dass man mit der Übertragung der damals freilich noch beschränkten Zahl von Administrativstreitigkeiten an das Obergericht dem neuen Grundsatz der Gewaltenteilung nachzuleben trachtete⁷⁵). In den Beratungen hatte Appellationsrat Lützelschwab allerdings mit allem Nachdrucke davor gewarnt, die Gewaltenteilung auf die Spitze zu treiben, und empfohlen, zuerst damit Erfahrungen zu sammeln⁷⁶).

Der Grundsatz der Gewaltenteilung hat demnach, wie schon die wenigen Andeutungen zeigen, in der Geschichte so verschiedene Ausprägungen erhalten und das schweizerische Verfassungsleben weist so viele Eigenheiten auf⁷⁷), dass es unmöglich ist, von vornherein behaupten zu wollen, die Kontrolle der Verwaltung durch unabhängige Gerichte widerstreite unserer historischen Entwicklung. Im Aargau kommt hinzu, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenigstens für die streitigen Gegenstände, durch dieselbe Verfassung, die auch die Gewaltenteilung verfügte, neu eingeführt worden ist und durch eine Verfassungsänderung erweitert werden kann, so dass also über die Frage, welche Lösung man wählen will, wie Burckhardt richtig sagt, letzten Endes tatsächlich allein praktische Überlegungen entscheiden.

⁷³) Secrétan a. a. O. S. 188 ff.; vgl. auch Berthélemy S. 933 N. 1.

⁷⁴) Secrétan a. a. O. S. 219 ff.

⁷⁵) Eichenberger S. 22 oben.

⁷⁶) Grossratsprotokoll der 16. Sitzung vom 9. März 1931.

⁷⁷) Fleiner, Schriften, S. 301, ferner Giacometti, Das Staatsrecht der schweiz. Kantone, 1941, S. 272 ff.

Theoretisch hat aber Kirchhofer unbedingt recht, wenn er (S. 9) schreibt: „Ein ‚echtes‘ Verwaltungsgericht verträgt sich schlecht mit der Lehre von der Trennung der Gewalten“; denn solche Gerichte treiben „sachlich Verwaltungstätigkeit, ohne dafür diejenige Verantwortlichkeit zu tragen, die eigentlich dem Wesen der Verwaltung entspricht“. Das wird in aller Schärfe auch von Walter Burckhardt betont. Burckhardt weist gleichzeitig nachdrücklich auf die Schwierigkeiten hin, die entstehen, wenn die Verwaltungskontrolle statt, wie es das natürlich ist⁷⁸⁾, in die Form der Einsprache oder Beschwerde gekleidet, in die überspitzte Form des Partei- und des Streitverfahrens gezwängt wird, die aus einem wesensfremden Rechtsgebiete, demjenigen des Zivilprozesses, stammt.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist somit alles in allem nichts weniger als eine einfache, widerspruchslose Schöpfung, und wenn ihr das Volk mit Bedenken begegnet, so zeugt das auch hier wieder nur für seinen politischen Sinn.

Wie steht es aber um unsern Verwaltungsrechtsschutz heute?

III. Die gegenwärtige aargauische Verwaltungsrechtspflege.

Den gegenwärtigen Stand der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Aargau auch nur knapp skizzieren zu wollen, fällt nicht leicht. Die Regelung ist äusserst kompliziert, und die massgebenden Vorschriften finden sich in allen möglichen Erlassen zerstreut vor. Eine ähnliche Darstellung, wie sie Fehr für den Kanton Zürich geschrieben hat, fehlt⁷⁹⁾.

Teilweisen Schutz gewähren gewisse eidgenössische Behörden und dann vor allem die kantonalen Gerichte: die Zivilgerichte, die Strafgerichte und das Verwaltungsge-

⁷⁸⁾ Burckhardt S. 240 f.

⁷⁹⁾ Über Bern vgl. ZbJV 1901 S. 350 ff. und MbVR 1908 S. 337 ff.

richt. Daneben bestehen noch einige wenige mehr oder minder unabhängige Spezialkommissionen wie die Enteignungskommission, die Kommission für die Wildschadenabschätzung⁸⁰⁾, die Schätzungskommission und die kantonale Bodenverbesserungskommission nach Flurrecht⁸¹⁾, die Oberschätzungsbehörde der Gebäudeversicherungsanstalt für die endgültige Abschätzung der zu versichernden Gebäudewerte und der Entschädigungen im Brandfalle⁸²⁾ usw. Über weitaus die Mehrzahl der Verletzungen von kantonale-öffentlichem Verwaltungsrecht entscheiden aber die Verwaltungsbehörden selbst ohne förmliches Verfahren. In wenigen, besonders bezeichneten Fällen ist die Beschwerde an den Grossen Rat möglich⁸³⁾.

a) Als eidgenössisches Rechtsmittel ist in erster Linie der staatsrechtliche Rekurs zu nennen. Vor dem Staatsgerichtshof können wegen Willkür alle kantonalen oder kommunalen Verfügungen und Urteile angefochten werden⁸⁴⁾. Der Rekurs ist allerdings nur ein Behelfsmittel⁸⁵⁾, aber immerhin doch das.

Über kantonales Verwaltungsrecht urteilt in beschränktem Umfange auch das eidgenössische Verwaltungsgericht, wenn in einem seiner Beurteilung unterliegenden Falle behauptet wird, anwendbares kantonales Recht sei willkürlich gehandhabt worden⁸⁶⁾. Im übrigen dürfen die eidgenössischen Gerichte grundsätzlich nur die

⁸⁰⁾ Instruktion für die Abschätzung des Wildschadens vom 2. Juli 1926.

⁸¹⁾ VO vom 31. Mai 1941 über Bodenverbesserungen.

⁸²⁾ Gesetz vom 15. Januar 1934 betreffend die Gebäude- und Fahrnisversicherung.

⁸³⁾ Art. 39 lit. 1 Abs. 2 der Staatsverfassung von 1885 und z. B. § 73 des Armengesetzes vom 12. März 1936.

⁸⁴⁾ Burckhardt S. 227 f. und Eichenberger S. 24 unten. Vgl. z. B. aus jüngster Zeit Praxis 30 Nr. 21, 101, 115, 145, 159; 31 Nr. 22 und 44.

⁸⁵⁾ Fleiner, Schriften, S. 160, ZschwR 1936, 7. Heft, S. 655a, Basel III S. 38.

⁸⁶⁾ Kirchhofer S. 42 f.

richtige Anwendung des eidgenössischen Rechtes überprüfen⁸⁷⁾.

Einige Streitfälle sind durch besondere Gesetzesvorschrift ausdrücklich der Beurteilung durch Bundesbehörden unterstellt worden. So entscheidet das eidgenössische Verwaltungsgericht über Streitigkeiten zwischen der Verleihungsbehörde und dem Beliehenen nach Art. 71 WRG⁸⁸⁾. Andere Fälle desselben Gesetzes beurteilt der Bundesrat⁸⁹⁾. Bundesrat und Bundesgericht überwachen ferner in grossem Umfange namentlich die Anwendung des eidgenössischen Rechts durch die kantonalen Verwaltungsbehörden⁹⁰⁾. Besonders zu erwähnen sind die Art. 48, Ziff. 4, und 52 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, die es ermöglichen, eine Reihe von vermögensrechtlichen Ansprüchen kantonal-verwaltungsrechtlicher Natur durch das Bundesgericht als einzige Zivilgerichtsinstanz beurteilen zu lassen⁹¹⁾. Voraussetzung ist nach dem Urteile vom 21. Juni 1929 in Sachen Einwohnergemeinde Aarau, dass ein Verhältnis vorliegt, welches beidseitig frei so geordnet wurde, aber auch anders hätte geregelt werden können, oder das doch einzugehen oder nicht dem Privaten bzw. der Korporation freistand wie z. B. das Beamtenverhältnis.

Inzwischen hat § 114bis BV die Kantone ermächtigt, mit Genehmigung der Bundesversammlung ihre Administrativstreitigkeiten allgemein dem eidgenössischen Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuzuweisen. Von dieser

⁸⁷⁾ Kirchhofer S. 81 und z. B. Praxis 24 S. 406.

⁸⁸⁾ Kirchhofer S. 20 und 89, ZschwR 1940 S. 97 f. und 100, Ruck I S. 165.

⁸⁹⁾ Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 1931 Nr. 152.

⁹⁰⁾ Bundesblatt 1929 I S. 185 ff. und II 161 f., Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 219 f. und 461 f., VDG Art. 4 ff. und 22 ff.

⁹¹⁾ Kirchhofer S. 78 ff. und 87 f., ferner K. Wegmann, Das Gemeinwesen als Nachbar, Abhandlungen zum schweiz. Recht, n. F., 188. Heft, S. 98, und die hier Zitierten. Über die beabsichtigte Revision Bundesblatt 1943 I S. 114 ff.

Ermächtigung ist bis heute kein Gebrauch gemacht worden.

b) 1. Kantonalen Schutz gewähren zunächst die ordentlichen Zivilgerichte nach der Fiskustheorie und der Theorie über die wohlervorbenen Rechte⁹²⁾. Verschiedene Entscheide sind ihnen durch Gesetz ausdrücklich zugewiesen worden, so neuerdings noch durch das Gesetz vom 21. Dezember 1939 über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten sowie durch § 49 des Gesetzes vom 15. Januar 1934 betreffend die Gebäude- und Fahrnisversicherung.

2. Erheblich weiter reicht der Schutz durch die kantonalen Strafgerichte. Viele kantonale Verwaltungsgesetze drohen auf ihre Übertretung und die Zuwiderhandlung gegen die zu ihrem Vollzug getroffenen Anordnungen Strafe an. Ich verweise auf das Ladenschlussgesetz vom 14. Februar 1940, das Gesetz vom 28. November 1919 über das öffentliche Gesundheitswesen, das Gesetz vom 2. März 1903 über das Wirtschaftswesen und andere^{92a)}. Ergeht, gestützt auf ein solches Gesetz ein Verwaltungsakt, so unterliegt er im Strafverfahren der richterlichen Überprüfung, und zwar nicht nur darauf hin, ob er zuständigerweise erlassen wurde, sondern auch darauf hin, ob er materiell rechtmässig ist.

⁹²⁾ Vgl. oben N. 30. Eine gewisse Kontrolle besteht auch im Rahmen des sog. richterlichen Überprüfungsrechts: Fehr S. 188 f. und Aarg. Beamtenblatt 1933 S. 41 ff.

^{92a)} Diese Strafandrohungen sind trotz § 81 lit. b EG zum eidg. StGB immer noch wirksam (VJS 1942 Nr. 55), ob aber nur im Rahmen der Art. 39 Ziff. 1 und 106 StGB (so Steiner im Aarg. Tagblatt Nr. 103 vom 4. Mai 1943) oder wie bisher, entscheidet sich, wenn Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 eine besondere Bedeutung zukommt, was vom Bundesgerichte offen gelassen wurde (Praxis XXXII Nr. 86), je nach der oft mehr als heiklen Unterordnung des zu beurteilenden Tatbestandes unter Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 oder Abs. 2 (Thormann/Overbeck, Komment., Anm. 5 und 6 hiezu).

Unbekannt war dem aargauischen Recht eine Vorschrift, wie sie z. B. der Kanton Zürich hatte, wonach mit dem Verwaltungsakt für den Fall des Ungehorsams die Androhung der Überweisung an den Strafrichter verbunden werden konnte und der Strafrichter dann ebenfalls den Verwaltungsakt auf seine Rechtmässigkeit überprüfte⁹³⁾. Wieweit die Vorschrift des heute aufgehobenen § 1 des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes, der Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit nur so, d. h. ohne nähere Umschreibung der verschiedenen Tatbestände, mit Strafe bedrohte, als Mittel der Verwaltungskontrolle verstanden war, ist zweifelhaft⁹⁴⁾.

Heute enthält Art. 292 des eidgenössischen StrGB eine dem früheren Zürcher Rechte analoge Bestimmung. Aber Voraussetzung ist nach diesem Artikel bloss, dass die nicht beachtete Verfügung „von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten“ erlassen wurde. Ob sie rechtmässig ist, hat der Richter nicht zu entscheiden. Art. 292 gilt zudem bei allen den Gesetzen nicht, in denen die Übertretung besonders unter Strafe gestellt wird⁹⁵⁾. Das trifft z. B. bei sämtlichen aargauischen Gemeindebauordnungen zu⁹⁶⁾. Möglich ist auch, dass das betreffende Gesetz auf den Verwaltungszwang verweist und dieser ausdrücklich oder dem Sinne nach allein Platz greifen soll⁹⁷⁾. Art. 292 fördert die Kontrolle der Verwaltung

⁹³⁾ Fehr S. 190 f. und SJZ 32 S. 380 N. 73; ferner allgemein Fleiner, Schriften, S. 154 ff.

⁹⁴⁾ ZschwR 1928 S. 87 ff.

⁹⁵⁾ Anmerkungen in der Ausgabe des eidg. StGB von O. A. Germann.

⁹⁶⁾ Die Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams greift hier nur in den Fällen Platz, die früher als Vergehen gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit unter § 1 des Zuchtpolizeigesetzes eingereiht wurden, d. h. bei schwerer Polizeiwidrigkeit oder beharrlicher Zuwiderhandlung gegen amtliche Verfügungen (VJS 4 Nr. 51, 11 Nr. 24, 22 Nr. 27 und Urteil des Obergerichts vom 30. August 1934 in Sachen E. Wettstein); anders, aber zu weitgehend, Zb 1943 S. 64.

⁹⁷⁾ Kommentar von Thormann und Overbeck Anm. 5.

somit kaum. Seine Wirkung besteht lediglich darin, dass innert seinem Bereiche Verwaltungszwang erst angewendet werden darf, wenn der Strafrichter entschieden hat⁹⁸⁾.

3. Direkte Verwaltungskontrolle übt das Verwaltungsgericht, und zwar, nachdem es ausschliesslich entscheidet, mit Überprüfung in vollem Umfange⁹⁹⁾. Die aargauische Verwaltungsgerichtsbarkeit vollzieht sich in zwei Formen: in der Form der ursprünglichen und der nachträglichen oder, was dasselbe besagt, in der Form des Parteistreites und der Anfechtung¹⁰⁰⁾. Das Anfechtungsverfahren gilt für Steuereinschätzungsbeschwerden. Im übrigen herrscht durchwegs die ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Als „Gegenstände der streitigen Verwaltung“ zählt § 2 des Gesetzes vom 25. Brachmonat 1841 auf:

- „a) die Erwerbung und den Besitz von Ortsbürgerrechten, sowie die damit verbundenen Nutzungen und Beschwerden;
- b) die auf den sog. Dorf-, Haus- und Holzgerechtigkeiten haftenden Nutzungen und Beschwerden;
- c) die Verlegung oder Verteilung von direkten und indirekten Steuern auf die einzelnen Personen und Korporationen . . .;
- d) die Leistungen der Einzelnen bei Erbauung und Unterhaltung von Strassen, Brücken und Dämmen;
- e) die Verlegung oder Verteilung von Einquartierungen, Fuhrleistungen und ähnlichen Kriegslasten;
- f) die Benutzung des öffentlichen Eigentums“.

⁹⁸⁾ Fleiner, Schriften, S. 155 f. Vgl. allgemein noch über diese indirekte Kontrolle der Verwaltung Gneist¹ S. 63 und 145 ff., Ruck I S. 157, Jellinek S. 92, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1889, S. 41 ff., 65 f., 82 ff., 121, 126 f., 132, Berthélemy S. 952 f., 990, Mayer S. 145 unten f.

⁹⁹⁾ Jellinek S. 317.

¹⁰⁰⁾ Fleiner S. 254, Ruck I S. 160 und 170, Kirchhofer S. 11 f., Jellinek S. 315 f., RVBl 51 S. 5 f. Basel kennt nur die nachträgliche Gerichtsbarkeit: III S. 48 ff. Vgl. auch noch Schelcher: RVBl 58 S. 575 f.

Das Verwaltungsgericht ist noch für weitere Fälle durch andere Gesetze und teilweise durch Dekrete des Grossen Rates als zuständig erklärt worden, so vor allem durch § 116 EG zum ZGB für die Beurteilung von Entschädigungen wegen Eigentumsbeschränkungen und Abtretung von Eigentum und Rechten aus Gründen der Baupolizei. Nähere Angaben enthält die Arbeit von Eichenberger¹⁰¹⁾.

Ein besonderes Verfahren besteht bei Expropriationen. Ich verweise auf das Gesetz vom 22. Mai 1867. Administrativgerichtlich entschieden werden dagegen auch die Fälle nach § 98 EG zum ZGB über Entschädigungen bei Einbezug von Nichtflurgrundstücken in Bodenumlegungen, obwohl es sich hier, wie übrigens bei den Streitigkeiten nach § 116 EG zum ZGB, historisch lediglich um eine abgekürzte Expropriation handelt¹⁰²⁾.

4. Über „Gegenstände der streitigen Verwaltung“ darf nach § 3 des Gesetzes von 1841 keine andere Behörde als das Verwaltungsgericht eine Klage entgegennehmen. Diese Bestimmung gilt nach der Praxis des Obergerichts entsprechend auch für die Fälle, in denen die Zivilgerichte zuständig sind, und wird in dem Sinne verstanden, dass die Verwaltung, solange sie kein Urteil in den Händen hat, keinen Verwaltungszwang ausüben und insbesondere nicht zur Ersatzvornahme schreiten darf¹⁰³⁾. Ebenso hat das Bundesgericht entschieden, als die Beseitigung eines Wasserwerkes verfügt wurde und sich der Berechtigte auf einen privaten Rechtstitel berief¹⁰⁴⁾. Das will aber nicht heissen, dass sich die Behörde dann überhaupt jeder Ein-

¹⁰¹⁾ S. 33 ff. und 49 ff. Nur vorübergehende Bedeutung hatte § 75 des Armengesetzes, und § 21 des Bürgerechtsgesetzes wiederholt § 2 lit. a des Verwaltungsstreitigkeitengesetzes.

¹⁰²⁾ Zb 1932 S. 354 und 358 oben sowie 1939 S. 486. Über die praktischen Konsequenzen vgl. VJS 1926 Nr. 12 und 1934 Nr. 26.

¹⁰³⁾ VJS 1921 Nr. 32 S. 90; vgl. aber auch Praxis 12 Nr. 180.

¹⁰⁴⁾ Praxis 19 Nr. 102, dazu Burckhardt, Kommentar zur BV, 3. Aufl., S. 772.

mischung zu enthalten habe und ihre Äusserungen, z. B. über die Anerkennung eines Entschädigungsanspruches gegen den Staat, nur Privaterklärungen wären¹⁰⁵⁾.

Wieweit Verwaltungszwang zulässig ist, wenn der Strafrichter angerufen werden kann, war früher nicht restlos abgeklärt. Galt bei uns das sog. *régime judiciaire* oder das sog. *régime administratif*, die *action directe*? Nach Fleiner¹⁰⁶⁾ müsste man ersteres annehmen. Für das *régime judiciaire*, die vorherige Anrufung des Richters vor jedem Verwaltungszwang, hat sich das Bundesgericht bei den Gesetzen ausgesprochen, die wie das aargauische Gesundheitsgesetz¹⁰⁷⁾ auf Übertretungen ausdrücklich Bestrafung androhen, und für diese Fälle dürfte sich nichts geändert haben. Dagegen war § 1 des früheren Zuchtpolizeigesetzes doch wohl kaum eine so weitgehende Bedeutung zugebracht. Der Umstand, dass z. B. das Gesetz vom 23. März 1859 über den Strassen-, Wasser- und Hochbau in seinen §§ 124 ff. Verwaltungszwang und Strafe nebeneinander vorsieht, lässt zum mindesten auf keine konsequente Durchführung des *régime judiciaire* schliessen¹⁰⁸⁾. Heute hat es die Verwaltung in der Hand, dort, wo keine besonderen Straf- oder Zwangsandrohungen bestehen, entweder Verwaltungszwang anzuwenden oder nach Art. 292 des eidgenössischen StrGB zu verfahren.

c) Weitaus das grösste Gebiet beherrscht immer noch der Schutz durch die Verwaltung selbst im sog. Verwaltungsweg. Leider hält es gerade hier ausserordentlich schwer, auch nur einen bescheidenen Überblick zu gewinnen, weil jede einheitliche Regelung und jede zusammenfassende Darstellung fehlt¹⁰⁹⁾.

¹⁰⁵⁾ Burckhardt S. 234 f.

¹⁰⁶⁾ Schriften S. 156 ff.

¹⁰⁷⁾ Praxis 11 Nr. 34.

¹⁰⁸⁾ Näheres ZschwR 1928 S. 87 ff. und A. Baumann, Der Verwaltungszwang im Aargau, Zürcher Diss., 1932.

¹⁰⁹⁾ Für Zürich vgl. die mehrfach zitierte Arbeit von Fehr und für St. Gallen: Stephan Schwyzer, Das Verwaltungsverfahren im Kt. St. Gallen, Fryburger Diss., 1934.

Das Normale ist, dass unsere Verwaltung auf der untersten Stufe durch den Gemeinderat, für den Bezirk durch den Bezirksamtmann und für den Kanton durch den Regierungsrat besorgt wird. Dem Gemeinderat liegt die Verwaltung sowohl im Bereiche des eigenen wie des übertragenen Wirkungskreises der Gemeinde ob; d. h. er übt sowohl Gemeinde- wie Staatsverwaltung aus¹¹⁰⁾. Vom Bezirksamtmann sagt das Gesetz¹¹¹⁾, dass er im Bezirk „der Vollziehungsbeamtete des Regierungsrates“ sei. Ihm kommt als solchem die Vollstreckung im weitesten Sinne und als „Verwaltungsbeamteten“ die „Oberaufsicht über die im Bezirk ihm untergeordneten Administrativbeamteten“, insbesondere über die Gemeindeverwaltung in ihrem ganzen Umfange zu. Daneben ist er ferner Stellvertreter der obersten Polizeibehörde sowie Vormundschafts- und Voruntersuchungsorgan. Für das Schulwesen amtiert im Bezirk als besondere Behörde der Bezirksschulrat.

Die regierungsrätliche Verwaltung erfolgt nach der grossrätlichen Organisationsverordnung vom 19. Dezember 1921¹¹²⁾ in erster Linie durch die einzelnen Direktionen. Art. 40 der Staatsverfassung, der diese Aufteilung vorsieht, ermächtigt den Regierungsrat, mit Genehmigung des Grossen Rates den Direktionen Kommissionen beizugeben. Daneben bestehen noch besondere Behörden und Kommissionen, wie z. B. der Erziehungsrat und die Armenkommission, auf Grund gesetzlicher Vorschriften. Im Staatskalender für die Wahlperiode 1942 bis 1945 sind nicht weniger als 34 solcher Kommissionen aufgezählt, von denen allerdings einige nur Subkommissionen des Erziehungsrates oder der kantonalen Lehrlingskommission sind

¹¹⁰⁾ J. Brugger, Die Gemeindeorganisation des Kantons Aargau, Berner Diss., 1923, S. 26 ff. und 116 ff.

¹¹¹⁾ Gesetz vom 16. März 1854 über Einrichtung der Bezirksämter §§ 15 ff.

¹¹²⁾ Abgeändert am 26. Februar 1926; vgl. auch § 93 des Schulgesetzes und Z. Giacometti, Das Staatsrecht der schweiz. Kantone, 1941, S. 390 ff.

und andere zur Hauptsache bloss auf dem Papiere stehen. Die Kommissionen entscheiden teilweise letztinstanzlich, wie z. B. die kantonale Bodenverbesserungskommission und die Oberschätzungskommission für die Abschätzung des Wildschadens, andere unter Vorbehalt der Beschwerde an den Regierungsrat, wie z. B. die Notariatskommission; wieder andere haben nur beratende Funktionen.

In einzelnen Gesetzen und Verordnungen wird gegen gewisse Entscheide ausdrücklich eine Beschwerde zugelassen und diese in der Regel befristet. Als Beispiel aus neuerer Zeit nenne ich das Schulgesetz, das Ladenschlussgesetz und das Bürgerrechtsgesetz. Die Beschwerdefrist beträgt hier überall 10 Tage. Nach § 41 des Armengesetzes kann die heimatliche Armenbehörde gegen eine Unterstützungsfestsetzung durch die Armenbehörde des Wohnortes binnen 20 Tagen Einsprache erheben. Kommt keine gütliche Einigung zustande, so hat das Bezirksamt die Einsprache zu begutachten, worauf die Direktion des Innern darüber erstinstanzlich entscheidet. Ein ähnliches Verfahren besteht in Bodenverbesserungsangelegenheiten nach den flurrechtlichen Vorschriften und bei der Genehmigung von Bauordnungen und Überbauungsplänen (§§ 9 ff. VO vom 21. November 1913 über die Vorschriften des EG zum ZGB betreffend Baugebiet). In Gemeindeangelegenheiten räumen, abgesehen von § 116 EG zum ZGB, die §§ 12 und 18 des Gemeindesteuergesetzes ausdrücklich die Möglichkeit der Beschwerde ein, und zwar ohne Angabe einer Frist. Das Gemeindeorganisationsgesetz vom 26. November 1841 kennt einzig die Weiterziehung von gemeinderätlichen Strafurteilen an die Bezirksgerichte. Verwaltungsrechtlich kommt nur eine unbefristete Anzeige oder Aufsichtsbeschwerde bei der vorgesetzten Behörde in Frage, und es liegt im pflichtgemässen Ermessen dieser Behörde, ob und in welcher Weise sie der Anzeige Folge geben will¹¹³).

¹¹³) Fleiner S. 229 f. Vgl. auch Brugger a. a. O. S. 98.

Gegen alle Verfügungen und Entscheide der Direktionen ist nach § 28 der Organisationsverordnung für den Regierungsrat binnen 10 Tagen die Beschwerde an den Regierungsrat gegeben. Nach dem Armengesetz (§§ 31 und 74) beträgt die Beschwerdefrist 20 Tage und nach dem Gemeindesteuergesetz (§§ 12 und 18) 14 Tage.

Der Beschwerdeweg ist ebenfalls verschieden geregelt. In Gemeindesachen wäre das Normale Bezirksamt = Direktion des Innern = Regierungsrat, nachdem es sich doch um eine Aufsichtsbeschwerde handelt und das Bezirksamt in erster Instanz die Aufsicht ausübt. In der Praxis gehen die Entscheide aber vielfach sofort an die Direktion des Innern, und diese entscheidet auch nach den §§ 12 und 18 des Gemeindesteuergesetzes in erster Instanz. In Baupolizeisachen und nach § 14 des Bürgerrechtsgesetzes kann der Beschluss des Gemeinderates direkt an den Regierungsrat weitergezogen werden. Nach dem Ladenschlussgesetz ist der Beschwerdeweg Gemeinderat = Bezirksamt = Regierungsrat. Denselben Gang schreibt § 54 der VO vom 16. Juli 1940 über die Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen bei Arbeitsvergebungen durch Gemeinden und Gemeindeorganisationen vor.

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass nicht nur über die Zulässigkeit einer Beschwerde und die Beschwerdefristen, sondern auch über den Beschwerdeweg erhebliche Verschiedenheiten bestehen, die kaum restlos sachlich begründet sein dürften.

Das Beschwerdeverfahren ist im allgemeinen nicht näher geregelt. Eine Ausnahme besteht z. B. für die Streitigkeiten in Bodenverbesserungssachen, für die die Vorschriften des Flurprozesses sinngemäss gelten (§ 35 VVO zum Flurgesetz in der neuen Ausgabe vom 27. März 1912)¹¹⁴). Namentlich das Verfahren vor dem Regierungs-

¹¹⁴) In der VO vom 31. Mai 1941 wurde die Regelung des Verfahrens unter Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs dem Ermessen der kantonalen Bodenverbesserungskommission überlassen.

rat verdankt seine Ausgestaltung weitgehend nur der Praxis. Es gelten dafür einige wenige, unerlässliche Richtlinien wie der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, die Feststellung des Tatbestandes von Amtes wegen und die Zustellung eines motivierten, schriftlichen Entscheides. In der Regel wird die Behörde, gegen die sich eine Beschwerde richtet, zur Vernehmlassung eingeladen oder, wenn eine Verhandlung oder ein Augenschein stattfindet, bei dieser Gelegenheit angehört. Das Verfahren ist kostenlos, soweit nicht Expertisen oder dergleichen besondere Aufwendungen verursachen. Gebühren sind nach lit. 1 des grossrätlichen Gebührendekretes vom 22. März 1921 nur bei offenbar trölerischer Beschwerdeführung zulässig. Parteikosten werden keine zuerkannt. Vorsorgliche Verfügungen trifft die zuständige Direktion.

§ 29 der Organisationsverordnung für den Regierungsrat bestimmt, dass Beschwerden an den Regierungsrat durch den ordentlichen Stellvertreter des verfügenden Direktors oder durch ein anderes vom Regierungsrat hiefür bezeichnetes Mitglied begutachtet werden müssen. Leider wird dieser zweckmässigen Vorschrift nicht allenthalben nachgelebt, was doch schon deshalb erwünscht wäre, weil für den verfügenden Direktor keine Austrittspflicht besteht und er im Gegenteil bei der endgültigen Erledigung wieder mitstimmt¹¹⁵⁾. Nach dem Armengesetz (§ 33) liegt die Beschwerdebegutachtung teilweise der Armenkommission ob.

Es lässt sich gewiss nicht behaupten, dass dieser Zustand, wie wir ihn heute haben, d. h. der Schutz durch eidgenössische Behörden, die ordentlichen Gerichte, das Verwaltungsgericht und die Verwaltung selbst, vorbildlich sei¹¹⁶⁾. Wie aber soll er verbessert werden?

¹¹⁵⁾ Vgl. dazu Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1889, S. 109 oben, Burckhardt S. 229 und Giacometti, Staatsrecht, S. 404.

¹¹⁶⁾ Leider trifft die von Prof. Zwahlen in seiner Abhandlung: *Le Jugement des Contestations Administratives dans le*

IV. Die Revision der Verwaltungsrechtspflege.

Bevor ich auf die Frage der Revision der Verwaltungsrechtspflege eintrete, möchte ich von vornherein feststellen, dass ich die Steuerjustiz und die Disziplinargerichtsbarkeit aus dem Kreise meiner Erwägungen ausschende.^{116a)} Sicherlich ist deren Revision ebenfalls dringend erwünscht und zum Teil übrigens bereits im Gang; aber es würde zuweit führen, die beiden Gebiete hier auch noch zu erörtern. Einer besonderen Behandlung bedarf ferner das Expropriationsrecht.

A. Bisherige Vorschläge.

Für die Reform der übrigen Verwaltungsrechtspflege sind behördlicherseits bis jetzt nur wenige Anregungen gemacht worden. In den Rechenschaftsberichten des Obergerichts seit 1849 findet sich erstmals für die Jahre 1921/22 (S. 6 unten) der lakonische Satz: „Schliesslich ist auch an die Revisionsbedürftigkeit der Verwaltungsrechtspflege zu erinnern.“ Im Berichte für die Jahre 1927/28 wird (S. 5) gesagt: „In einer Vernehmlassung an die Justizdirektion vom 22. Dezember 1928 sprachen wir uns zugunsten einer zeitgemässen Revision des Verwaltungstreitigkeitengesetzes im Sinne der Erweiterungen der Zu-

Canton de Vaud, Separatabzug, 1939, S. 16 ff., an den waadtländer Verhältnissen geübte Kritik zum guten Teil auch für uns zu.

Ein Problem für sich, das aus dem Rahmen dieser Arbeit herausfällt, ist die Frage, ob es nicht an der Zeit wäre, auch die Behördenorganisation und die Geschäftsverteilung wieder einmal einer gründlichen Revision zu unterziehen. Die heutige Methode, neue Aufgaben einfach irgendeinem schon bestehenden Amte zuzuweisen, ist ein Notbehelf und keine Dauerlösung, ganz abgesehen davon, dass die Verwaltung auf solche Weise nicht übersichtlicher wird.

^{116a)} Nach Blumenstein besteht zwischen der Steuerjustiz und der Verwaltungsgerichtsbarkeit kein grundsätzlicher Unterschied; gleichwohl empfiehlt er eine besondere Regelung: Schriften zum internat. Steuerrecht, 2. Heft, S. 78, 84 und 91.

ständigkeit und der Anpassung des Gesetzes an das eidgenössische Gesetz betreffend Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege aus.“ Das ist alles, was ein Durchblättern der vielen Seiten ergab. Ebenso spärlich war die Ausbeute aus den regierungsrätlichen Rechenschaftsberichten seit 1852. 1928 findet sich (S. 109 f.) die Bemerkung: Die Notwendigkeit der Revision des Verwaltungsstreitigkeiten-gesetzes sei schon vor Jahren erörtert und bejaht worden. Eine Erweiterung des Rahmens der Verwaltungsstreitsachen und die Anpassung des kantonalen Gesetzes an das Bundesgesetz betreffend die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege sei jedenfalls tunlich. Die Frage stehe mit der Reorganisation und Vereinfachung der gesamten Staatsverwaltung in engem Zusammenhang, so dass diese einmal abgeklärt werden sollte. Ob und wann die früheren Erörterungen stattfanden, konnte ich nicht feststellen.

Sowohl die Bemerkungen im obergerichtlichen Rechenschaftsbericht für die Jahre 1927/28 wie diejenigen des Regierungsrates stehen im Zusammenhang mit der Motion, die Fürsprech Dr. Kuchler, in Muri, und 24 Mitunterzeichner am 12. September 1928 im Grossen Rate einreichten. In dieser Motion wurde der Regierungsrat eingeladen, die Frage zu prüfen, ob nicht das Gesetz von 1841 zeitgemäss zu revidieren und zugleich der Rahmen der Verwaltungsstreitsachen erheblich zu erweitern sei¹¹⁷⁾. In der Begründung empfahl Dr. Kuchler, alle Verwaltungsstreitigkeiten dem besonderen Verfahren des Verwaltungsstreitigkeitengesetzes zu unterstellen, also die Generalklausel einzuführen. Auf Antrag von Fürsprech Dr. Bollag, in Baden, wurde die Motion jedoch mit 70 gegen 63 Stimmen abgelehnt in der Meinung, dass vorerst einmal die Vorlage über die Vereinfachung des Staatshaushaltes erledigt werden sollte¹¹⁸⁾. Dabei blieb es, und mehr ist auch in den Grossratsprotokollen seit 1885 nicht zu finden.

¹¹⁷⁾ Grossratsprotokolle 1925/29 S. 766 Art. 558.

¹¹⁸⁾ Grossratsprotokolle 1929/33 S. 15 Art. 23.

Der grosse Bericht der Finanzdirektion über die Vereinfachung des aargauischen Staatshaushaltes vom September 1923 und auch der Bericht des Regierungsrates dazu vom 21. Juli 1925 befassen sich nicht mit unserer Frage.

Ausserhalb der Behörden hat Stadtschreiber Dr. Raschle, in Baden, in seiner Broschüre „Zur Totalrevision der aargauischen Staatsverfassung“ 1919 (S. 42) das „Fehlen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit für alle Streitigkeiten verwaltungsrechtlicher Natur“ bemängelt und (S. 57 f.) die Schaffung eines selbständigen Verwaltungsgerichtes aus Juristen und Laien ähnlich dem Handelsgericht befürwortet. Die nähere Ausführung wolle man bei Fleiner erfragen. 1920 folgt im aargauischen Beamtenblatt (S. 44) der Vorschlag von Fürsprecher Dr. Wildi, in Zofingen, ein Verwaltungsgericht aus 3 Mitgliedern des Obergerichts und 2 weiteren, vom Grossen Rate zu wählenden Mitgliedern für „Verwaltungs-, Steuer- und andere öffentlich-rechtliche Streitsachen“ als einzige Instanz einzusetzen und von einem bestimmten Streitwert an für bestimmte Gegenstände (eidgenössische Steuern) die Weiterziehung an das eidgenössische Verwaltungsgericht zuzulassen. Ein Jahr später regt Dr. Eichenberger in seiner mehrfach zitierten Abhandlung (S. 24, 26 unten und 70) eine Neuregelung des ganzen Gebietes und die Einführung der Generalklausel an. 1923 unternimmt Obergerichter Dr. Steiner, in Aarau, ebenfalls im Aargauischen Beamtenblatt (S. 81 ff. und 89 ff.), einen weiteren Vorstoss mit ausführlicher Begründung, die hauptsächlich auf eine Ausdehnung der engen Kompetenzen des Verwaltungsgerichts unter Beibehaltung der Enumeration aus referendumspolitischen Gründen und die Erweiterung der nachträglichen Gerichtsbarkeit unter Beschränkung auf die Überprüfung der Rechtsfragen abzielt. 1935 wiederholt er seine Vorschläge im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (S. 266 ff.). Neu ist, dass die Entscheidungen des Regierungsrates aus Prestigegründen von der Anfechtung

ausgenommen und im Obergericht die Erfahrungen der Verwaltung durch Zuzug von Beisitzern aus der Staats- und der Gemeindeverwaltung fruchtbar gemacht werden sollen. In der Gründungsversammlung des aargauischen Juristenvereins zu Beginn des Jahres 1937 kam Dr. Steiner in einem Referate über die Reform der Rechtspflege in Zivil- und Verwaltungssachen auf seine früheren Anregungen zurück¹¹⁹⁾. Inzwischen und seither hat auch Ober-richter Baumann, in Aarau, im Aarg. Beamtenblatt¹²⁰⁾ an die fällige Revision erinnert.

B. Eigene Vorschläge.

a) Allgemeine Bemerkungen.

Man sollte meinen, die vielen Vorstösse hätten die Frucht nun endlich zum Reifen gebracht, liess sich doch nicht übersehen, dass die Verwaltung seit 1841 gewaltig angewachsen war und demnach auch das Rechtsschutzbedürfnis gestiegen sein musste. 1841 beliefen sich die Aufwendungen für und durch die Verwaltung alles in allem auf nicht einmal Fr. 800 000.—. 1885 erhöhten sie sich auf etwas über 2 $\frac{1}{4}$ Millionen, und 1942 betrugen sie ca. 48 Millionen Franken, also rund das Sechzigfache von 1841. Trotzdem bin ich nicht davon überzeugt, dass der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit heute volkstümlicher geworden ist. Auffallend ist nämlich, wie wenig bei den verschiedenen neueren Gesetzen die Gelegenheit benützt wurde, die Kompetenzen des Verwaltungsgerichtes zu erweitern. In § 49 des Gebäudeversicherungsgesetzes sind unzweifelhaft öffentlich-rechtliche Fragen wieder den Zivilgerichten zugewiesen worden¹²¹⁾, und bei der Beratung des Gesetzes vom 7. September 1936 über die Versorgung von Gewohnheitsverbrechern stritt man sich wohl darüber, ob die Verwahrungsverfügung nicht auch ausserhalb eines

¹¹⁹⁾ Aarg. Beamtenblatt 1937 S. 18.

¹²⁰⁾ 1935 S. 10 ff. und 1942 S. 50.

¹²¹⁾ Vgl. demgegenüber Basel III S. 19.

Strafverfahrens vom Richter, und zwar vom Bezirksgericht im Zuchtpolizeiverfahren, ausgesprochen werden sollte; aber die verwaltungsgerichtliche Kontrolle lehnte man von vornherein ab, „weil man“, wie wörtlich gesagt wurde, „weder den Regierungsrat noch die Justizdirektion der Kontrolle der Gerichte unterstellen will und eine solche Lösung mit dem Geiste der Verfassung im Widerspruch stehen würde“¹²²).

Auch der Misserfolg im Kanton Zürich 1933 und die scheinbar fruchtlosen Bemühungen seit derselben Zeit in der Waadt warnen vor zuweit gespannten Erwartungen¹²³).

Die relative Kleinheit unserer Verhältnisse, der man nicht mit Unrecht ebenfalls eine Mitschuld an der geringen Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz zuschreibt¹²⁴), gestattet keine grosszügigen Lösungen, und das anderswo geprägte Wort: „Wir wollen ein Rechtsstaat sein, wir können uns aber nicht den Luxus eines Staates für private Rechthaberei leisten“¹²⁵), gilt sicher auch für uns. Anpassung heisst heute das Lösungswort. Anpassung empfiehlt im Grunde genommen auch Fleiner und soll uns nach Möglichkeit vor dem Schreckgespenst eines neuen Apparates bewahren¹²⁶). Schon 1920 klagte ein Einsender im Aarg. Beamtenblatt (S. 18):

„Wir haben eine teure Gerichtsorganisation und Rechtsprechung dank der Vielspurigkeit in unserm kantonalen Gerichtswesen. Mit Recht ist schon von der Kommission für Prüfung der gerichtlichen Jahresberichte darauf hingewiesen worden, dass kein Land der Erde auf so kleinem Raum so viel Richter aufweist.“

¹²²) Grossratsprotokolle 1929/33 S. 705.

¹²³) Zürich hat nach einer Mitteilung der Staatskanzlei vom 9. Juni 1942 seit 1933 keinerlei Versuch gemacht, die Vorarbeiten wieder aufzunehmen. Über die Verhältnisse in der Waadt vgl. Aarg. Beamtenblatt 1933 S. 85 und H. Zwahlen a. a. O. und im Kt. Graubünden Zb XLIV S. 177 ff. sowie SJZ 39 S. 395 ff.

¹²⁴) Giacometti S. 8.

¹²⁵) RVBl 52 S. 407.

¹²⁶) Fleiner S. 251, vgl. auch Eichenberger S. 24.

Seither sind durch die Zivilprozessnovelle vom 20. März 1941 und das EG zum eidgenössischen StGB vom 21. Juli 1941 gewisse Verbesserungen durchgeführt worden; aber sich bescheiden bleibt unbedingtes Gebot, umsomehr als der Weg der thüringischen Länder, die gemeinsam in Jena das thüringische Obergerverwaltungsgericht schufen¹²⁷⁾, bei uns schwer gangbar und eine Übertragung der kantonalen Verwaltungsrechtspflege an das eidgenössische Verwaltungsgericht den Bürgern kaum genehm sein dürfte.

Macht man schon Revisionsvorschläge, so geht es aber nicht an, diese von vornherein auf ein Minimum zu beschränken. Nötig ist vielmehr, unter allen Umständen die der Sache angemessenen Richtlinien aufzuzeigen, damit sich auch eine Teilrevision immer aufs Ganze ausrichten kann. Die Bemessung des Teiles wird Aufgabe der politischen Einsicht der massgebenden Behörden sein.

Walter Burckhardt sagt in seiner Einführung in die Rechtswissenschaft (S. 222): „Wer die Zeichen der Zeit versteht und das ersehnte Recht schöpferisch zu gestalten weiss, der wird das Neue schaffen.“ Leider werfen die für uns wichtigen Zeichen der Zeit kaum ein Licht auf den zu gehenden Weg. Eine wesentliche Entscheidung ist immerhin deutlich erkennbar: die Entschliessung, ob man die Verwaltungsrechtspflege innerhalb oder ausserhalb der Verwaltung ausbauen will.

Es fällt auf, dass bei allen Vorschlägen für eine Verbesserung des Verwaltungsrechtsschutzes immer nur an ausserhalb der Verwaltung stehende Gerichte gedacht wird und nicht auch an die Lösungsmöglichkeit, die Frankreich verwirklicht hat. Eine Ausnahme wurde bis jetzt, soviel ich feststellen konnte, nur von Prof. Vogt gemacht¹²⁸⁾, dessen Vorschlag aber leider ungenügend war. Dabei anerkennt doch gerade z. B. auch Fleiner, dass der französische Staatsrat auf dem Gebiete der Verwaltungsrechts-

¹²⁷⁾ Anschütz S. 398.

¹²⁸⁾ Zb II S. 2 rechts.

pflege Hervorragendes geleistet hat¹²⁹), und ist Italien noch 1889/90 dem französischen Beispiele gefolgt¹³⁰). Der Vorteil dieser Lösung wäre vor allem die Vermeidung der Aufspaltung der Verwaltung und die Erhaltung des ständigen Kontaktes zwischen der entscheidenden Behörde und dem täglichen Vollzug¹³¹). In der Schweiz steht die Entwicklung jedoch ganz unter dem Einflusse Fleiners, der die Einsetzung besonderer Verwaltungsgerichte von vornherein als den besten Weg erklärte¹³²), und die Warnung Speisers 1889, dass die Institution der deutschen Verwaltungsgerichte in unsern Kantonen kaum durchführbar sei, fand kein Gehör.¹³³)

Nachdem wir im Aargau bereits ein Verwaltungsgericht haben, möchte ich nach dem Rat: „*quieta non movere*“¹³⁴), nicht vorschlagen, wieder von vorne zu beginnen. Ich anerkenne im Gegenteil, was über die guten Erfahrungen mit der eidgenössischen Verwaltungsrechtspflege bei Anlass des 10jährigen Gesetzesjubiläums gesagt wurde¹³⁵), und empfehle daher den Ausbau auf der bestehenden Grundlage. Schliesslich gibt ja auch Walter Burckhardt (S. 246 f.) zu, dass „die logische Geschlossenheit im Recht nicht allein und unbedingt zu erstreben“ sei und man logische Fehler in Kauf nehmen müsse, „wenn sich ein praktisch gutes Ziel nicht anders als um den Preis gewisser Widersprüche erreichen“ lasse. Der Grundsatz der Gewaltentrennung dürfte, wie ich früher andeutete, kein Hindernis sein. Andererseits wird man nicht mit

¹²⁹) Schriften S. 128 und 447, vgl. ferner RVBl 52 S. 342 rechts, Secrétan a. a. O. S. 219 oben und Jöhr S. 137.

¹³⁰) Fleiner S. 240 N. 12.

¹³¹) Vgl. auch RVBl 58 S. 572 Ziff. 9 und 577 Ziff. 24.

¹³²) Fleiner S. 250 N. 40.

¹³³) Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1889, S. 53 oben. Der Verwaltung angegliedert sind die Rekurskommission der eidg. Militärverwaltung (SJZ 39 S. 321) und die Zollrekurskommission (Kirchhofer S. 10).

¹³⁴) Fleiner S. 199 f.

¹³⁵) Zb XL S. 411 Abs. 3.

Jellinek¹³⁶⁾ erwägen wollen, wieder den Justizstaat einzuführen, obschon z. B. England heute noch überwiegend die Einheit des Rechts und der Rechtsprechung aufrecht erhält¹³⁷⁾.

Jeder Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit zieht unvermeidlich auch eine neue Kompetenzabgrenzung und eine Verbesserung des Kompetenzkonfliktverfahrens nach sich und sollte nicht ohne gleichzeitige Überprüfung der Verwaltungsverfahren erfolgen. Der beste Beweis hiefür ist der zürcherische Gesetzesvorschlag.

b) Die Reform des Verwaltungsverfahrens.

Für die Reform des Verwaltungsverfahrens müssen drei Richtlinien besonders beachtet werden:

1. Das Verfahren muss einfach und für den Bürger billig bleiben.
2. Der Instanzenweg ist wo immer möglich abzukürzen.
3. Der Rechtsschutz innerhalb der Verwaltung soll auch allgemein verbessert und insbesondere eine Beschwerde nicht von derselben Stelle vorbehandelt werden, gegen deren Verfügung oder Entscheid sie sich richtet.

1. Der grosse Vorteil des Verwaltungsweges ist seine Formlosigkeit und Billigkeit. Formalismus ist nach Walter Burckhardt die Berufskrankheit des Richters¹³⁸⁾. Das Verwaltungsverfahren spielt sich überall, nicht nur bei uns, überwiegend in einfachen Bahnen ab¹³⁹⁾. Der Bürger

¹³⁶⁾ Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 2. Heft, S. 11 f., 105 ff., 120 f., Verwaltungsrecht S. 97 in der Mitte, Fleiner S. 250 N. 40. Vgl. dagegen schon Pfizer und Gneist, Rechtsstaat¹ S. 147, 197 N. 58 und 199 N. 62.

¹³⁷⁾ Anschütz S. 376 und 413 Ziff. 3, Gneist¹ S. 20 ff., 2. Aufl., S. 38 ff., und Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtler a. a. O. S. 6, besonders RVBl 52 S. 441 ff., wo S. 444 f. auch die Ausnahmen erwähnt werden.

¹³⁸⁾ Einführung S. 234.

¹³⁹⁾ MbVR 1908 S. 363 und 1941 S. 324 ff., ferner Basel V S. 8; anders z. B. Schwyz, wo heute noch eine ganze Reihe von Gegen-

kann seine Rechte selber wahren und ist nicht auf fremde Beratung angewiesen. Auch für das Verwaltungsverfahren prozessähnliche Formen einzuführen, läge weder im Interesse des Bürgers, noch des Staates. Solche Anregungen sind schon in Basel und Zürich gemacht, aber entschieden abgelehnt worden. Den vom Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt¹⁴⁰⁾ und dem Regierungsrat des Kantons Zürich¹⁴¹⁾ dagegen vorgebrachten Gründen wird jeder, der die Verwaltung kennt, beipflichten. Ebenso lehne ich mit dem Basler Justizdepartement die Einführung einer allgemeinen Zeugnispflicht gegenüber der Verwaltung unbedingt ab.^{141a)} Der Bürger würde sich mit Recht dafür bedanken, jedem Verwaltungsbeamten Red und Antwort stehen zu müssen. Das ist auch gar nicht nötig, am allerwenigsten, wenn die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgebaut wird. Der zürcherische Regierungsrat sagt (II S. 38) mit Recht: „Die Gerichte haben ihre Methoden und die Verwaltungsbehörden haben andere.“

Für unbedingt nötig halte ich dagegen eine Regelung der Vollstreckung und des Verwaltungszwangs. Mit Walter Burckhardt¹⁴²⁾ ist festzustellen, dass hier Vieles im positiven Recht noch unklar ist. Zum allermindesten sollte bestimmt werden, wer zu vollstrecken hat und welche Verfügungen und Entscheide über Geldforderungen Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 SchKG sind¹⁴³⁾. Während in andern Kantonen darüber keine Zweifel zu bestehen scheinen¹⁴⁴⁾, hat das Obergericht noch 1939 die Bussen-

ständen im förmlichen Verwaltungsprozess verhandelt werden: VO vom 7. Oktober 1858, Schwyzer Rechtsbuch von P. Reichlin, 1937, S. 535 ff.

¹⁴⁰⁾ Anhang zu Basel IV.

¹⁴¹⁾ Zürich II S. 38 ff.

^{141a)} Für eine beschränkte Zeugnispflicht: SJZ 37 S. 326 f.

¹⁴²⁾ Einführung S. 165 f. und 176.

¹⁴³⁾ Ich verweise auf die Vorschläge von Obergerichter Dr. Steiner im Aarg. Beamtenblatt 1921 S. 43 ff.

¹⁴⁴⁾ Vgl. z. B. Schwyzer a. a. O. S. 303 Ziff. 4, 310 lit. b und 314 lit. e.

verfügung einer Schulpflege, obschon zuständigerweise erlassen, als Rechtsöffnungstitel abgelehnt¹⁴⁵⁾. Gilt das auch für die Kosten einer Ersatzvornahme¹⁴⁶⁾? Vor dem Wirkungsbeginn des SchKG erachtete es der Regierungsrat als ganz selbstverständlich, dass Entscheide einer zuständigen Verwaltungsbehörde ohne weiteres vollziehbar sind, weil es „nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könne, den Staat nach Ausübung seines Zwangsrechts der Kosten wegen noch zur Betretung des Zivilweges nötigen zu wollen“¹⁴⁷⁾. Im selben Sinne äusserte sich das Obergericht in seinem Rechenschaftsbericht für die Jahre 1893/94 (S. 61 f.). Heute scheint diese der Gewaltenteilung allein entsprechende Einsicht nicht mehr zu gelten.

2. Die Forderung, dass der Instanzenzug möglichst kurz sein soll, ergibt sich von selbst, wenn die Anrufung des Verwaltungsgerichts zugestanden wird¹⁴⁸⁾. Nicht so einfach dürfte aber die praktische Durchführung sein; denn sie verlangt eine sorgfältige Überprüfung der bestehenden Verwaltungsgesetze, die zum Teil, wie beispielsweise das Gesetz über die Organisation der Bezirksämter vom 16. März 1854 und das Gemeindeorganisationsgesetz vom 26. Wintermonat 1841, schon längst selbst auch revisionsreif sind¹⁴⁹⁾. Erst nach einer genauen Sichtung der Gesetze wird man richtig beurteilen können, wieweit es angeht, den Instanzenzug und die Beschwerdefristen zu vereinheitlichen. Nach meinem Dafürhalten sollte es mög-

¹⁴⁵⁾ VJS 1939 Nr. 13 Ziff. 2 lit. b, dazu die Kritik im Zb XLI S. 26 f.

¹⁴⁶⁾ Vgl. den Beschluss des aarg. Regierungsrates Nr. 1227 vom 8. August 1941, ferner Fehr S. 189 f.

¹⁴⁷⁾ Rechenschaftsbericht für das Jahr 1867 S. 52 f.

¹⁴⁸⁾ Zürich I S. 26 ff. und 32 ff.

¹⁴⁹⁾ Steiner im Zb XLII S. 202/03. Der Erlass eines neuen Gemeindeorganisationsgesetzes ist wiederholt gescheitert: Brugger a. a. O. S. 17 ff. und Grossratsprotokolle seit 1917 unter „Gemeindewesen“.

lich sein, der Forderung von Fehr¹⁵⁰⁾, grundsätzlich nicht mehr als 2 Rekursinstanzen vorzusehen, weitgehend zu genügen. Voraussichtlich hat man zwischen den Wegen Gemeinderat = Regierungsrat, Bezirksamt = Regierungsrat oder Direktion = Regierungsrat zu wählen. Auf alle Fälle dürfte die Stellung des Bezirksamtes bei uns einer kürzeren und einheitlicheren Gestaltung des Verwaltungsweges bei weitem nicht dieselben Schwierigkeiten bereiten wie diejenige des Bezirksrates bei der versuchten Reform in Zürich¹⁵¹⁾.

3. Als ebenso notwendig wie die Verbesserung des Instanzenzuges erachte ich allgemein die Verbesserung der Rechtskontrolle innerhalb der Verwaltung. Wenn die frühere Behauptung¹⁵²⁾ richtig ist, dass die Anwendung des öffentlichen Verwaltungsrechtes in erster Linie zum Aufgabenbereich der Verwaltung gehört, so ist für die unverbrüchliche Wahrung des Grundsatzes der Rechtmässigkeit der Verwaltung vorab innerhalb der Verwaltung zu sorgen. Das ergibt sich als zwingender Schluss schon aus den Ausführungen von Gneist¹⁵³⁾ und ebenso eindeutig aus den mehrfach zitierten Äusserungen Walter Burckhardts. Burckhardt schliesst seine Abhandlung mit dem Satze: „Wenn es gelingt, dem Verwaltungskörper Einrichtungen einzubauen, welche die Gesetzmässigkeit und die Folgerichtigkeit der Verwaltungspraxis sicherstellen ohne der Einheit der Verwaltung und der Officialmaxime Abbruch zu tun, ist dieses Mittel dem immer etwas künstlichen Mittel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzuziehen.“ Denselben Standpunkt hat schon 1889 Speiser verfochten¹⁵⁴⁾.

¹⁵⁰⁾ A. a. O. S. 213.

¹⁵¹⁾ Zürich II S. 65 ff.; vgl. auch Basel II S. 10 f.

¹⁵²⁾ Vgl. vor N. 69.

¹⁵³⁾ Vgl. besonders Rechtsstaat¹ S. 161 ff. Gneist war nicht nur ein hervorragender Theoretiker, sondern auch ein überaus erfahrener Verwaltungs- und Gerichtsbeamter: 2. Aufl., S. 353N. 63.

¹⁵⁴⁾ Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1889, S. 53 ff. und 59; dazu heute die neue Regelung im Kt. Graubünden oben N. 123.

Kontrollen innerhalb der Verwaltung sind nichts Neues. Als hervorragendes Beispiel dafür nenne ich die Finanzkontrolle, der die Aufgabe zukommt, den Zahlungsverkehr auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, des Voranschlags und der Regeln einer guten Verwaltung hin zu überwachen und für eine geordnete Kassen- und Rechnungsführung zu sorgen¹⁵⁵). Zur Sicherung möglichst gleichmässiger Handhabung des Armengesetzes wurde durch dessen § 32 noch in neuester Zeit das Amt des Armeninspektors geschaffen. Es ist interessant festzustellen, dass schon Gneist in der ersten Auflage seines Buches „Der Rechtsstaat“ (S. 171) für die streitigen Fragen des Verwaltungsrechts eine der Finanzkontrolle ähnliche Organisation vorgeschlagen hat. Die Kontrolle nur dann Platz greifen zu lassen, wenn es sich um Geld handelt und nicht allgemein, begriffe niemand; denn schliesslich ist doch das Recht das Fundament unseres Staates und das Vertrauen des Bürgers in die Rechtmässigkeit der Verwaltung deren bestes Kapital.

Tatsächlich gab es schon früher immer auch eine mehr oder weniger umfassende Rechtskontrolle. Seit der Einführung der Verwaltung durch die Departemente, die einer Forderung Rousseaus entspricht¹⁵⁶), und in unserm Kanton insbesondere seit dem Gesetze vom 14. Christmonat 1841 über die Organisation des Kleinen Rates lag diese Aufgabe vorab der Justizdirektion und der ihr beigegebenen Justizkommission ob. Die Justizkommission begutachtete Rechtsfragen für den Kleinen Rat und die übrigen Direktionen

¹⁵⁵) Für den Aargau vgl. Schaffner im Aarg. Beamtenblatt 1927 S. 57 ff., 69 ff., 80 f. und 85 ff. In Deutschland und Frankreich steht an der Spitze allerdings, anders als bei uns, wiederum eine Behörde mit richterlicher Unabhängigkeit, der Rechnungshof: Anschütz in der Enzyklopädie von Holtzendorff/Kohler, 4. Band (1914), S. 191, Berthélemy S. 883 ff., Mayer S. 128 ff., Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 692 ff.

¹⁵⁶) W. Siquet, Die Durchführung der Gewaltentrennung in der Schweiz nach Kantonsrecht, Heidelberger Diss., 1930, S. 40.

und führte für den Staat die Prozesse¹⁵⁷⁾. Heute verwaltet die Justizdirektion in grossem Umfange eigene Angelegenheiten, die ihr eine Beratung der andern Direktionen und des Regierungsrates nur noch in sehr beschränktem Umfange gestatten. Ich verweise auf § 31 der grossrätlichen Organisationsverordnung von 1921. Das führte zum Ausweg, Beschwerden gegen die eine Direktion durch eine andere als Stellvertreterin vorbehandeln zu lassen¹⁵⁸⁾. Hat diese andere Direktion keinen Juristen, so kann der Regierungsrat nach § 29 der zitierten VO ein drittes Mitglied beauftragen. Leider verfügen die Direktionen für diese zusätzliche Arbeit schon lange nicht mehr über die nötige Zeit. Den einzigen Ausweg sehe ich deshalb darin, der Staatskanzlei weitere Juristen beizugeben, so dass inskünftig Beschwerden gegen die Direktionen ihr zugewiesen werden können. Damit wäre gleichzeitig auch die Frage der Stellvertretung des Staatsschreibers gelöst, die heute theoretisch zwar ebenfalls geregelt ist¹⁵⁹⁾, praktisch aber wegen der Arbeitslast der dazu verpflichteten Direktionssekretäre immer auf Schwierigkeiten stösst. Die Tätigkeit des Staatsschreibers würde wieder eine diesem Amte würdige Aufgabe erhalten und müsste sich nicht, wie es gegenwärtig der Fall ist, zum grössten Teil in rein mechanischer Schreibarbeit und in Protokollierungen erschöpfen. In der vorgeschlagenen, erweiterten Form könnte die Staatskanzlei ein eigentliches Zentrum für alle Rechtsfragen in Gesetzgebung und Vollziehung werden und insbesondere auch die in der Verwaltung immer wieder vorkommenden Begutachtungen, Prozessführungen und Instruktionen, Erstattung von Vernehmlassungen usw. und neu die Vertretung der Staates vor den Verwaltungs-

¹⁵⁷⁾ Vgl. z. B. Rechenschaftsbericht des Kleinen Rates für das Jahr 1849 S. 15 und für das Jahr 1864 S. 74.

¹⁵⁸⁾ Im Bund vgl. Art. 26 VDG.

¹⁵⁹⁾ Vgl. § 32 der Organisationsverordnung für den Regierungsrat.

gerichten übernehmen¹⁶⁰), ohne dass es hiezu grosser rechtlicher Änderungen bedürfte. Die Vielseitigkeit der Geschäfte würde sie bald zum Brennpunkt der verwaltungsrechtlichen Erfahrungen werden lassen und sie vor jeder einseitigen Beurteilung der Verwaltungsfragen bewahren.

An diese Reform des Verwaltungsverfahrens hat die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit anzuschliessen.

c) Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Verwaltungsgerichtsreform stellt den Gesetzgeber vor eine Reihe entscheidender Fragen.

1. Das A und das O jeder Revision ist auch heute noch die Zuständigkeitsumschreibung. Was soll gewählt werden: die Generalklausel oder die Enumeration? Hic Rhodus hic salta!

Im Berichte des zürcherischen Regierungsrates vom 25. Juni 1931 wird (S. 28 f.) darauf hingewiesen, dass es

¹⁶⁰) Die Wahrung des öffentlichen Interesses im Verwaltungsgerichtsverfahren ist verschieden geordnet. In Preussen konnte der betreffende Ressortminister einen Kommissär bestellen: Handwörterbuch S. 621 Ziff. 8 und 622 rechts unten. Für Bayern amtierte ein Staatsanwalt: Anschütz S. 397 oben und 404. Über die frühere Regelung in den verschiedenen deutschen Ländern vgl. auch Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts von Stengel/Fleischmann, 3. Band (1914), S. 753 ff. Die Stellung des Kommissärs bereitet Kopfzerbrechen, wenn mehrere Gerichtsinstanzen bestehen und untere Behörden Berufung einlegen können: RVBl 59 S. 117. Jellinek (S. 307) empfiehlt, die Vertretung derjenigen Behörde zu übertragen, gegen die sich die Beschwerde richtet. Besondere Aufmerksamkeit wird der Wahrung des öffentlichen Interesses in Frankreich gewidmet, wo sie ebenfalls einem *ministère public* übertragen ist. Die *section du contentieux* stellt ihren Entscheidsentwurf dem *m. p.* zu. Dieses kann Verhandlung vor der *sec.* oder der Generalversammlung verlangen. Teilt es ihre Auffassung nicht, so gibt es der *sec.* hievon Kenntnis, die dann ihren Urteilsentwurf nochmals überprüft: Berthélemy S. 963 ff. und 999 (Discussion). Selbstverständlich scheint mir zu sein, dass die Vertretung immer im Einvernehmen mit der Amtsstelle erfolgt, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder beantragt hat.

sich bei dem Gegensatz zwischen Generalklausel und Enumeration eigentlich nicht nur um zwei verschiedene Methoden der Kompetenzabgrenzung handle, sondern um eine verschiedene Auffassung von den Aufgaben der Verwaltungsbehörden. Die Anhänger der Generalklausel zögen unter allen Umständen das richterliche Urteil vor: diejenigen der Enumeration betrachteten dagegen die Entscheidungstätigkeit als legitime Funktion der Verwaltung mit der einzigen Einschränkung, dass es Verwaltungssachen gebe, die ebensogut oder besser von einem Gericht beurteilt würden. Diese Auffassung liegt der aargauischen und der bernischen Verwaltungsgerichtsbarkeit zugrunde. Sie gilt aber nicht mehr, sobald die Enumeration ein Ausmass annimmt, wie es z. B. gerade beim Zürcher Entwurfe der Fall war. Auch der Bund konnte die Auswahl nicht mehr nur nach solchen Überlegungen treffen, und in die gleiche Lage wird jede Revision versetzt, sobald sie die Aufzählung über vermögensrechtliche Ansprüche hinaus auf polizeiliche Angelegenheiten: Polizeierlaubnisse, zwangsweise Versorgungen, Baupolizeisachen usw. ausdehnt. Die Frage heisst daher nicht: Selbständigkeit der Verwaltung oder Unterordnung, sondern nur: mehr oder weniger Unterordnung. Eichenberger behauptet zwar¹⁶¹⁾, es handle sich gar nicht um Unterordnung; denn in Wirklichkeit werde vom Gericht nur eine wegen Kompetenzüberschreitung unmassgebliche Meinung durch den wahren Staatswillen ersetzt. Läge tatsächlich nur Kompetenzüberschreitung vor, dann bedürfte es aber gar keines gerichtlichen Entscheides, wäre doch dann die umstrittene Verfügung von vornherein nichtig¹⁶²⁾. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit soll aber nicht bloss feststellen, ob eine Verfügung nichtig ist, sondern auch, ob ein zuständigerweise erlassener Verwaltungsakt dem Rechte entspricht. Ein solcher Verwaltungsakt kann das Gesetz unrichtig auslegen und anfechtbar sein;

¹⁶¹⁾ S. 13, vgl. dagegen S. 28.

¹⁶²⁾ Fleiner S. 203 ff.

aber er ist nicht Privatmeinung, sondern staatlicher Wille¹⁶³), und diesen Willen zu setzen, fällt nach dem Prinzip der Gewaltenteilung grundsätzlich der Verwaltung zu. Dann aber ist mit Berthélemy (S. 931) zu sagen:

„Comment ne voit-on pas que si l'autorité qui a accompli l'acte contre lequel on proteste doit s'en remettre à une autre autorité chargée de dire si la protestation est légitime, celle-ci sera hiérarchiquement supérieure à celle-là? Si nous admettons en effet qu'elles sont égales, pourquoi la seconde, l'autorité judiciaire, serait-elle plus infailible que la première, l'autorité administrative“?

Bei der Frage Generalklausel oder Enumeration geht es also tatsächlich nur um ein Mehr oder Weniger. Will man schon eine richterliche Garantie für die Rechtmässigkeit der Verwaltung, dann muss man sich aber folgerichtig zur Generalklausel bekennen¹⁶⁴); denn jeder Enumeration haftet etwas Zufälliges an, und der Bürger wird nie begreifen, warum er z. B., wie es nach dem 2. Zürcher Entwurfe zutraf, wegen einer geringfügigen Feuerwehrsteuer den Richter anrufen kann, gegenüber einem weit nachteiligeren Eingriff der Polizei in Freiheit und Eigentum zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit dagegen nicht¹⁶⁵). Etwas anderes wäre es nur, wenn man nach wie vor den Schutz subjektiver öffentlicher Rechte als die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit erachten wollte, was ich jedoch, die Möglichkeit solcher Rechte vorausgesetzt, nicht für richtig halte¹⁶⁶). Ohne jede allgemeine Umschreibung käme man übrigens auf keinen Fall aus; vielmehr müssten zum allermindesten einzelne Gebiete nach dem sog. gemischten System¹⁶⁷) durch Ge-

¹⁶³) Fleiner S. 206 ff., Burckhardt, Einführung, S. 159.

¹⁶⁴) Ebenso Fleiner S. 255, Ruck I S. 159, Jellinek S. 314 und 97.

¹⁶⁵) Vgl. auch Jellinek S. 311 unten und Basel III S. 6 ff.

¹⁶⁶) Vgl. Schelcher im RVBl 58 S. 575 Ziff. 20.

¹⁶⁷) Jellinek S. 311 unten, Kirchhofer S. 14 f.

neralklausel eingereiht werden. Andererseits gibt es keine Generalklausel ohne Ausnahmen¹⁶⁸⁾.

Im einen wie im andern Fall werden so letzten Endes praktische Erwägungen über den Umfang der Gerichtsbarkeit entscheiden. Danach kann man sich auf den Standpunkt stellen, es genüge, den gerichtlichen Schutz nur so weit zu gewähren, als ein „besonderes Bedürfnis“ nachgewiesen sei¹⁶⁹⁾, wobei allerdings fraglich erscheint, wann ein „besonderes“ Bedürfnis vorliegt. Es kann auch gesagt werden, was wiederholt geschehen ist¹⁷⁰⁾, die Enumeration sei klarer, bei der Generalklausel wisse man nie, wohin sie führe. Bedenken mag vor allem erwecken, dass sich nicht eindeutig überblicken lässt, welche Geschäftslast die Generalklausel dem Verwaltungsgerichte bringt. Ich habe solche Bedenken bis vor kurzem ebenfalls gehegt. Bei näherem Studium verlieren sie jedoch viel von ihrem Gewicht. Einmal wird man unter allen Umständen, ganz gleichgültig, ob die Generalklausel vorgeschlagen werden soll oder nicht, eine Übersicht über alle diejenigen Gebiete anfertigen müssen, die für die Gerichtsbarkeit in Betracht fallen. Wie das am besten geschieht, dafür bieten die Vorlagen von Zürich, Basel und Bern genügend Wegleitung. Im übrigen wird man auch bei uns wie anderswo auf die gemachten Erfahrungen abstellen dürfen. Diese Erfahrungen beweisen aber, dass die tatsächlichen Belastungen bei weitem nicht den Befürchtungen entsprechen. Durchgeht man die Rechenschaftsberichte des aargauischen Obergerichts, so zeigt sich, dass die meisten Verwaltungsstreitigkeiten, und zwar von Anbeginn an, Steuerstreitigkeiten waren. Dazu kamen während des Strassenbaues seit ungefähr 1920 etwas vermehrte Enteignungen. Die übrigen Administrativsachen blieben verschwindend klein und be-

¹⁶⁸⁾ Ruck I S. 155 und 159 unten, Kirchhofer S. 15, RVBl 51 S. 4 links, Zürich I § 15 und II S. 83 ff. sowie Basler Gesetz § 11.

¹⁶⁹⁾ Zürich III S. 50.

¹⁷⁰⁾ Steiner im Aarg. Beamtenblatt 1923 S. 83 am Ende und Zürich III S. 48.

trafen zur Hauptsache Streitigkeiten über den Bürgernutzen. Das fällt umsomehr auf, als heute schon auch Klagen aus Anstaltsnutzungen: die Benutzung von Gemeindewasserversorgungen, -elektrizitätsversorgungen, -kanalisationen usw., die sich immer mehr entwickeln, vor das Gericht gebracht werden könnten. Ähnliche Erfahrungen machte man in der Waadt, solange die Verwaltungsgerichtsbarkeit bestand¹⁷¹⁾. Vom Bundesgericht wird mitgeteilt, dass die Zahl der Verwaltungsbeschwerden in den letzten Jahren bereits erheblich zurückgegangen sei¹⁷²⁾, und in Basel hat die Zahl der Rekurse seit 1905 nie wenige Dutzend im Jahr überstiegen¹⁷³⁾. Auf wichtigen Gebieten ist hier während der ersten fünf Jahre von der Beschwerdemöglichkeit überhaupt kein Gebrauch gemacht worden¹⁷⁴⁾. Die Staatskanzlei schrieb mir im September 1942, dass sich die Generalklausel durchaus bewährt habe, der Übergang von der Enumeration dazu habe keine wesentliche Änderung der Gerichtsbelastung gebracht, es sei im Gegenteil gegenüber früher sogar ein leichter Rückgang der Rekurse zu beobachten¹⁷⁵⁾.

In den Verhandlungen der deutschen Staatsrechtslehrer vom Jahre 1925 über den Schutz des öffentlichen Rechts ist die Generalklausel wiederholt geradezu als *conditio sine qua non* bezeichnet worden, ohne die sich eine wirksame gerichtliche Verwaltungsrechtspflege überhaupt nicht habe entfalten können¹⁷⁶⁾. Bei uns empfehlen alle

¹⁷¹⁾ Secrétan a. a. O. S. 214 ff.

¹⁷²⁾ Zb XL S. 411.

¹⁷³⁾ RVBl 51 S. 5 links.

¹⁷⁴⁾ Beiträge zur schweiz. Verwaltungskunde, 6. Heft, S. 9.

¹⁷⁵⁾ Brief von Hrn. Dr. Binz, vom 11. September 1942, für den ich auch an dieser Stelle danken möchte ebenso wie für die Überlassung der Materialien und Gesetze durch die Staatskanzleien von Basel-Stadt, Bern und Zürich. Als man in Basel den letzten Schritt wagte, hatte man nur immer noch Bedenken wegen des Institutes an sich, aber nicht wegen des Übergangs zur allgemeinen Kontrolle: IV S. 5.

¹⁷⁶⁾ Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 2. Heft, S. 98 f., 112 und 119.

diejenigen, die Erfahrung haben, heute ihre Anwendung. Ich nenne vor allem Prof. Blumenstein, in Bern, der 1908 für den Kanton Bern noch nachdrücklich die Enumeration verteidigte¹⁷⁷⁾, bei der Beratung der eidgenössischen Vorlage aber ebenso entschieden für die Generalklausel eintrat¹⁷⁸⁾.

Vorsichtiger wäre freilich die Anregung von Dr. Steiner, es zunächst mit einer erweiterten Enumeration zu versuchen und den Grossen Rat zu ermächtigen, den Katalog durch Dekret nach Bedürfnis zu ergänzen¹⁷⁹⁾. Ob man das Gesetzgebungsrecht des Volkes auf diese Weise beschneiden soll, ist aber eine andere Frage. Im Kanton Bern wurde ein gleicher Vorschlag fallen gelassen, ebenso im Bund¹⁸⁰⁾.

Es versteht sich m. E. von selbst, dass das Verwaltungsgericht bei Verletzung von Form- oder Verfahrensvorschriften ebenfalls Schutz zu gewähren hat¹⁸¹⁾. Dagegen wird noch besonders zu prüfen sein, wieweit das auch bei Rechtsverweigerungen oder -verzögerungen¹⁸²⁾ und neben eidgenössischen Rechtsmitteln¹⁸³⁾ angemessen ist.

Entschliesse man sich im übrigen so oder anders, eines dürfte gewiss sein: Die Revision der Verwaltungsrechtspflege hat nur dann einen Sinn, wenn es gelingt, ein wirkliches Verwaltungsgericht zu erhalten. Verwaltungs-, Steuer-, Expropriations- und Disziplinarsachen müssen in dem Umfange zugewiesen werden, dass eine umfassende Praxis gewährleistet ist. Denn, um nochmals Berthélemy (S. 968/69) zu zitieren:

¹⁷⁷⁾ MbVR 1908 S. 344 ff.

¹⁷⁸⁾ SJZ 22 S. 213 N. 8, ebenso Burckhardt ebenda und S. 233. Vgl. auch Zb XXV S. 67 rechts.

¹⁷⁹⁾ Aarg. Beamtenblatt 1923 S. 11.

¹⁸⁰⁾ MbVR 1908 S. 357 Ziff. 5, Kirchhofer S. 18 Note.

¹⁸¹⁾ Fleiner S. 261 N. 65, Basel III S. 41 ff., 54 und § 8 des Basler Gesetzes.

¹⁸²⁾ Kirchhofer S. 25 f., Basler Gesetz § 8, Basel III S. 44, 54 f. und 82 ff. und IV S. 19 unten.

¹⁸³⁾ Basel III S. 32 ff. und 60 ff., Zürich I S. 40 f., II S. 45 ff., 56 und 74, III S. 49 ff.

„Les médecins les plus instruits perdent l'habitude de diagnostiquer les maladies quand il ne traitent pas de malades. Les juges qui ne jugent qu'exceptionnellement risquent fort de juger médiocrement“.

Was die Praxis für einen Verwaltungsrichter bedeutet, hat 1925 der Vizepräsident des preussischen Obergerverwaltungsgerichts, Paul Jesse, in der Festgabe zu dessen 50-jährigem Bestehen (S. 12 ff.) mit seltener Eindringlichkeit dargetan. Er gibt an, dass nach den Erfahrungen beim Obergerverwaltungsgericht ein neuer Richter durchschnittlich 4 bis 5 Jahre gebraucht habe, bis er wirklich eingearbeitet gewesen sei. Über solche Erfahrungen lässt sich nicht einfach hinwegsehen.

2. Die zweite wichtige Frage jeder Revision ist die Frage nach der Zahl der Instanzen und der Organisation des Gerichts. Sollen auch untere Verwaltungsgerichte geschaffen werden oder nur ein kantonales und soll das gegenwärtige Gericht in der heutigen Besetzung beibehalten bleiben, oder an seine Stelle ein neues, besonderes Gericht treten?

Ich halte dafür, dass grundsätzlich nur eine Instanz angemessen ist. Als untere Instanzen kämen wie im Kanton Bern¹⁸⁴⁾ einzig die Bezirksamter in Frage. Diese zu Verwaltungsgerichten auszubauen, würde dem Rechtsschutz wenig dienen und die Verwaltung unnötig erschweren¹⁸⁵⁾. Verwaltungsgerichte sollten, wenn immer möglich, nicht zu früh in Tätigkeit treten¹⁸⁶⁾. Nur so lassen sich die Widersprüche, die diese Gerichtsbarkeit ohnehin in sich schliesst, auf ein Minimum verringern.

Falls sich die Belastung einer einzigen Instanz als zu gross erweist, wird man sich durch die Schaffung kleinerer Abteilungen, vielleicht in Dreierbesetzung, behelfen müs-

¹⁸⁴⁾ Gesetz vom 30. Juni 1935 über Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts im Staatshaushalt Art. 8 lit. c und MbVR 1937 S. 4 ff.

¹⁸⁵⁾ MbVR 1908 S. 359.

¹⁸⁶⁾ Jellinek S. 301.

sen. Die Einführung einer Einzelrichterkompetenz wie im Kanton Bern¹⁸⁷⁾ kommt dort nicht in Frage, wo auch Regierungsverfügungen angefochten werden können; denn es geht nicht wohl an, die Beschlüsse des Regierungsrates nur durch einen Richter überprüfen zu lassen. Dagegen braucht das Gericht nicht in gleicher Zahl besetzt zu sein wie das Regierungskollegium, weil nicht alle Regierungsmitglieder Juristen und zur Hauptsache doch Rechtsfragen zu beurteilen sind.

Für die Weiterziehung an das Verwaltungsgericht eine Streitwertgrenze vorzusehen, halte ich mit Prof. Blumenstein¹⁸⁸⁾ für unrichtig. Eine solche Lösung hiesse den Gerichtsschutz für gewisse Angelegenheiten überhaupt ausschliessen. Das Rechtssprichwort: „de minimis non curat praetor“ ist mit dem Prinzip einer umfassenden Kontrolle der Verwaltung unverträglich, ganz abgesehen davon, dass auch geringwertige Streitigkeiten von grosser grundsätzlicher Bedeutung sein können. Ich erinnere z. B. nur an das Urteil des eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 17. Oktober 1929 in Sachen Pagan, der 24 Prospekte von Genf aus mit nach Biel nahm und sie hier zur Lokaltaxe verschickte, worauf er wegen Verletzung des Postregals zur Verantwortung gezogen wurde¹⁸⁹⁾. Basel kennt keine Streitwertgrenzen und der Bund nur für Ordnungsbussen¹⁹⁰⁾.

Wird nur eine Instanz geschaffen, so dürfte es richtig sein, sie wie bisher beim Obergericht zu belassen und nach Dr. Steiners Vorschlag¹⁹¹⁾ zu prüfen, ob sich dann nicht eine ähnliche Organisation wie für das Handelsgericht mit unbeteiligten, nebenamtlichen, erfahrenen Verwaltungsfachleuten empfiehlt. Dem Gerichte ein Regierungsmitglied beizugeben, oder gar es wie zur Zeit der Mediation

¹⁸⁷⁾ MbVR 1937 S. 5.

¹⁸⁸⁾ MbVR 1937 S. 4.

¹⁸⁹⁾ Praxis 18 Nr. 136.

¹⁹⁰⁾ Basel IV S. 12, Kirchhofer S. 17 und 23.

¹⁹¹⁾ Zb XXXVI S. 268.

von einem solchen präsidieren zu lassen, ist in der Waadt schon 1814 und später mit Recht bekämpft worden¹⁹²⁾ und fällt ausser Betracht, weil damit eine Ämterkumulation geschaffen würde, die sich mit dem Grundgedanken der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der richterlichen Unabhängigkeit, nicht verträgt. Dem Beizug von Laien, den namentlich Gneist¹⁹³⁾, allerdings nur für die unteren Instanzen, nachdrücklich forderte, sind freilich enge Schranken gezogen, wenn nur eine Instanz gebildet und die Rechtskontrolle als ihre Hauptaufgabe bezeichnet wird¹⁹⁴⁾ Immerhin ist sowohl in Basel wie in Bern das Verwaltungsgericht aus beruflichen und ehrenamtlichen Richtern zusammengesetzt¹⁹⁵⁾.

3. Mit der Gerichtsorganisation steht im engen Zusammenhang die weitere Frage, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit als ursprüngliche oder nachträgliche Gerichtsbarkeit ausgestaltet und ob auch die Regierungsentscheide ihrer Kontrolle unterstellt werden sollen.

Basel kennt nur die nachträgliche Gerichtsbarkeit, das Beschwerdeverfahren¹⁹⁶⁾. Das hat den grossen Vorteil der Einheitlichkeit, lässt sich aber in den Fällen, wo man eine Klage erwarten möchte, wie z. B. bei der Auslegung eines Vertrages zwischen zwei Gemeinden über den Bau einer Strasse¹⁹⁷⁾, bloss auf einem Umwege erkaufen. Den Ausweg fand man auf die Weise, dass ein solcher Streit vorerst dem Regierungsrat unterbreitet werden muss und der Regierungsrat die Verwaltungsbehörde bestimmt, die zu entscheiden hat¹⁹⁸⁾. Der Regierungsrat kann aber auch

¹⁹²⁾ Secrétan a. a. O. S. 217 ff.

¹⁹³⁾ Rechtsstaat¹ S. 159 unten f., 168 ff., 2. Aufl., S. 301.

¹⁹⁴⁾ Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 2. Heft, S. 27 f., 86 f. und 113 unten.

¹⁹⁵⁾ RVBl 51 S. 5 links, MbVR 1908 S. 360 ff. Vgl. auch RVBl 58 S. 577 Ziff. 24—26.

¹⁹⁶⁾ I S. 48 ff.

¹⁹⁷⁾ Praxis 22 Nr. 1.

¹⁹⁸⁾ § 5 des Gesetzes und RVBl 51 S. 5 V.

mit Zustimmung der Beteiligten die Streitsache sofort dem Gericht überweisen¹⁹⁹⁾.

Es wird zu überlegen sein, ob man nach dem Basler Vorbild verfahren, oder für gewisse Verwaltungssachen, die sich dazu eignen, ähnlich wie im Bund, die ursprüngliche Gerichtsbarkeit vorschreiben will²⁰⁰⁾. Burckhardt hält die Unterscheidung für unnötig und widerspruchsvoll²⁰¹⁾ und warnt entschieden davor, die Verwaltungsbehörden auch nur formell, ähnlich dem Staatsanwalt²⁰²⁾, zur Partei zu stempeln²⁰³⁾. England ist freilich auch hier eigene Wege gegangen²⁰⁴⁾.

Über die Legitimation zur Anrufung des Rechtsschutzes habe ich mich früher schon geäußert²⁰⁵⁾. Ich halte dafür, dass der Rechtsschutz unbekümmert um die Frage eines subjektiven Rechtes gewährt werden sollte. Die Popularbeschwerde ist indessen als Regel auszuschliessen und ein persönliches Interesse zu verlangen. Wann ein solches vorliegt, muss der Abwägung des Richters überlassen werden²⁰⁶⁾.

Ein Sühneveruch kommt, zum mindesten im Bereiche der nachträglichen Gerichtsbarkeit, nicht in Frage. Mag er in Taxations- und andern Schätzungssachen noch verständlich sein, so trifft das auf keinen Fall zu, wo die Auslegung zwingenden öffentlichen Rechts, also eine reine Rechtsfrage, streitig ist. „Vergleiche“ zwischen den Behörden und dem Bürger widersprechen hier wohl kaum weniger dem Prinzip der Rechtmässigkeit der Verwaltung als die berüchtigten Steuerverträge.

¹⁹⁹⁾ § 44 III des Gesetzes.

²⁰⁰⁾ Vgl. den Vorschlag von Schelcher im RVBl 58 S. 575 Ziff. 17 und S. 576 Ziff. 21, dazu aber auch Burckhardt S. 234 f.

²⁰¹⁾ S. 234 f. und 241.

²⁰²⁾ ZbJV 1901 S. 347, Kirchhofer S. 32.

²⁰³⁾ S. 244 und 246 f., besonders klar schon Gneist¹ S. 159 zweitletzter Absatz. Über die Verhältnisse im Bund Kirchhofer S. 28 ff. Gegen Burckhardt Blumenstein MbVR 1939 S. 325 N. 1.

²⁰⁴⁾ Anschütz S. 414 und RVBl 52 S. 442 rechts unten.

²⁰⁵⁾ Vgl. oben bei den N. 51 ff.

²⁰⁶⁾ Huber in der ZschwR 1936, 3. Heft, S. 175a, 187a und 180a.

Der Übergang zum Beschwerdeverfahren ruft der nicht weniger wichtigen Entscheidung, welchen Verwaltungsbehörden gegenüber der gerichtliche Schutz gegeben werden soll. Wie das eidgenössische Gesetz, das Berner Gesetz, die Zürcher Entwürfe und der Vorschlag von Dr. Steiner im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (1935, S. 268) zeigen, besteht immer noch eine gewisse Abneigung davor, auch die Beschlüsse der obersten Verwaltungsbehörde der richterlichen Kontrolle zu unterwerfen²⁰⁷⁾. Basel hat umgekehrt als Regel bewusst die Beschwerde nur gegen Regierungsratsbeschlüsse zugelassen, und zwar auf ausdrückliches Verlangen des Regierungsrates selbst²⁰⁸⁾.

Ich möchte nicht untersuchen, ob die Verhältnisse im Bund gleich liegen wie in den Kantonen und mich damit begnügen, auf die Kritik Walter Burckhardts (S. 236 f.) zu verweisen. In dieser Kritik findet sich der treffende Satz: Das Ansehen der Regierung hänge nicht davon ab, dass sie keine juristische Fehler begehe. Das ist auch meine Meinung, und ich stimme auch Fleiner zu, der in seinem Bundesstaatsrecht (S. 224) schreibt: Das Ansehen der Behörde wird weniger leiden, wenn Rechtsverletzungen sofort korrigiert werden, bevor sie als Waffe gegen den Staat dienen können.

Tatsächlich besteht eine rechtliche Kontrolle auch der Regierungsakte heute schon in weitem Umfange. Man denke nur an den staatsrechtlichen Rekurs und die Anrufung der übrigen Bundesbehörden in Fragen des eidgenössischen Rechts. Kirchhofer und Burckhardt haben übrigens mit Fug geltend gemacht, dass selbst der Bundesrat dann der Kontrolle nicht ganz entzogen ist, wenn er

²⁰⁷⁾ Über die Gründe im Bund SJZ 22 S. 229 f. und Kirchhofer S. 26, im Kanton Zürich: I S. 42, II S. 60 f., und im Kanton Bern: MbVR 1908 S. 344 ff.

²⁰⁸⁾ § 10 des Gesetzes, dazu IV S. 5 und 13 f. und besonders V S. 5 f., vgl. schon II S. 11 und Im Hof, Beiträge zur schweiz. Verwaltungskunde, 6. Heft, S. 40.

seinen Departementen Weisungen erteilt, die, auf einen bestimmten, der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegenden Fall angewendet, hernach zur Anrufung des Bundesgerichts und dessen Überprüfung führen²⁰⁹⁾.

Was mich aber besonders veranlasst, für die Basler Lösung einzustehen, ist der dringende Wunsch nach Erhaltung der Einheitlichkeit der Verwaltung. Die durch jede Ausdehnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ohnehin eintretende Zersplitterung der Verwaltung ist, wie schon früher bemerkt wurde, nur dann tragbar, wenn die Kontrolle des Verwaltungsgerichts erst nach Erschöpfung des Verwaltungsweges beginnt²¹⁰⁾. Das setzt andererseits allerdings voraus, dass der Verwaltungsweg was ich bereits angeregt habe, möglichst vereinfacht und verkürzt wird.

Im Bund und im Kanton Bern wie auch nach den Zürcher Entwürfen gilt der Satz, weiterziehbare Entscheide seien von Gesetzes wegen an das Gericht delegiert und der obersten Verwaltungsbehörde²¹¹⁾ entzogen. Im eidgenössischen Recht geht diese Einschränkung der Verwaltung sogar so weit, dass der Bundesrat in solchen Fällen nicht einmal mehr Beschwerden über Ermessensfragen entgegennehmen darf²¹²⁾. Zu welch unmöglichen Folgerungen eine derartige Aufspaltung der Verwaltung führt, zeigen mit aller Deutlichkeit die Ausführungen des zürcherischen Regierungsrates zum 2. Gesetzesentwurf vom 25. Juni 1931 (S. 64 ff. und 68 ff.). Danach hätte ein Rekurrent das Verwaltungsgericht über die Rechtsfrage und

²⁰⁹⁾ Kirchhofer S. 27 f. und Burckhardt S. 239. Dasselbe gilt sowohl für die Regierungsräte wie den Bundesrat in andern Fällen des sog. richterlichen Überprüfungsrechts: Fehr S. 185 ff., Aarg. Beamtenblatt 1933 S. 41 ff., im Bund: Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. Bundesgerichts, 1933, S. 90 ff., und z. B. Praxis 28 Nr. 28, 31 Nr. 70, ZbJV 1941 S. 314 ff. und SJZ 37 S. 126 Nr. 27.

²¹⁰⁾ Der Ausweg, der in Zürich vorgeschlagen wurde (I S. 34 f.) bietet keinen genügenden Ersatz.

²¹¹⁾ Kirchhofer S. 27 und 73.

²¹²⁾ Kirchhofer S. 58 f.

gleichzeitig die höhere Verwaltungsbehörde wegen Unangemessenheit oder zuerst das Verwaltungsgericht, hernach die höhere Verwaltungsbehörde und dann wieder das Verwaltungsgericht anrufen können. Ferner wäre der gerichtliche Rekurs gegen Verfügungen der Regierungen, der Bezirksverwaltungsbehörden und in gewissen Fällen sogar der Gemeinderäte zulässig gewesen. Gegen die Gemeinderäte hätte es erst noch teilweise die Beschwerde an die Bezirksbehörden gegeben. Die Unsicherheit, die eine solche Regelung mit sich bringt, geht am besten aus § 21, Abs. 2, des Entwurfes hervor, der für die Fälle, in denen Verwaltungsgericht und Aufsichtsbehörde gleichzeitig angerufen werden, oder die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts oder der Aufsichtsbehörde nicht von vornherein feststeht, ein besonderes Verfahren vorschrieb. Resigniert wird dazu bemerkt: „So komplizierte Bestimmungen werden eben notwendig, wenn das Verwaltungsgericht nicht erst gegen Verfügungen und Entscheidungen des Regierungsrates, sondern schon gegenüber Verfügungen und Entscheidungen mittlerer und unterer Verwaltungsinstanzen angerufen werden kann“²¹³⁾.

Noch wesentlicher als dieser Nachteil ist aber, dass bei einer derartigen Zersplitterung der Kompetenzen, worauf Burckhardt (S. 248) mit Recht hinweist, auch die Verantwortlichkeit der Verwaltung in die Brüche geht, was sich bei der Wahl der Generalklausel noch besonders fühlbar machen müsste. Es entspricht demgegenüber einem gesunden Empfinden, wenn der Basler Regierungsrat nachdrücklich verlangte, in allen Fällen Rekursinstanz bleiben zu wollen, um den Einblick in die Departementalgeschäfte weiterhin ungeschmälert zu erhalten²¹⁴⁾. Diesem Vorgehen ist unbedingt der Vorzug zu geben.

Auszuschliessen wäre dagegen auf alle Fälle die Beschwerde gegen Verwaltungsakte des Grossen Rates; denn dessen Zuständigkeit beruht überwiegend auf besonderen

²¹³⁾ Zürich II S. 76.

²¹⁴⁾ IV S. 13 und V S. 5.

politischen Erwägungen, die auch bei Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit respektiert bleiben müssen. Prüfen liesse sich nur, ob nicht einzelne dieser Akte an die Regierung delegiert und so der Kontrolle unterstellt werden könnten.

4. Soll dem Richter auch die sog. Ermessenskontrolle überbunden werden?

Nach § 8 des Basler Gesetzes ist die Überprüfung, „soweit eine polizeiliche Verfügung im freien Ermessen der Verwaltung steht, oder eine gesetzliche Vermögensleistung nach dem Ermessen der Verwaltung durch Schätzung zu bestimmen ist“, darauf beschränkt, „ob die rechtlichen Grenzen des freien Ermessens verletzt sind oder ob von diesem Ermessen ein willkürlicher Gebrauch gemacht worden ist“. „Über die Angemessenheit einer Verfügung“ entscheidet das Gericht dann, „wenn diese eine Strafe verhängt oder wenn es dazu durch besondere gesetzliche Vorschrift berufen ist“²¹⁵). Eine ähnliche Regelung gilt im Bund für das Beschwerdeverfahren; während bei der ursprünglichen Gerichtsbarkeit das Gericht wie gegenwärtig bei uns im Aargau auch über Ermessensfragen urteilt²¹⁶). Ausser den Taxationsfragen, die das Basler Gesetz von der umfassenden Überprüfung ausschliesst, werden etwa auch noch technische Fragen und der Entscheid über Erfolg oder Misserfolg bei Examina²¹⁷) der Verwaltung vorbehalten. Bei technischen Fragen und Examina handelt es sich aber in der Regel gerade nicht um echtes, sondern um unechtes freies Ermessen, oder, wie Jöhr es in seiner wertvollen Doktorarbeit über „Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens“ (S.67)

²¹⁵) Dazu Basel III S. 14 ff. und RVBl 51 S. 4 und 6 je links. Über andere gesetzliche Formulierungen Jellinek S. 302 ff.

²¹⁶) Kirchhofer S. 55 ff. und 90 und oben. N. 99. Über weitere Ausnahmen mit allgemeiner Ermessenskontrolle Basel V S. 10 und Kirchhofer S. 54 f., dazu S. 58.

²¹⁷) Zürich II S. 51 ff., 69 und 87 ff. bzw. S. 31 f., 52 unten f., 57 unten f. und 88 f.

bezeichnet, um Tatbestandsermessen. Wirklich freies oder „Rechtsfolgeermessen“ im Sinne von Jöhr (S. 67/68 u. 51) liegt in der Regel nur dort vor, wo es das Gesetz durch Verwendung „potentialer Verbalformen“: kann, darf usw., oder durch Erteilung „positiver Ermächtigungen“ ausdrücklich vorsieht. Solange irgendein gesetzlicher Masstab oder eine Richtlinie, insbesondere die *ratio legis*²¹⁸⁾, für die Auslegung und den Vollzug herangezogen werden kann, und wäre der Masstab oder die Richtlinie auch noch so dürftig, besteht kein freies, sondern bloss unechtes, Tatbestandsermessen²¹⁹⁾. Das gilt vor allem überall dort, wo das Gesetz unvollständig ist, d. h. den Tatbestand nur durch unbestimmte Begriffe wie öffentliches Interesse, zweckmässige Anordnung, lokale Verhältnisse, Bedürfnis, Gesundheitsrücksichten, polizeiliche Gefahr, Unbescholtenheit usw. umschreibt und deren Abgrenzung im Einzelfalle der Behörde überlässt. Vielfach muss dann die Behörde über die Anwendung rein technischer Mittel befinden, z. B. über bauliche Vorkehren zur Verhütung von Feuersgefahr oder über medizinische Massnahmen zur Abwendung einer Seuche, weshalb das Tatbestandsermessen in der Literatur etwa auch technisches Ermessen, technisch im weitesten Sinne der besonderen beruflichen Sachkunde genommen, genannt wird²²⁰⁾.

Weil es sich bei ihm um Rechtsergänzung handelt und es insofern selber wieder rechtlicher Natur ist, unterliegt alles Tatbestandsermessen der vollen richterlichen Überprüfung, wenn das Gesetz allgemein nur das freie Ermessen hievon ausnimmt. Die volle richterliche Überprüfung greift nur dort nicht Platz, wo und insoweit das Gesetz die Einschränkung ausdrücklich verfügt. Für die Einschränkung gilt mithin die Enumeration²²¹⁾. Ob es möglich ist, dafür

²¹⁸⁾ Jöhr S. 139 f.

²¹⁹⁾ Jöhr S. 135, ferner Kirchhofer S. 48 f.

²²⁰⁾ W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 43 ff., Jöhr S. 59, 66 oben, 83 f., 91 f. und 95.

²²¹⁾ Jöhr S. 74, 88 f., 127 f. und besonders 132 ff.

eine allgemeine Formel zu finden, bedarf noch reiflicher Überlegung, weil die Frage, welches Mass an Unbestimmtheit ein Begriff aufweisen müsse, um von der richterlichen Kontrolle ausgenommen zu sein, ein wenig dem Problem vom Sandkorn und dem Haufen gleicht²²²). Entscheiden wird letzten Endes der Richter²²³).

Dazu kommt, was Walter Burckhardt mit Recht immer wieder betont²²⁴), dass selbst im Gebiete des freiesten Ermessens die Verwaltung nicht willkürlich, sondern nur nach Grundsätzen handeln darf, die sie sich selber zu setzen hat. Sich selber Recht setzen, das Gesetz für den konkreten Anwendungsfall vervollständigen, muss sie in geringerem Masse aber auch im Bereiche des Tatbestandsermessens, und Burckhardt bezweifelt daher, ob der Ausgangspunkt in der Arbeit von Jöhr, es handle sich um Rechtsanwendung, richtig sei²²⁵). Auf alle Fälle gibt die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen de lege ferenda keine Lösung an die Hand. Denn wenn schon bei der Überprüfung des Verwaltungsermessens Einschränkungen am Platze sind, so kann nicht an der Grenze des relativ kleinen Bezirkes echten freien Ermessens Halt gemacht und das Tatbestandsermessen völlig ausgenommen werden. Die richterliche Überprüfung ist vielmehr auch für einen noch näher zu bestimmenden Teil des Tatbestandsermessens auf den Schutz von missbräuchlicher Ausübung oder willkürlicher Überschreitung des Ermessens einzuengen. Das scheint mir sowohl zur Erhaltung der Verantwortlichkeit der Verwaltung wie zur Entlastung der Gerichte²²⁶) unbedingt notwendig zu sein,

²²²) Fälle, wo es bei der Rechtsanwendung überhaupt nichts zu bestimmen gibt, sind selten: Vgl. Jöhr S. 31 ff.

²²³) So Jöhr S. 136 ff.

²²⁴) Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 43 ff. und besonders ZschwR 1931, 4. Heft, S. 184a f.

²²⁵) Vgl. ZbJV 1931 S. 564.

²²⁶) Das aarg. Obergericht hat z. B. schon lange die Entlastung von Taxationsfragen in Steuersachen verlangt; vgl. demgegenüber Blumenstein oben N. 116a.

wobei immerhin wie in Basel dem Gerichte dann die volle Gerichtsbarkeit zugestanden werden mag, wenn sich die Verwaltung im einzelnen Falle damit einverstanden erklärt²²⁷⁾.

Für die Beurteilung der Ermessensüberschreitung und des Ermessensmissbrauchs vermögen die Entscheide der staatsrechtlichen Abteilung zu Art. 4 BV und des französischen Staatsrates über den *excès* und das *détournement de pouvoir* eine wertvolle Wegleitung zu sein²²⁸⁾. Auch dann noch wird das Taktgefühl des Richters²²⁹⁾, das das Bundesgericht in seiner staatsrechtlichen Praxis mit so grossem Geschick zu handhaben weiss, ein ausgedehntes Feld vorfinden und die Abgrenzung der richterlichen Zuständigkeit eine der schwierigsten Aufgaben des Gesetzgebers bleiben.

5. Damit es nicht „in Verwaltung mache“²³⁰⁾, wird vielfach über die Beschränkung auf die Rechtskontrolle hinaus verlangt, das Gericht solle nur zur *revisio in jure*, der rechtlichen Würdigung des ihm unterbreiteten Tatbestandes, und zur Kassation, zur Aufhebung der begründeterweise angefochtenen Entscheide zuständig erklärt werden. So hat z. B. Jesse für das preussische Obergerverwaltungsgericht, allerdings aus einem andern Grunde, nachdrücklich eine Reform in dem Sinne gefordert, dass dem Gerichtshof, „soweit irgend angängig, die Stellung einer reinen Revisionsinstanz“ gegeben werde, weil es namentlich in Polizeisachen, viel zu stark mit tatsächlichen Feststellungen belastet sei, für die es sich nicht eigne²³¹⁾. Mit dem Vorschlage, nur ein Verwaltungsgericht zu schaffen, wäre eine solche Lösung jedoch unvereinbar, und die Erfahrungen, die mit der Regelung des Art. 81 des Organi-

²²⁷⁾ Vgl. N. 252. Mehr verlangt auch Fleiner nicht, vgl. S. 257 Ziff. 4 und Jöhr S. 63 f., ferner Burckhardt S. 244 f.

²²⁸⁾ Jöhr S. 141 ff. und 182 ff.

²²⁹⁾ Jöhr S. 136, 137 und 195 f.

²³⁰⁾ Botschaft des Bundesrates, zit. bei Kirchhofer S. 57 unten.

²³¹⁾ A. a. O. S. 20 f. und Jellinek S. 317 f.

sationsgesetzes für die Bundesrechtspflege gemacht wurden, ermuntern auch nicht dazu, die Beschwerde als sog. Rechtsbeschwerde²³²⁾ auszugestalten. Das Gericht soll vielmehr den Tatbestand überprüfen und allenfalls durch eigene Beweiserhebungen ergänzen können²³³⁾.

Prinzipiell richtiger dürfte es dagegen sein, wenn das Gericht rechtswidrige Entscheide nur kassiert. Damit würde gleichzeitig das Problem der Rechtskraft, das im übrigen nicht gesetzlich zu lösen ist, wesentlich vereinfacht²³⁴⁾. In vielen Fällen dürfte übrigens ein Sachurteil schon aus praktischen Gründen nicht in Frage kommen. Richtig wird aber auch hier die zweckmässige Regelung sein, weshalb z. B. die etwas weiter gehende gut abgewogene Bestimmung in § 20 des Basler Gesetzes durchaus immer noch annehmbar wäre²³⁵⁾.

6. Es würde zu weit führen, in diesen mehr grundsätzlichen Erörterungen alle andern Revisionspunkte auch noch eingehender begründen zu wollen. Ich begnüge mich, damit, einige von ihnen herauszugreifen und zu streifen.

Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten wird in der Regel von der Offizial- oder Untersuchungsmaxime beherrscht. Es gilt aber die vernünftige Einschränkung, dass der Richter die Richtigkeit und die Vollständigkeit des Tatbestandes voraussetzen darf, soweit nicht das Gegenteil offensichtlich ist oder behauptet wird. Das Gericht braucht also nicht von sich aus den Sachverhalt nochmals in allen Teilen zu überprüfen. Der Umfang der Beweiserhebungen steht mit andern Worten in seinem Ermessen²³⁶⁾. Dasselbe gilt für die Art und die Mittel der

²³²⁾ Jellinek S. 318.

²³³⁾ Ebenso Basel III S. 27 f. und §§ 8 und 18 des Gesetzes. Im Bund vgl. Kirchhofer S. 13 f. und 40 ff. Allgemein Jöhr S. 206 ff., besonders 211 f.

²³⁴⁾ Kirchhofer S. 67 ff., Burckhardt S. 239 ff., aber auch Zb XLIV S. 180.

²³⁵⁾ Über die Regelung im Bund vgl. Kirchhofer S. 65 ff.

²³⁶⁾ Kirchhofer S. 45 f. und 91, MbVR 1908 S. 364 f., Basel III S. 70 f. und § 18 des Gesetzes.

Beweiserhebungen, immer jedoch unter dem Vorbehalt, dass die am Verfahren Beteiligten von den getroffenen Anordnungen und dem Beweisergebnisse unterrichtet werden. Dem Gerichte ist ferner anheimzustellen, ob es neue Beweise selbst aufnehmen oder durch die Verwaltung beschaffen lassen will, wie überhaupt das ganze Verfahren möglichst einfach und ökonomisch sein soll²³⁷⁾. Mündliche Verhandlungen sind kein „unbedingter Grundsatz im Verwaltungsstreitverfahren“²³⁸⁾. Die *reformatio in pejus* soll im Verwaltungsverfahren zulässig, im Gerichtsverfahren in der Regel aber ausgeschlossen bleiben²³⁹⁾. Für das Gerichtsverfahren gilt als Regel überhaupt allgemein der Satz: „ne eat iudex ultra petita partium“²⁴⁰⁾. Dem Gericht ist zu überlassen, auch über Vorfragen zu entscheiden²⁴¹⁾. Vorzusehen ist ferner die sog. Beiladung, die in der Verwaltungsrechtspflege die Streitverkündung und die Nebenintervention des Zivilprozesses vertritt²⁴²⁾. Ein Hinweis auf die ZPO als subsidiäres Verfahrensrecht sollte nach Möglichkeit vermieden werden. Die Wesensunterschiede zwischen der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde und der zivilrechtlichen Klage sind zu gross, als dass dieselben Regeln auch nur sinngemäss in erheblicherem Umfange übernommen werden könnten²⁴³⁾. Denn das Verwaltungsgericht hat nicht über einen zivilprozessualen „Streit“, sondern über die Einhaltung der objektiven Rechtsordnung zu befinden, und jeder starre Formalismus

²³⁷⁾ § 25 des Basler Gesetzes und Berthélemy S. 996 lit. d.

²³⁸⁾ Jellinek S. 312, Handwörterbuch S. 622 rechts, Berthélemy S. 994 Ziff. 2 und 995 lit. b, Kirchhofer S. 13 und 91.

²³⁹⁾ Ebenso Zürich III S. 46 und 56. Vgl. auch Fleiner S. 234 und 268 und grundsätzlich Burckhardt S. 241 ff. Die Einführung der *ref. in pejus* wäre nicht willkürlich: Nef, Schweiz. jur. Kartothek unter „Rechtsgleichheit“ S. 7 lit. e.

²⁴⁰⁾ § 19 des Basler Gesetzes, Kirchhofer S. 29 f.

²⁴¹⁾ Zürich III § 23.

²⁴²⁾ Handwörterbuch S. 620 f. und § 14 des Basler Gesetzes.

²⁴³⁾ Kirchhofer S. 91 N. 137.

verträgt sich damit schlecht²⁴⁴). Dem Rekurs soll nur dann Suspensivwirkung zukommen, wenn es vom Gerichtspräsidenten ausdrücklich so verfügt wird²⁴⁵). Wesentlich ist endlich, dass auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren für den Bürger billig bleibt; doch geht es zuweit, wenn Art. 53 lit. c unserer Staatsverfassung schlechthin Unentgeltlichkeit vorschreibt. Auf alle Fälle wäre § 30 des Basler Gesetzes vorzuziehen²⁴⁶). Grundsätzlich genügt es, wenn der Verwaltungsweg gebührenfrei ist und der Bürger wie im Bund²⁴⁷) seine Interessen auch vor dem kantonalen Verwaltungsgericht ohne Beizug eines Anwaltes wahren kann. Für Vertretungen soll dagegen das Anwaltsmonopol gelten^{247 a}).

Als selbstverständlich erachte ich, weil es sich um die Wahrung öffentlichen Rechtes handelt, die Bestimmung, dass eine unzuständige Behörde bei ihr eingehende Beschwerden von Amtes wegen auf den richtigen Weg weist²⁴⁸). Zu begrüßen wäre ferner, wenn der Regierungsrat und eventuell auch der Grosse Rat ermächtigt würden, einen in ihre Zuständigkeit fallenden Rekurs, ohne selbst zu entscheiden, an das Verwaltungsgericht abzugeben. Eine solche Vorschrift findet sich erstmals in Baden²⁴⁹). Sie wurde von Basel übernommen²⁵⁰) und hin und wieder schon von unserm Grossen Rate praktiziert²⁵¹). Das Verwaltungsgericht wäre andererseits zu ermächtigen, auch in den Fällen in der Sache selbst zu urteilen, wo es wegen Form- oder Verfahrensmängeln oder aus andern Gründen

²⁴⁴) Burckhardt S. 246 f., Einführung S. 141 f. und 181, Schelcher im RVBl 58 S. 579 Ziff. 34 und 35.

²⁴⁵) §§ 17 und 24 des Basler Gesetzes.

²⁴⁶) Vgl. auch Dr. Steiner im Aarg. Beamtenblatt 1923 S. 90.

²⁴⁷) Kirchhofer S. 38 und 42 je oben.

^{247a}) Aarg. Beamtenblatt 1943 S. 25 ff. und S. 37 f.

²⁴⁸) § 1 des Zürcher Entwurfes von 1933, Fleiner S. 263 N. 72, Kirchhofer S. 73 N. 104 und S. 91. Vgl. auch Zürich I S. 43.

²⁴⁹) Gneist² S. 308.

²⁵⁰) § 44 III des Gesetzes und dazu IV S. 13 f.

²⁵¹) Eichenberger S. 51 VII.

aufheben oder zurückweisen müsste, oder wegen freien Ermessens der Verwaltung unzuständig wäre, wenn die Verwaltung einen Sachentscheid beantragt²⁵²). Mit dieser Bestimmung soll ein Leerlauf möglichst vermieden und die sachliche Erledigung gefördert werden. Im Interesse des Bürgers liegt auch § 22 des Basler Gesetzes, wonach der Gerichtspräsident unklare oder vorschriftswidrige Rekursbegründungen unter Fristansetzung zur Verbesserung zurückweisen muss²⁵³). Umgekehrt bietet § 35 desselben Gesetzes gegen ständige Behelligungen durch versorgte Querulanten ein gutes Ventil.

Der Prüfung wert wäre endlich die Frage, ob nicht Regierungsrat und Grosser Rat das Verwaltungsgericht auch um Rechtsgutachten, namentlich zu Gesetzes- und Verordnungsvorschlägen, sollte angehen können²⁵⁴).

V. Abgrenzung der Kompetenzen und Kompetenzkonflikte.

Nur der Vollständigkeit halber sei kurz noch darauf hingewiesen, dass die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit unausweichlich eine Grenzbereinigung gegenüber den Zivil- und den Strafgerichten zur Folge hat²⁵⁵). Gleichzeitig muss die Frage abgeklärt werden, ob die Urteile des Verwaltungsgerichts für die ordentlichen Gerichte verbindlich sein sollen²⁵⁶). Damit im Zusammenhang drängt sich ferner eine Neuregelung des Kompetenzkonfliktverfahrens auf, es sei denn, man lasse das Verwaltungsgericht wie in Basel über seine Zuständigkeit ausschliesslich entscheiden²⁵⁷). Der Zürcher Entwurf hatte ursprünglich ein besonderes Gericht vorgesehen. Später wurde die Aufgabe dann aber dem Kassationsgericht übertragen²⁵⁸). Für

²⁵²) Basel III S. 42 und S. 75 § 21 sowie § 20 letzter Absatz des Gesetzes.

²⁵³) Dazu III S. 77 § 23.

²⁵⁴) SJZ 22 S. 230.

²⁵⁵) Zürich II S. 62 ff.

²⁵⁶) Kirchhofer S. 72, Basel II S. 31 § 40 und Zürich II S. 75.

²⁵⁷) § 2 des Basler Gesetzes und RVBl 51 S. 6 VII.

²⁵⁸) I §§ 39 ff. und S. 51 ff., III §§ 56 ff. und S. 43 und 56 f.

unsern Kanton dürfte sich die Einsetzung eines besonderen Gerichtes, in dem Regierungsrat, Obergericht und Verwaltungsgericht vertreten wären, empfehlen. Eine starke Geschäftslast ist kaum zu erwarten.

VI. Weiteres Vorgehen.

Überblickt man die mit der Reform der Verwaltungsrechtspflege gestellte Aufgabe sowie die bereits gemachten und noch in Frage kommenden Verbesserungsvorschläge, so erscheint mir unerlässlich, dass man sich als Erstes über alle die Punkte zu verständigen sucht, die sozusagen das Gerippe jeder künftigen Reform sein müssen. Diese Punkte sind, kurz zusammengefasst:

1. Ausbau der Verwaltungsrechtspflege nach französischem Vorbild oder nur Verbesserung des Verwaltungsweges in dem angedeuteten Sinne und Entwicklung der schon vorhandenen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einer umfassenden Kontrolle der Verwaltung,
2. Generalklausel oder Enumeration,
3. Beibehaltung einer einzigen Gerichtsinstanz in bisheriger oder veränderter Zusammensetzung,
4. nur nachträgliche oder nachträgliche und ursprüngliche Gerichtsbarkeit nebeneinander,
5. Unzuständigkeit des Gerichts gegenüber Verfügungen und Entscheiden des Regierungsrates und Kontrolle nur gegenüber den unteren und mittleren Instanzen, oder Anrufung des Gerichts in der Regel erst nach Erschöpfung des Verwaltungsweges,
6. volle Gerichtsbarkeit oder nur beschränkte Ermessenskontrolle und
7. Sachentscheid oder nur Kassation.

Es scheint mir die Aufgabe des Aarg. Juristenvereins und seines Vorstandes zu sein, diesen Säulen der Revision die unsern Verhältnissen angepasste Form zu geben, oder doch wenigstens den gesetzgebenden Behörden den Weg durch eine bestimmte, möglichst geschlossene Stellung-

nahme zu erleichtern. Unter allen Umständen sollte vermieden werden, dass der Regierungsrat wie in Zürich zuerst aus Überzeugung eine Vorlage mit Generalklausel verficht und hernach dem Volk ebenso entschieden die Enumeration empfiehlt.

Aufgabe der Verwaltung wäre es, durch eine möglichst vollständige Aufzählung der für die gerichtliche Kontrolle geeigneten und ungeeigneten Fälle die für die endgültigen Entscheidungen absolut nötigen Unterlagen zu beschaffen.

Die Entscheidenden und die Theoretiker aber wollen bedenken, dass unsere Verwaltung ebenfalls gewachsen und geworden ist und wertvolle Güter zu verlieren hat. Hüte man sich davor, die Justiz zu überspannen. Die Erfahrung lehrt, so möchte ich mit einem Meister der schweizerischen Rechtsgeschichte, Friedrich von Wyss²⁵⁹⁾, schliessen, dass auch die Doktrin „sehr wohl daran tut, wenn sie die alten Grundlagen ehrt und achtet und nicht ohne Not daran rüttelt. Denn sie läuft hier leicht Gefahr, Gutes für bloss vermeintlich Besseres wegzuwerfen“.

²⁵⁹⁾ ZschwR 1858 S. 6.
