

Zeitschrift: Wissen und Leben
Herausgeber: Neue Helvetische Gesellschaft
Band: 27 (1925)
Heft: 15

Artikel: Politik oder Jurisprudenz?
Autor: Schindler, Dietrich
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-748713>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 15.03.2025

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

Bezeichnungen für Gefäße: hebr. sefel und assyr. schaplu entsprechen dem deutschen „Scheffel“, hebr. saf dem deutschen „Schaff“ usw. Wenn wir daher im Altägyptischen auch eine Bezeichnung für „Schoppen“ finden, die sich mit dem altdeutschen Namen deckt, so ist dies weder ein zufälliges, noch gar ein scherzhaftes Zusammentreffen, sondern eine natürliche Tatsache, die bezeichnend ist für das hohe Alter menschlicher Zivilisation.

Dies nur einige Proben aus der ungeheuren Fülle des Materials, das zum Nachweis der Urgemeinschaft aller menschlichen Sprachen zur Verfügung steht. Die Ernte harret der Schnitter: die Fülle der reifen Früchte übersteigt bei weitem die Kräfte vereinzelter Forscher, die heute noch, vielfach verkannt und unbeachtet, das ausgedehnte Feld monogenetischer Forschung bearbeiten. Mögen diese kärglichen Ausführungen dazu beitragen, das Verständnis für diese wichtigen Fragen zu fördern und zu verbreiten!

ARNOLD WADLER



POLITIK ODER JURISPRUDENZ?

BETRACHTUNGEN ZUM ENTWURF EINES BUNDESGESETZES ÜBER DIE EIDGENÖSSISCHE VERWALTUNGS- UND DISZIPLINARRECHTSPFLEGE

Die Politik ist im heutigen Staate Sache der gesetzgebenden und verwaltenden Behörden, die Pflege der Jurisprudenz – im Sinne behördlicher Wahrung des Rechts gegenüber Strebungen anderer Natur – ist in die Hand des Richters gelegt. Die politischen Behörden und die Gerichte haben ihre Reservatsphären, wo sie sich nicht ins Gehege kommen: jene die aktive Führung der Staatsgeschäfte, diese den Entscheid von Zivil- und Strafprozessen. Aber dazwischen liegt ein weites Feld staatlicher Tätigkeit, wo zwar politische Motive maßgebend sind und sein sollen, wo aber auch eine Beurteilung nach juristischen Gesichtspunkten stattfinden kann und soll: die ordentliche Gesetzgebung (im Gegensatz zur Verfassungsgesetzgebung) und die Verwaltung. Wo ist da die Grenze zu ziehen zwischen dem Machtbereich der politischen Behörden und der Einflusszone der Gerichte? Kann überhaupt, und wenn ja, unter welchen Umständen ein Akt der Verwaltung oder sogar der Gesetzgebung vor die Gerichte gezogen und dort überprüft werden? Diese Fragen haben in verschiedenen Staaten verschiedene Antworten erhalten.

Am radikalsten sind die Vereinigten Staaten von Amerika vorgegangen: sie gestatten bekanntlich den Gerichten die Überprüfung aller Akte der Gesetzgebung auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Dieser Sieg der Jurisprudenz in einem

Gebiet, das sonst in fast allen Staaten dem endgültigen Gutfinden der politischen Behörden überlassen bleibt, ist mit Recht der Stolz der Amerikaner. Dass daneben die Gerichte auch die Rechtskontrolle über die Verwaltung ausüben (eine Kontrolle, der historisch das Primat zukommt), erscheint als selbstverständlich und entspricht im übrigen den auf den Rechtsschutz und die natürliche Freiheit des Einzelnen eingestellten Grundsätzen des überlieferten englisch-amerikanischen Rechts.

Der Schweizer hat, trotz mancher Verwandtschaft mit der « grande république sœur », seinen Staat in dieser Hinsicht ganz anders eingerichtet. Er vertraut in erster Linie der Politik, die Juristerei kommt lange nachher. Zwar hat das Bundesgericht das Recht, die Akte der kantonalen Staatsgewalt, gegen welche der staatsrechtliche Rekurs ergriffen wird, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Und das Bundesgericht hat in Ausübung dieser Gerichtsbarkeit Bedeutendes geleistet. Aber dieser Triumph der Jurisprudenz ist beinahe ein staatsrechtlicher Zufall. Denn ursprünglich war nur bezweckt, den *Bundesorganen* ein Kontrollrecht zu geben gegenüber den *Kantonen* und dieses Recht wurde denn auch bezeichnenderweise vorerst den politischen Bundesbehörden gegeben. Man traute dem Gericht diese Aufgabe nicht zu. Aber ganz allmählich und schrittweise wurde eine Kompetenz um die andere vom Bundesrat ans Bundesgericht übertragen. Dieses nimmt heute in der Entscheidung staatsrechtlicher Rekurse die erste Stelle ein. Da sich nun der staatsrechtliche Rekurs am häufigsten gegen Maßnahmen der politischen Behörden richtet, ergab sich so aus einer *Bundeskontrolle* über die Kantone mit der Zeit eine *Gerichtskontrolle* über Verwaltung und Gesetzgebung. Das konnte wohl nur auf diesem Umweg erreicht werden; denn dort, wo die Frage des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Akten der Gesetzgebung *offen* gestellt war, wurde sie ohne weiteres verneint. Das erschien fast selbstverständlich. Heute denkt man nicht mehr so. Trotzdem sind die heutigen Juristen und Politiker weit davon entfernt, diese Frage einstimmig im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden. Für das Prüfungsrecht sprechen Erwägungen der juristischen Klarheit und Sauberkeit. Aber es liegt vielleicht auch eine politische Weisheit darin, dem Verfassungsrecht gegenüber dem Gesetzesrecht die letzte, schärfste Sanktion (durch den Richterspruch) zu versagen.¹⁾

Anders liegen die Dinge auf dem Gebiete der Verwaltung. Man ist grundsätzlich darüber einig, dass hier ein besserer Rechtsschutz eingeführt werden soll. Wenn wir in der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen so langsam vorgehen, so liegt es nicht daran, dass unser Volk die Willkür der Verwaltung ruhig über sich ergehen ließe. Wenn die Verwaltungsgerichte die einzigen Mittel wären, die Behörden im Zaum zu halten, so hätten uns nicht Preußen und andere deutsche Staaten in dieser Hinsicht längst überholt. Der Schweizer wehrt sich, aber nicht in erster Linie durch Anrufung des Richters, sondern dadurch, dass er sich selbst einen Einfluss auf die Verwaltung sichert. Das geschieht durch eine starke Dezentralisation der öffentlichen Aufgaben in

¹⁾ Über diese Fragen enthält mein Aufsatz in der *Zeitschrift für schweizerisches Recht* Bd. 44 (1925) S. 19 nähere Ausführungen.

die Gemeinden, wo sie dem Bürger vor Augen liegen und wo er in der Gemeindeversammlung selbst ein Wort zu sagen hat. Es geschieht durch die Volkswahl aller wichtigeren Verwaltungsbeamten und die Ansetzung kurzer Amtsdauern, durch die Überlassung wichtiger Verwaltungsbeschlüsse an die Parlamente und ans Volk, und schließlich durch eine weitgehende parlamentarische Kontrolle. Das Volk erlässt nicht nur die Gesetze, sondern es will auch auf deren Vollziehung Einfluss ausüben.

Aber auf die Dauer kann dieses System nicht genügen. Es versagt, sobald der Verwaltungsapparat groß und unübersichtlich wird, sobald dem Bürger nicht mehr der Herr Gemeindepräsident Meier und der Herr Statthalter Müller gegenübersteht, sondern « die Verwaltung » als anonymes, unfassbares, unverantwortliches Ungeheuer. Das ist der Fall in den großen Gemeinden, in der kantonalen Zentralverwaltung, vor allem aber im Bund mit seinen 67,000 Beamten, Angestellten und Arbeitern. Gegen den Lindwurm der Bürokratie kann der Bürger nur noch den Verwaltungsrichter als rettenden Sankt Georg anrufen. So überwindet schließlich auch das Volk sein Misstrauen in die juristische Behandlung von Verwaltungsangelegenheiten, wenn das Misstrauen in die politisch-bürokratische Erledigung noch stärker wird.

Es ist kein Zufall, dass der am stärksten zentralisierte und bürokratisierte Staat, Frankreich, auch – in der Rechtsprechung seines Conseil d'Etat – eine sehr bedeutende Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt hat.

* * *

Es soll hier nicht die lange Vorgeschichte eines eidgenössischen Verwaltungsgerichts skizziert, noch die zwei inhaltsreichen Botschaften und Entwürfe des Bundesrates im einzelnen besprochen werden.¹⁾ Nur auf einige Punkte sei aufmerksam gemacht, wo das Ringen zwischen Politik und Jurisprudenz, hier zugespitzt zum Gegensatz Verwaltungsbehörden – Verwaltungsgericht, zum Ausdruck kommt.

Die Zivil- und Strafgerichte haben einen Streitfall, der ihnen vorgelegt ist, nach allen Richtungen rechtlich zu werten. Es bleibt kein Punkt, an den sie nicht die Sonde der juristischen Betrachtung setzen, über den sie nicht ihr Urteil abgeben dürften. Anders die Verwaltungsgerichte. Vor sie kommt ein Streitfall erst, nachdem eine Verwaltungsbehörde gehandelt hat, denn das Gericht wird ja gegen den betreffenden Administrativakt angerufen. Die Verwaltungsbehörden besitzen nun bei fast allen Maßnahmen, die sie zu treffen haben, ein gewisses Maß von Freiheit: sie haben selbst zu entscheiden, wie sie im einzelnen ihrer gesetzlichen Pflicht genügen wollen. Und in diese Freiheitssphäre darf ein Verwaltungsgericht, wenn es nicht selbst zur Verwaltungsbehörde werden will, nicht

¹⁾ *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 27. März 1925. Botschaft vom gleichen Tag zum Beschlussentwurf betreffend Aufzählung der Kompetenzen des Verwaltungsgerichts.* Veröffentlicht im *Bundesblatt* vom 6. Mai 1925. Dazu die eingehende Besprechung von Dr. O. Hungerbühler im *Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung* 1925, Nr. 9–13, auch separat erschienen.

eingreifen; es hat die Hände zu lassen von einem Gebiet, in dem Erwägungen der Zweckmäßigkeit maßgebend sein sollen und allein maßgebend sein können. Der vom Gericht vorzunehmenden juristischen Prüfung unterliegt nur die Frage, ob die Verwaltungsbehörde gesetzmäßig handelte, insbesondere, ob sie die ihr gelassene Bewegungsfreiheit nicht überschritt oder missbrauchte. Die Grenze zu ziehen zwischen der Sphäre des Rechts und dem Bereich des *freien Ermessens* ist naturgemäß Sache des Gesetzes. Die Ziehung der Grenze im allgemeinen und ihre Feststellung im einzelnen Falle bietet gewisse Schwierigkeiten. Es sind das aber Schwierigkeiten, die jeder Verwaltungsgerichtsbarkeit inhärent sind. Es ist nur natürlich, dass wir ihnen auch im bundesrätlichen Entwurf begegnen.

Aber neben dieser unvermeidlichen Schwierigkeit schafft der Entwurf dadurch noch weitere Komplikationen, dass er die Grenze zwischen der endgültigen Entscheidungskompetenz der Administrativbehörden und dem Überprüfungsrecht des Verwaltungsgerichts nicht mit der Scheidelinie von freiem Ermessen und Gesetz zusammenfallen lässt, sondern dass er auch noch zahlreiche Fälle, welche der juristischen Beurteilung zugänglich wären, in letzter Instanz in die Hände der politischen Behörden legt. Wie es bisher war, so soll es zum Teil noch weiter bleiben: gewisse Rechtsfragen sollen endgültig durch die Verwaltungsbehörden entschieden werden, also durch Behörden, die nach ihrer Ausbildung, ihrer Wahlart, ihrer geistigen Einstellung in erster Linie nach politischen Motiven zu handeln berufen und befähigt sind. Diese Fragen sollen dem Gericht entzogen werden, das infolge seiner ordentlichen Tätigkeit, seiner Unabhängigkeit und ganz besonders dank seines Verfahrens und seiner kollegialen Organisation zur Entscheidung von Rechtsfragen prädestiniert ist. Für den Bürger, der sich beschweren will, ist der Unterschied der: beurteilt zu werden durch eine Verwaltungsbehörde, die selbst Partei ist oder durch ein Gericht, das Gewähr bietet für unbedingte Unparteilichkeit und Objektivität.

Diese Zurückdrängung der «Jurisprudenz» gegenüber der «Politik» geschieht nach dem Gesetzesentwurf durch zwei Mittel: Umschreibung der Kompetenzen des Verwaltungsgerichts nach der Enumerationsmethode und Ausschließung der Weiterziehbarkeit der bundesrätlichen Entscheide an das Verwaltungsgericht. Beide Beschränkungen sollten fallen.

Die Enumerationsmethode sollte der Generalklausel Platz machen. Nach der ersten Methode werden die Streitpunkte, über die das Gericht urteilen soll, einzeln aufgezählt. Die Generalklausel hingegen umschreibt seine Zuständigkeit mit einer allgemeinen Formel (Beschwerden «wegen Verletzung eidgenössischen öffentlichen Rechts»), wobei trotzdem gewisse Streitpunkte ausgenommen werden können (wie – abgesehen vom freien Ermessen und den andern Gerichten zugewiesenen Streitigkeiten – insbesondere militärische Verfügungen, Anordnungen zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, auswärtige Angelegenheiten). Es wäre ein Irrtum, zu glauben, die beiden Methoden führten zum gleichen Resultat; tatsächlich umfasst die Generalklausel, welche die Ausnahmen von der gerichtlichen Kompetenz limitiert, viel mehr als die Enumeration, die eben nur deshalb gewählt wird, um die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nicht zu stark ausdehnen zu müssen.

Es sei nicht näher ausgeführt, zu welcher komplizierter Regelung die Enumeration führt, und wie bei Erlass jedes neuen Verwaltungsgesetzes der Kompetenzliste des Verwaltungsgerichts ein neues Stück angehängt werden muss. Doch sei versucht, einigen Bedenken, die in der Botschaft gegen die Generalklausel vorgebracht werden, entgegenzutreten.

Im Gutachten des Bundesgerichts vom 5. Juni 1918, dem der Bundesrat im wesentlichen zustimmt, wird gesagt, es sei der verwaltungsgerichtliche Schutz da zu gewähren, wo die Tätigkeit der Verwaltung Interessen oder Rechte Dritter verletzt oder bedroht, die wegen ihrer Wichtigkeit im Einzelfall oder wegen der Häufigkeit von Kollisionen einen besonderen Schutz verdienen, und wo die Natur der Sache eine Nachprüfung in einem kontradiktorischen Verfahren gestatte. Aber diesen Schutz kann die Enumeration nicht mit Sicherheit gewähren, denn es kommt vor, dass sich unter ihrer Herrschaft das Verwaltungsgericht bei schwersten Gesetzesverletzungen als unzuständig erklären muss, weil solche Streitsachen nicht vorausgesehen und daher nicht in den Zuständigkeitskatalog aufgenommen wurden. Zudem sollte bei der Umschreibung der verwaltungsgerichtlichen Kompetenzen überhaupt nicht zu viel Gewicht auf die Schutzwürdigkeit der verletzten Interessen gelegt werden. Wohl ist der Schutz des Einzelnen der Ausgangspunkt aller Verwaltungsgerichtsbarkeit. Aber die Bedeutung der richterlichen Entscheide reicht doch weit über den konkreten Fall hinaus. Durch die Praxis des Verwaltungsgerichts soll das *gesamte Verwaltungsrecht eine klare systematische Durchbildung erfahren*, die leitenden Rechtsgedanken sollen deutlich entwickelt, die Lücken der Gesetze ausgefüllt, die zahlreichen Unklarheiten beseitigt werden. Der Richter hat die Aufgabe, wichtige Stücke des öffentlichen Rechts, die der Gesetzgeber nur im Rohbau hingestellt hat, durchzubilden und auszubauen und gewisse fundamentale Grundsätze, die der Arbeit des Gesetzgebers unausgesprochen zugrunde liegen, zum Bewusstsein und damit zur Geltung zu bringen. Das kann er nicht, wenn seine Bewegungsfreiheit von vorneherein in Fesseln geschlagen ist, sondern nur dann, wenn er grundsätzlich jede Frage des *Verwaltungsrechts* überprüfen kann.

Gegen die Anwendung der Generalklausel wird das Argument vorgebracht, das Gericht hätte dann nicht nur über Rechtsfragen zu erkennen, sondern auch über Angelegenheiten, die nach *technischen* Gesichtspunkten zu beurteilen seien (z. B. Anstände wegen Anschlüssen unter Eisenbahngesellschaften), ferner über solche, die « *spezifische Verwaltungssachen* » seien (Prüfungswesen an der Eidgenössischen Technischen Hochschule usw.), und endlich über *Verwaltungssachen internationalen Charakters*. Aber dieses Argument ist nicht stichhaltig, denn die meisten der von der Botschaft angeführten Angelegenheiten werden auch durch die Generalklausel nicht der gerichtlichen Kontrolle unterstellt, und zwar deshalb nicht, weil sie sich *überhaupt nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten beurteilen lassen* (außer wegen Willkür). Dort wo das Recht aufhört, findet notwendig auch die Kompetenz des Verwaltungsrichters ihre Schranke. Das sind Fragen des freien Ermessens, wobei unter freiem Ermessen nicht Willkür und Laune zu verstehen ist, sondern pflichtgemäßes Ermessen. Zwar ist es theoretisch möglich, solche Fragen dadurch dem freien Ermessen zu entziehen, dass

der Gesetzgeber die Regeln normiert, nach denen sie zu entscheiden sind. Ob er das tun will oder nicht, steht ganz in seinem Gutfinden. Solange er aber der Verwaltung freie Hand lässt, hat das Verwaltungsgericht nichts zu schaffen. Und wenn er es für erforderlich findet, genauere Vorschriften aufzustellen, weshalb soll dann nicht ein unparteiisch urteilendes Organ über ihre Innehaltung befinden?

Ein weiterer Grund gegen die Generalklausel sei der, dass unter ihr (im Gegensatz zur Enumerationsmethode) das freie Ermessen maßgebend sei für die Abgrenzung der Zuständigkeit von Bundesrat und Verwaltungsgericht. Das freie Ermessen aber sei ein Begriff, « der an Unbestimmtheit und Verschwommenheit nichts zu wünschen übrig lässt ».

Aus dieser Argumentation, wie aus den oben angegebenen Bedenken gegen die Generalklausel spricht eine Auffassung, die etwas sehr Wesentliches übersieht: *dass es Sache des Verwaltungsgerichts sein wird, unter der Generalklausel eine vernünftige Schranke seiner Kompetenz gegenüber der abschließenden Kompetenz der Administrativbehörden selbst zu finden.* Diese Selbstbeschränkung, die auf einer vernünftigen Auslegung des Begriffes « freies Ermessen » beruht, darf dem Verwaltungsgericht, das ja nichts anderes sein soll als die bisherige staatsrechtliche (in Zukunft staats- und verwaltungsrechtliche) Abteilung des Bundesgerichts, ohne weiteres zugetraut werden. Schon bisher hat das Bundesgericht in ähnlichen Situationen eine weise Zurückhaltung geübt. Wenige Beispiele mögen das belegen. Bei Anwendung kantonalen Verfassungsrechts lässt es den obersten kantonalen Behörden einen angemessenen (oft sehr weiten) Spielraum. Ganz ähnlich ließe es den Verwaltungsbehörden bei der Auslegung des eidgenössischen öffentlichen Rechts die nötige Ellbogenfreiheit. Äußerst zurückhaltend ist das Bundesgericht ferner bei Aufhebung kantonalen Verfügungen wegen Willkür (Bundesverfassung Art. 4); seine Praxis in dieser Hinsicht dürfte ein Vorbild abgeben für die Behandlung verwaltungsrechtlicher Beschwerden wegen Missbrauchs des freien Ermessens. Wer nur die Gesetzestexte liest, wird von diesen Schranken der bundesgerichtlichen Kognition nichts merken; es sind dies eben Schranken, welche das Bundesgericht, in vernünftiger Anwendung der Gesetze, *sich selbst* durch seine Praxis gesetzt hat. Weshalb sollte es als Verwaltungsgericht nicht die gleiche Selbstbeherrschung üben? Was schließlich die Abgrenzung der Zuständigkeit von Bundesrat und Bundesgericht zur Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden anbetrifft, so hat auch hier die Praxis zweckmäßige Lösungen gefunden, die sich aus dem Wortlaut der Gesetze nicht ohne weiteres ergaben. So werden zum Beispiel Beschwerden über Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht dann vom Bundesrat beurteilt, wenn sie auf Verletzung von Bundesgesetzen *polizeilichen Inhalts* gestützt werden¹⁾ (ist dieser Begriff etwa klarer als der Begriff « freies Ermessen »?).

Überhaupt muss derjenige, der die staatsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts studiert, zur Überzeugung gelangen, dass in diesem Gebiete die

¹⁾ *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.* Band 42, I, S. 175 und dortige Zitate.

Leistungen des Richters oft bedeutender sind als die Leistungen des Gesetzgebers. Dem Gericht darf also zum mindesten ebenso viel Vertrauen entgegengebracht werden wie dem Parlament. Es wäre daher unrichtig, durch eine allzu detaillierte Gesetzgebung den Richter zum bloßen Handlanger des Gesetzgebers zu machen. Vielmehr kann der Richter nur dann schöpferisch wirken, wenn die Gesetze, die er anzuwenden hat, weit gefasst sind. Man darf unbedenklich sagen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts um so bedeutender ist, je allgemeiner die Norm formuliert wurde, die es auszulegen hat. So bezieht sich seine fruchtbarste und interessanteste Spruchpraxis auf die Art. 4 und 46 der Bundesverfassung, die so allgemeine Grundsätze wie die Rechtsgleichheit und das Verbot der Doppelbesteuerung aussprechen. Der Gesetzgeber vermochte das seit fünfzig Jahren von der Bundesverfassung postulierte Bundesgesetz gegen Doppelbesteuerung noch nicht zustande zu bringen, das Bundesgericht hingegen hat durch seine Rechtsprechung das Verbot verwirklicht. Gibt es ein schlagenderes Beispiel für die Überlegenheit der Gerichtspraxis gegenüber der Gesetzgebung in einem so heikeln Gebiet? Ist es schließlich zu verwundern, dass Probleme (wie diejenigen der Doppelbesteuerung), deren mögliche Tatbestände nie vollständig vorauszusehen sind, vom Gericht, das sich geschmeidig dem einzelnen Fall anpassen kann, besser entschieden werden können, als vom Gesetzgeber, der zum voraus eine Regelung treffen soll?

Bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit bietet die Abgrenzung der Ermessenssache von der Rechtssache ähnliche Schwierigkeiten. Der Gesetzgeber mühe sich nicht damit ab, er überlasse die Frage vertrauensvoll dem Entscheid des Gerichts, es wird gewiss eine praktische und vernünftige Lösung finden!

Der Begriff « freies Ermessen » sei zu verschwommen? Ich möchte den Mangel an Präzision geradezu begrüßen, denn er bietet dem Gericht die Möglichkeit, sein eigenes Licht leuchten zu lassen und eine zweckmäßige Regelung in Berücksichtigung des konkreten Falles zu treffen, statt sich hinter dem vielleicht verunglückten Wortlaut eines Gesetzes zu verschanzen. Wie gewinnen wir den Begriff « freies Ermessen »? Nicht dadurch, dass wir die Wortbedeutung von « frei » und von « Ermessen » festzustellen suchen. Auch nicht, indem wir glauben, es handle sich um einen durch Wissenschaft oder Gesetzgebung festgelegten Begriff in der Art wie « Vorsatz », « Fahrlässigkeit », « Kauf », « Miete » usw. Vielmehr handelt es sich um einen Begriff, der nicht aus sich selbst heraus zu interpretieren, sondern allein *als Funktion seines Zweckes* zu verstehen ist. Der Zweck aber ist die Abgrenzung der administrativen Zuständigkeit von der richterlichen. Wenn also im konkreten Streitfall gegen die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts die Einrede erhoben wird, es handle sich um eine Angelegenheit des freien Ermessens, so hat der Richter (sofern das positive Gesetz keine Lösung gibt) nicht zu prüfen, ob der abstrakte Begriff « freies Ermessen » gegeben sei (etwa wie der Strafrichter zu prüfen hat, ob die behauptete Unzurechnungsfähigkeit vorhanden sei), sondern er hat sich zu fragen: handelt es sich um eine Angelegenheit, die *ihrer Natur nach* endgültig von den Verwaltungsbehörden entschieden werden sollte? Der Richter wird also – soweit ihm die Gesetze die Freiheit lassen – den Entscheid treffen nach genauer Prüfung *der Natur der*

Streitsache, er wird bestrebt sein, eine möglichst *vernünftige* Lösung zu treffen. Je weniger er durch Gesetze gehemmt ist, desto leichter kann er das tun. Er vertritt den Gesetzgeber an einem Punkt, wo er dem Gesetzgeber notwendig überlegen ist.

Ein Blick auf das Ausland mag zum Beleg von zwei der hier vertretenen Thesen dienen: erstens dass die Gerichte, die über Verwaltungsmaßnahmen zu entscheiden haben, es verstehen, ihr Prüfungsrecht *durch Selbstbeschränkung* in einem vernünftigen Umfang zu halten, und zweitens, dass ihre Praxis um so bedeutender ist, je weniger sie durch Gesetze gebunden sind.

Frankreich hat in seinem Conseil d'Etat ein erstklassiges Verwaltungsgericht, das in einer mehr als hundertjährigen Tätigkeit eine ganz bedeutende Spruchpraxis entwickelt hat. Die Kompetenz dieses Verwaltungsgerichts ist viel stärker ausgedehnt, als sie bei uns selbst unter der Generalklausel wäre (es unterliegen ihr auch Ermessensfragen: « les actes les plus discretionnaires »). Trotzdem hat der Conseil d'Etat (nicht die Gesetzgebung) verstanden, in seiner Rechtsprechung eine Schranke zu ziehen gegenüber gewissen Maßnahmen, die in der endgültigen Zuständigkeit der Administrativbehörden liegen müssen: gegenüber den « actes de gouvernement ». Darunter fallen unter anderem Maßnahmen zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung (Erklärung des Belagerungszustandes) und « les actes concernant la sûreté extérieure et les rapports internationaux (actes diplomatiques) ». ¹⁾ Warum sollte eine ähnliche Selbstbeschränkung dem Bundesgericht, das von vornherein in engem Grenzen handeln wird, innerhalb dieser Grenzen nicht zugetraut werden dürfen?

Ähnliche Lehren ergeben sich aus einer Betrachtung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika. Diese beruht auf keiner gesetzlichen Vorschrift; sie ist ausschließlich durch die Gerichtspraxis eingeführt und ausschließlich durch die Gerichtspraxis in Schranken gehalten worden. Dort werden die der endgültigen Zuständigkeit von Legislative und Exekutive überlassenen Punkte als « political questions » bezeichnet. Dazu gehören z. B. Fragen des Kriegs- oder Friedenszustandes, der Gebietshoheit über ein bestimmtes Territorium, der Anerkennung fremder Regierungen, der Verbindlichkeit und des Hinfalls der Verbindlichkeit internationaler Verträge, ²⁾ ferner die Frage, ob die Konstitution eines Einzelstaates der von der Unionsverfassung geforderten « republican form » entspreche. Die Gerichte haben also sehr wohl gewusst, wo sie mit ihrer Kontrolle halt zu machen haben.

¹⁾ Denjenigen, die nicht zugeben wollen, dass die « actes de gouvernement » durch die verwaltungsgerichtliche Praxis umschrieben wurden, sondern sie mit Kunstgriffen aus den Gesetzen herausinterpretieren wollen, ruft Hauriou (*Précis de droit administratif*, 1914, S. 80) zu: « Est-il donc si difficile d'admettre que la jurisprudence aura un pouvoir propre, que sans doute elle sera tenue d'obéir aux dispositions formelles de la loi, mais qu'en l'absence de dispositions formelles elle s'inspirera directement de la nature des choses »? Ganz wie oben im Text!

²⁾ Darüber hat sich kürzlich das schweizerische Bundesgericht ausgesprochen (Bd. 49, I, S. 188); es hätte meines Erachtens mit gleich guten Argumenten im entgegengesetzten Sinn entscheiden können. In der amerikanischen Praxis ist die Frage offen, ob ein Gericht in einem Falle, der vom Entscheid über eine politische Frage abhängt, das Verfahren auszusetzen hat, bis die politischen Behörden jene Frage entschieden haben. Es ist kaum verpflichtet, wohl aber berechtigt dazu.

Wenn man ehemals dem Bundesgericht die staatsrechtlichen Kompetenzen nur zögernd in die Hand gab, so ließ sich das begreifen, weil in der Schweiz wenig Richter zu finden waren, die die nötige Vorbildung zum Entscheid öffentlich-rechtlicher Fragen besaßen. Heute ist das anders: die Ausübung der staatsrechtlichen Praxis durch unser oberstes Gericht befähigt es ohne weiteres auch zur Behandlung verwaltungsrechtlicher Beschwerden. Oder fürchtet man eine Überbürdung des Bundesgerichts? Seine Geschäftslast wird immer noch geringer bleiben, als diejenige der obersten Verwaltungsgerichte größerer Staaten; wenn die Geschäfte dort zu bewältigen sind, so wird sich auch bei uns ein Ausweg finden.

Man treffe daher von Anfang an eine ganze Lösung. Man wähle die Generalklausel und hemme nicht gleich zu Beginn die natürliche Entfaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die engen Bande der Enumeration.

* * *

Noch ein weiterer Punkt bleibt zu besprechen: nach dem vorliegenden Entwurf sollen *Entscheide des Bundesrates* in keinem Fall der Kognition des Verwaltungsgerichts unterliegen. Das ist bedauerlich, denn dadurch können gerade die wichtigsten und die grundsätzlichen Fragen dem Richter entzogen werden. Es ist auch unlogisch, die Verfügungen im Einzelfall der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, wo es doch unbestritten ist, dass bundesrätliche Anordnungen allgemeiner Art von den Gerichten, insbesondere vom Bundesgericht, auf ihre Gesetzmäßigkeit überprüft werden können. Aber was der bundesrätliche Entwurf vermeiden will, ist weniger die *Überprüfung* als die *Weiterziehung*. Denn er fürchtet, dass durch letztere seine Stellung als oberste Verwaltungsbehörde gefährdet wird. Die Überprüfung hingegen, wie sie schon bisher üblich war, geschieht in der Art, dass die Frage der Verbindlichkeit bundesrätlicher Erlasse als *Vorfrage* in einem Prozess anderer Art – in der Regel in einem Strafprozess – aufgeworfen wird. In solchen Prozessen erscheint der Bundesrat nicht als Partei. Man kann die Ansicht verstehen, wonach es etwas Stoßendes an sich hätte, wenn der Bundesrat vor dem Verwaltungsgericht Rede und Antwort stehen müsste. Aber auf der anderen Seite sollte aus bloßen Prestige Gründen nicht eine Lücke in das Rechtsschutzsystem gerissen werden. Es wäre daher zu untersuchen, ob sich nicht ein Weg finden ließe, um die Verfügungen, die der Bundesrat im einzelnen Fall trifft, in ähnlicher *indirekter* Weise zur gerichtlichen Überprüfung zu bringen, wie es jetzt schon mit seinen allgemeinen Erlassen geschieht.

* * *

Der bundesrätliche Entwurf sieht eine eigenartige Methode vor für die Umschreibung der Gegenstände, welche der Kognition des Verwaltungsgerichts unterliegen sollen. Zum Teil werden sie im Gesetz aufgezählt, zum Teil in einem besonderen Beschluss, zu dessen Erlass die Bundesversammlung durch das Gesetz ermächtigt wird (*Enumerationsbeschluss*). Für diese Lösung sprechen praktische Erwägungen, da ein Bundesversammlungsbeschluss leichter abzuändern ist als ein Bundesgesetz. Aber verschiedene Gründe sprechen dagegen.

Die Bundesverfassung schreibt vor, dass außer den Bundesgesetzen und gewissen Staatsverträgen die allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse (« *arrêts fédéraux d'une portée générale* ») dem fakultativen Referendum zu unterstellen sind. Es ist nicht leicht, zu sagen, was für Gegenstände in dieser Begriffsbestimmung der Bundesverfassung enthalten sind. Aber es dürfte kaum zu bezweifeln sein, dass darunter Vorschriften fallen, wie sie der Enumerationsbeschluss enthält, d. h. Vorschriften, die durch Verleihung oder Entziehung des gerichtlichen Schutzes in bestimmten Materien tief in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen. Schon deshalb dürfte m. E. das fakultative Referendum nicht ausgeschaltet werden. Dazu kommt, dass im übrigen die Kompetenz des Bundesgerichtes durch Gesetze normiert ist und sich die Frage erheben würde, wie sich das Bundesgericht zu verhalten hätte bei Widerspruch zwischen dem Enumerationsbeschluss und einem Gesetz. Nach allgemeiner Lehre würde letzteres vorgehen. Aber es ließe sich auch die Ansicht vertreten, dass der Enumerationsbeschluss – gerade weil er die Zuständigkeit des Bundesgerichtes umschreibt – für das Gericht ebenso verbindlich ist wie ein Gesetz. Das aber wäre der Anfang der Ausschließung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Bundesversammlungsbeschlüssen überhaupt: eine durchaus unannehmbare Konsequenz einer auf Verbesserung des Rechtsschutzes abzielenden Reform. – Vor allem aber hätte die leichte Abänderlichkeit des Beschlusses auch Schattenseiten. Es wäre der Bundesversammlung die Möglichkeit geboten, in konkreten Streitfällen, die politisch unbequem zu werden drohen, durch rasche Abänderung des Enumerationsbeschlusses die Beschwerdemöglichkeit an das Verwaltungsgericht abzuschneiden. (Einen Präzedenzfall dieser Art schuf zum Beispiel der amerikanische Kongress durch ein Gesetz vom Jahre 1868, durch welches dem obersten Gerichtshof die Kompetenz zur Beurteilung eines bereits bei ihm anhängigen Falles entzogen wurde.) Die Bundesversammlung hätte weiter die Möglichkeit, einen in ihrer abschließenden Zuständigkeit liegenden Beschluss *authentisch zu interpretieren*. Das ist vielleicht noch gefährlicher als die Abänderung, da die authentische Interpretation ihrem Begriffe nach rückwirkend ist und sich deshalb noch besser eignet, einen hängigen Streit nach dem Gutfinden des Parlamentes zu beeinflussen. Beispiele für solchen Missbrauch liegen nicht fern. Im Jahre 1914 fasste der aargauische Große Rat einen Beschluss, wodurch die von ihm erlassene Wasserzinsverordnung im Sinne des regierungsrätlichen Standpunktes authentisch interpretiert wurde, nachdem der Sinn der Verordnung zwischen dem Regierungsrat und der A.-G. Kraftwerk Laufenburg schon streitig geworden war!¹⁾ Und der Bundesrat hat während des Krieges eine authentische Interpretation seiner Kriegsverordnungen erlassen, die materiell eine Abänderung mit rückwirkender Kraft war: ein gesetzgebungspolitisch nicht einwandfreies Vorgehen.²⁾ Man bringe die Bundesversammlung nicht in Versuchung, ähnlich zu handeln und zähle daher die Kompetenzen des Verwaltungsgerichtes im *Gesetze selbst* auf.

Die beste Lösung aber wäre die Aufnahme der Generalklausel ins Gesetz; damit würde der Enumerationsbeschluss von selbst hinfällig.

DIETRICH SCHINDLER

¹⁾ *Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts* Bd. 41, I, S. 11.

²⁾ *Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts* Bd. 44, I, S. 87.