

# **NEUERE SCHWEIZERISCHE VERFASSUNGSGESCHICHTE**

Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen  
seit 1848

Von Alfred Kölz  
Professor an der Universität Zürich



**Stämpfli Verlag AG Bern • 2004**

## 19. KAPITEL:

### ENTWICKLUNG DER

### VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IM BUND<sup>1</sup>

#### 1. Ablehnung einer «aristokratischen» Justiz

«Wenn bei uns irgend ein Grundsatz feststeht, so ist es der, dass die Gerichte sich nur mit der Civil- und Strafrechtspflege, nie aber mit Frage des öffentlichen und des Staatsrechts zu befassen haben, welch letztere letztinstanz-

<sup>1</sup> *Quellen:* VOGT GUSTAV, Ein eidgenössischer Verwaltungsgerichtshof, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1893, S. 494 ff.; VOGT GUSTAV, Die Einsetzung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1897, S. 821 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes, Bundesblatt 1911 V, S. 322 ff.; Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1912, Ständerat, S. 49 ff.; Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1914, Nationalrat, S. 127 ff., 439 ff., Ständerat, S. 173 ff.; Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1915, Nationalrat, S. 47 ff., 110 ff., Ständerat, S. 1 ff., 14 ff., 57; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Zollgesetzes, Bundesblatt 1924 I, S. 21 ff.; Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1924, Ständerat, S. 99 ff.; Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1925, Nationalrat, S. 111 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege sowie über den Beschlussesentwurf betreffend Auszählung der Kompetenzen des Verwaltungsgerichtes, Bundesblatt 1925 II, S. 181 ff., 301 ff.

*Literatur:* BIRCHMEIER WILHELM, Bundesrechtspflege, Zürich 1950; BRAND ERNST, Eidgenössische Gerichtsbarkeit, Band III, Bern 1962; BURCKHARDT WALTHER, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1931, S. 255 ff.; BURCKHARDT WALTHER, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Auflage, Zürich 1944; GODECHOT JACQUES, Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire (1985); GYGI FRITZ, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983; IMBODEN MAX, Erfahrungen auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen und im Bund, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1947, S. 1a ff.; KIRCHHOFER EMIL, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1930, S. 1 ff.; KÖLZ ALFRED, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978 (2. Auflage Zürich 1999); KÖLZ ALFRED, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und das subjektive öffentliche Recht, *Mélanges André Grisel*, Neuenburg 1983, S. 739 ff.; KÖLZ ALFRED, Die Vertretung des öffentlichen Interesses, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1985, S. 50 ff.; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998; SALADIN PETER, Die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1966, S. 41 ff., 65 ff.

lich nur den Regierungen und gesetzgebenden Körpern zustehen.»<sup>2</sup> Dieser vom Winterthurer Demokraten Johann Jakob Sulzer anlässlich der Auseinandersetzungen um die Schaffung eines ständigen Bundesgerichtes gemachte Aussage zur öffentlichrechtlichen Justizpflege ist in mehrfacher Hinsicht aufschlussreich: Sie zeigt die während der Französischen Revolution feststellbare Abneigung des bürgerlichen Dritten Standes gegen Justizmacht allgemein und die Ablehnung öffentlichrechtlicher Justizmacht im Speziellen. Die Justiz war den französischen Revolutionstheoretikern der Inbegriff des freiheitsbeschränkenden, feudalen Systems und insbesondere der Königsherrschaft. Im Zivil- und Strafrecht war die Justiz zwar auch nach Meinung der Neuerer unverzichtbar; man unterstellte sie jedoch, aus demokratischen und freiheitlichen Gründen, dem neu einzurichtenden Kassationsgericht, das die strikte Bindung der gesamten Justiz an die von der Volksvertretung erlassenen Gesetze gewährleisten sollte. In gewissen Fällen entschied die Volksvertretung sogar selber Kassationsbeschwerden!<sup>3</sup> Die Richter der ordentlichen Zivil- und Strafgerichtsbarkeit liess man durch das Volk wählen. Die Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten war in Frankreich seit der Revolution eine gehütete Domäne der Regierung. Der von der Justiz völlig unabhängige Conseil d'Etat, das Konsultativorgan der Regierung, wurde von dieser jedoch immer häufiger damit beauftragt, zu Verwaltungsstreitigkeiten Stellung zu nehmen, bis ihm mit Gesetz vom 24. Mai 1872 die «souveräne» Urteilsgewalt übertragen wurde.<sup>4</sup>

Auch in der Schweiz waren Volksvertretung und Regierung für die sich ab 1830 etablierenden Bürgerlichen die einzigen legitimen Organe der Interpretation von öffentlichem Recht in Streitfällen. Auch hier hatte die Justiz den negativen Geruch des Aristokratischen, vor allem in den ehemaligen Städteorten. Die Reste der in den neuen Kantonen in der Mediationszeit eingeführten Verwaltungsgerichte wurden beseitigt.<sup>5</sup> Einzig die in vielen Kantonen bestehende Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte für die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Privaten und dem Staat blieb meistenorts erhalten. Dieser Teilbereich einer öffentlichrechtlichen Gerichtsbarkeit war auf Grund der in den deutschen Staaten entwickelten sogenannten *Fiskustheorie* entstanden: Die vermögensrechtliche Seite des Subjektes «Staat» stuft man fiktiv als privatrechtlich ein, wodurch die Begründung der Zuständigkeit der Zivilgerichte für gewisse Abgabe-, aber auch Enteignungsstreitigkeiten möglich wurde. Bis zum Ersten Weltkrieg erfolgte in den Kantonen also ein Abbau von noch bestehenden Einrichtungen der öffentlichrechtlichen Gerichtsbarkeit – je stärker die je-

<sup>2</sup> Verhandlungen des Ständerates vom 19. Februar 1872.

<sup>3</sup> GODECHOT JACQUES, *Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire* (1985), S. 153 f.

<sup>4</sup> GODECHOT JACQUES, *Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire* (1985), S. 559 ff., 580 ff.

<sup>5</sup> *Band I* S. 147.

weilige Demokratische Bewegung gewesen war, desto radikaler wurde dieser Abbau.<sup>6</sup> Man war der Auffassung, die direkte Volkswahl aller Behörden bilde eine genügende Garantie für die Gesetzmässigkeit ihrer Entscheidungen. Im 1848 gegründeten Bund existierten natürlich keine Justizeinrichtungen. Man war dort zwischen 1848 und 1874 aus denselben Gründen wie in Frankreich und in den Kantonen gegen die Übertragung von Entscheidbefugnissen an das Bundesgericht eingestellt; hinzu kam noch, dass der revolutionäre Radikalismus die Entwicklung und den Ausbau der demokratischen und freiheitlichen Institutionen in den – konservativen – Kantonen durch die Bundesversammlung besser gewahrt sah als durch das Bundesgericht. Vorsichtig, mit den Gesetzesänderungen von 1897 und 1911, erweiterte man dann sukzessive die Zuständigkeit des Bundesgerichtes bei der Verfassungsrechtsprechung.

## 2. Erste Reformbemühungen

Gegen Ende des 19. Jahrhundert setzte indessen – unter dem Eindruck der zunehmend mächtiger werdenden Bundesverwaltung und der Überlastung des Bundesrates – bereits eine Gegenbewegung ein. Der Anstoss hierzu ging nicht von der praktischen Politik, sondern von der Rechtslehre aus, so namentlich von den beiden Staatsrechtlern Gustav Vogt und Fritz Fleiner. Vogt hielt 1893 vor dem bernischen und 1897 vor dem schweizerischen Juristenverein Referate über die Frage der Einsetzung eines «eidgenössischen Verwaltungsgeschichtshofes». In einer Resolution ersuchte er darauf den Bundesrat, dass «eine Vorlage gemacht werde behufs Schaffung eines eigenen Organs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit». Der von Vogt verwendete Ausdruck «Hof» zeigte bereits das monarchische, das heisst das deutsche Modell seines Vorschlages auf. Dass Vogt von der süddeutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit ausging, zeigt auch sein Vorschlag, denjenigen als zur Beschwerde an das Verwaltungsgericht legitimiert anzusehen, welcher in «seinen Rechten verletzt zu sein behauptet».<sup>7</sup> Die süddeutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit war nämlich von der Lehre der «subjektiven öffentlichen Rechte» geprägt, von welcher dann auch Fritz Fleiner und die Bundesgesetzgebung ausgingen. Das zentrale Argument Vogts für die Notwendigkeit der Schaffung eines von der Verwaltung unabhängigen Verwaltungsgerichtes lautete: «Als oberste Regierungs- und Verwaltungsbehörde verfügt, befiehlt, verbietet der Bundesrat, und als Verwaltungsrichter urteilt er über die Beschwerden, die gegen diese Anordnungen erhoben wurden. Man kann schon von Glück sagen, wenn man mit einer solchen Beschwerde durchdringt: es kommt selten vor.»<sup>8</sup> Der welsche Korreferent sprach vom Bundesrat als «ju-

<sup>6</sup> *Band I* S. 362 f.

<sup>7</sup> VOGT GUSTAV, Die Einsetzung eines eidgenössischen Verwaltungsgeschichtshofes (1897), S. 821, 827.

<sup>8</sup> VOGT GUSTAV, Ein eidgenössischer Verwaltungsgeschichtshof (1893), S. 498.

ge et partie». Fritz Fleiner, welcher die Bestrebungen Vogts weiterführte, ging von denselben deutschen Vorbildern aus; auf Grund eines von ihm ausgearbeiteten Entwurfes schuf der Kanton Basel-Stadt 1905 als erster Kanton eine nennenswerte Verwaltungsgerichtsbarkeit, ausgeübt durch das dortige Appellationsgericht. Im Bund wurde der Druck für die Schaffung einer verwaltungsunabhängigen Verwaltungsjustiz einerseits durch die wachsende Zahl von Konflikten aus der Anwendung der Bundesgesetze, insbesondere des Zollgesetzes, andererseits durch das Bedürfnis der immer zahlreicher werdenden Bundesbeamten nach besserem Rechtsschutz gegen Disziplinar massnahmen durch den Bundesrat verstärkt. Es kam im Bund nicht in Frage, gemäss der in den Kantonen verwendeten «Fiskustheorie» wenigstens die vermögensrechtlichen Streitigkeiten dem Bundesgericht zur Entscheidung zu übertragen, denn dieses war in Zivilsachen reines Berufungs- und Kassationsgericht gegen kantonale Urteile. Man wollte die zu schaffende Verwaltungsgerichtsbarkeit auch nicht mit der 1897 und 1911 ausgeweiteten Staatsrechtspflege durch das Bundesgericht verbinden, denn die staatsrechtliche Beschwerde richtete sich allein gegen kantonale Entscheidungen wegen behaupteter Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Vorliegend ging es um die Gewährleistung von Rechtsschutz gegenüber der Bundesverwaltung; Beschwerdegrund war jeweils die behauptete Verletzung von Bundesgesetzen. Ein exemplarischer Fall eines hart disziplinierten Telegrafbeamten sorgte unter zusätzlichem Druck parlamentarischer Verstösse für die Beschleunigung der Angelegenheit.<sup>9</sup>

Eine wesentliche Rolle für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit spielte auch die zunehmende Überlastung des Bundesrates durch die Behandlung der administrativen Rekurse. Im Frühjahr 1907 reichte Fritz Fleiner einen bei ihm in Auftrag gegebenen Entwurf ein, dem der Bundesrat mit einiger Verzögerung 1911 im Wesentlichen folgte. – Es sollte ein vom Bundesgericht gesondertes eidgenössisches Verwaltungsgericht geschaffen werden. Dafür musste jedoch die Bundesverfassung geändert werden, denn ein solches Gericht war dort nicht vorgesehen. Eine Verfassungsänderung war auch deshalb nötig, weil man «verhüten» wollte, dass Entscheide des Bundesrates beim Verwaltungsgericht angefochten werden könnten und dadurch dessen «Stellung und Autorität als oberste Landesbehörde geschwächt werden könnte».<sup>10</sup> Zu diesem Zwecke musste man den Bundesrat von den entsprechenden Geschäften entlasten, dafür sorgen, dass der «administrative Kleinkram nach unten abgestossen wird», wie der autoritärer werdende Bundesrat schrieb.<sup>11</sup> Um dies zu erreichen, fügte man in die Bundesverfassung den Satz ein, es könnten «bestimmte Ge-

<sup>9</sup> Bundesblatt 1911 V, S. 325.

<sup>10</sup> Bundesblatt 1911 V, S. 334 f.

<sup>11</sup> Bundesblatt 1922 V, S. 335.

schäfte den Departementen oder ihnen untergeordneten Amtsstellen unter Vorbehalt des Beschwerderechts zur Erledigung überwiesen werden».<sup>12</sup>

Weil, wie gesagt, die öffentlichrechtliche Gerichtsbarkeit vor dem Ersten Weltkrieg in der Schweiz keine Tradition hatte und weitgehend Neuland bedeutete, waren viele Widerstände zu überwinden, wie allein die auf die Expertise Fritz Fleiners gestützte Botschaft des Bundesrates zeigt. Im Grundsätzlichen sprachen zwar viele Gründe für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit: «Das dunkle Gefühl ist ein weitverbreitetes, der einzelne finde nirgends eine unparteiische Beurteilung seiner Beschwerden gegen die eidgenössische Verwaltung, diese sei Richter in eigener Sache ... das von ihr beobachtete Verfahren sei ganz in ihr Belieben gestellt, wahre den Grundsatz der Gleichstellung beider Parteien nicht und lasse den Privaten in der Verteidigung seiner Rechte gegen die Verwaltung nicht aufkommen», schrieb der Bundesrat mit den Formulierungen Fleiners. Das Vorhaben des Bundesrates stiess beim Grossteil der damals über 50 000 Bundesbeamten in Bezug auf den besseren Rechtsschutz gegen Disziplinar massnahmen auf Zustimmung. Die höheren Beamten brachten jedoch aus Furcht vor stärkerer Kontrolle und Verzögerungen von Verwaltungsabläufen der Idee einer unabhängigen Verwaltungskontrolle grosse Skepsis entgegen. Fleiner war demgegenüber der Meinung, die Institution Verwaltungsgerichtsbarkeit schütze die Verwaltungsbehörden in der Durchführung des Verwaltungsrechts und gegen den Vorwurf bürokratischer und willkürlicher Behandlung der Geschäfte. Ein Zentralproblem war die Umschreibung der Zuständigkeit eines künftigen Verwaltungsgerichtes. Der Bundesrat wollte diese auf Fälle begrenzen, die sich «zu richterlicher Prüfung eignen». Das führte später im Gesetz zu einer komplizierten Aufzählung von einzelnen Zuständigkeiten und Nichtzuständigkeiten, welche Fleiner mit dem System der «Generalklausel», der prinzipiellen Zuständigkeit, hatte vermeiden wollen. Doch die Zeit war damals in Anbetracht der grundsätzlichen Skepsis nicht reif für eine weitreichende Umschreibung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit. So war beispielsweise der Berner Staatsrechtler Walther Burckhardt prinzipiell gegen die unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit eingestellt, indem er aus rechtspositivistischer Sicht ganz grundsätzlich in Frage stellte, ob aus der Anwendung von Verwaltungsrecht überhaupt ein Rechtsstreit resultieren könne. Er verneinte dies, denn die Verwaltung habe nur «den Befehl des Gesetzes so zu vollziehen, wie er lautet».<sup>13</sup> Fleiner aber und, unter seinem Einfluss, der Bundesrat, vertraten eine damals wegweisende, methodisch viel offenere Position: «Die Tätigkeit des Richters ist nicht beschränkt auf die Rechtsanwendung, ihm fällt in einem gewissen Umfange auch die Rechtsschaffung zu; er ergänzt die Lücken der Ge-

<sup>12</sup> *Quellenbuch II* S. 206.

<sup>13</sup> BURCKHARDT WALTHER, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (1931), S. 255; BURCKHARDT WALTHER, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft* (1944), S. 77.

setzung, er entwickelt die in ihr schlummernden Keime, er weist der Rechtsentwicklung unter Umständen sogar neue Wege.» Und weiter, mit Blick auf Art. 1 des Zivilgesetzbuches für den Fall, dass dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden kann, «soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.» Auf diese Weise, so schliesst der Bundesrat – beziehungsweise Fleiner – werde «also ganz von selbst mit der Wissenschaft des Verwaltungsrechts Fühlung genommen und durch die wissenschaftliche Pflege desselben eine konsequente Ausgestaltung des Verwaltungsrechts nach einheitlichen Grundsätzen in die Wege geleitet».<sup>14</sup> Da Fleiner soeben sein wegweisendes Lehrbuch «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts» herausgegeben hatte, lag dieser Konnex zwischen dem neu zu schaffenden Verwaltungsgericht und der Wissenschaft nahe. Bei der ein halbes Jahr später, 1912, stattfindenden Beratung dieses Gegenstandes wurde im Ständerat von Eugène Richard<sup>15</sup> auf das Fehlen eines «systematischen, methodischen öffentlichen Rechts» in der Schweiz hingewiesen. Es bestünden hier nicht «wie anderswo eine Wissenschaft, ein Verwaltungsrecht». Unsere Nachbarn, so Richard weiter, hätten in dieser Hinsicht einen «wahren Luxus an Institutionen entwickelt» und besässen zahlreiche Gerichtsbarkeiten. «Il faut avouer que la Suisse, à cet égard, est en retard.» Zum Grundanliegen der Schaffung eines Verwaltungsgerichtes bemerkte Richard: «L'Etat, en effet, est devenu depuis un certain nombre d'années chez nous le plus redoutable et le plus puissant des patrons. Il est maintenant à la tête d'entreprises vitales, d'entreprises de premier ordre; il doit absolument être, lui aussi, limité par une juridiction ou un droit bien précis entre les particuliers et l'Etat. Or, aujourd'hui, chose singulière, il se trouve que l'Etat est à la fois juge et partie dans les causes qui l'intéressent.»<sup>16</sup>

### 3. Schaffung der Grundlagen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit

Fritz Fleiner hatte inzwischen einen zweiten vorläufigen Entwurf für ein Bundesgesetz über die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege verfasst. Weil er diesen infolge von Widerständen von vielen Seiten nicht nach dem System der Generalklausel ausgestalten konnte, ergab sich eine in der Bundesversammlung kritisierte Uneinheitlichkeit und Kompliziertheit des Entwurfes. Dieser

<sup>14</sup> Bundesblatt 1911 V, S. 336.

<sup>15</sup> RICHARD EUGÈNE, 1843–1925. Geboren in Genf als Sohn eines Uhrenfabrikanten. Studium der Rechtswissenschaft in Grenoble und Paris. 1870–1900 Tätigkeit als Anwalt. 1874–1910 mit Unterbrüchen Grossrat, 1886–1895 ordentlicher Professor an der Genfer Akademie, 1889–1900 Staatsrat. 1890–1893 Nationalrat, 1893–1914 Ständerat. Kämpfte im Bundesparlament gegen den Rückkauf der Eisenbahnen und die Errichtung einer Staatsbank durch den Bund. Vehementen Verfechter des Föderalismus und des Liberalismus.

<sup>16</sup> Verhandlungen des Ständerates vom 12. Juni 1912.

Entwurf sollte aber noch lange nicht in Kraft treten können, weil der Nationalrat den Verfassungsartikel erst 1914 behandelte und dieser deshalb erst im Juni desselben Jahres verabschiedet werden konnte – in beiden Räten ohne eine einzige Gegenstimme!<sup>17</sup> Die Volksabstimmung fand trotz des inzwischen ausgebrochenen Ersten Weltkrieges am 25. Oktober 1914 statt: 62,3 Prozent der Stimmenden und 18 Kantone nahmen die Vorlage an.<sup>18</sup> Damit war die Verfassungsgrundlage für eine eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffen. Der Krieg und spätere Differenzen zwischen dem Bundesrat und dem Gesetzesredaktor Fleiner verzögerten den Erlass des Gesetzes. Weil der Krieg länger als erwartet dauerte, musste 1915 eine Kriegsteuer zur Deckung der ausserordentlichen Ausgaben eingeführt werden. Offensichtlich war es nun bereits selbstverständlich, dass Streitigkeiten aus diesem Erlass nicht von den Kantonsregierungen und letztinstanzlich vom Bundesrat entschieden werden konnten. Ohne dies in der Botschaft zu erwähnen, sah der von der Bundesversammlung gutgeheissene Bundesbeschlussentwurf die Schaffung von obligatorischen kantonalen und einer eidgenössischen Kriegsteuer-Rekurskommission vor, deren Mitglieder von den Regierungen gewählt werden sollten.<sup>19</sup> – Unter dem Druck der Kriegsverhältnisse war damit die erste verwaltungsunabhängige Rechtsschutzeinrichtung geschaffen worden! Vielleicht half dabei die damals noch lebendige «Fiskustheorie», welche an die Beilegung von Streitigkeiten vermögensrechtlicher Art höhere rechtsstaatliche Anforderungen stellte als bei den übrigen Streitigkeiten.<sup>20</sup> Durch blossen – nicht referendumspflichtigen – Bundesbeschluss wurde ferner 1917 das Eidgenössische Versicherungsgericht in Luzern geschaffen. Dieses sollte vorerst für Streitigkeiten aus der Unfall- und Militärversicherung zuständig sein.<sup>21</sup>

Das Ringen um die Verwaltungsgerichtsbarkeit ging auch während des Krieges weiter. Ein von Fleiner verfasster dritter Entwurf von 1916 beruhte auf der «Generalklausel» der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit und wurde vom Bundesrat an eine Expertenkommission gewiesen. Daraus resultierten neue Vorschläge und Reaktionen, so dass der Zürcher Staatsrechtler einen vierten Entwurf erarbeitete – ebenfalls auf der Basis der «Generalklausel», jedoch mit gewichtigen Ausnahmen. Fleiner sah in diesem Entwurf jedoch noch eine Bestimmung vor, welche dem Bundesgericht als Staatsgerichtshof «Einsprachen von Bürgern betreffend die Gültigkeit eidgenössischer Wahlen und Abstimmungen über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse» und von «Anständen

<sup>17</sup> Verhandlungen des Nationalrates vom 23. März 1914; Verhandlungen des Ständerates vom 19. Juni 1914.

<sup>18</sup> *Quellenbuch II* S. 206.

<sup>19</sup> Bundesblatt 1915 I, S. 178 ff.

<sup>20</sup> VOGT GUSTAV, Die Einsetzung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtshofes (1897), S. 837.

<sup>21</sup> Bundesblatt 1915 IV, S. 245 ff.; Amtliche Sammlung des Bundesrechts 1917, S. 517 ff.

betreffend die Gültigkeit eines Volksbegehrens (Volksinitiative) oder einer Abstimmung über die Revision der Bundesverfassung, wenn ein Anstand von einer Abteilung der Bundesversammlung dem Bundesgericht zur Entscheidung überwiesen wird»,<sup>22</sup> zuwies. Doch derart kühne Vorschläge hatten keine Chance. Diskussionsbeherrschend war die beinahe zum Glaubenskrieg gewordene Frage «Generalklausel» oder «Enumerationsmethode». Der Bundesrat beschloss 1920 zur «Enumerationsmethode» zurückzukehren. Er versuchte zwar, den Unterschied der beiden Methoden herunterzuspielen, setzte sich jedoch unter dem Druck seiner Chefbeamten gleichzeitig vehement für die «Enumerationsmethode» ein, welche die Macht der Verwaltung weniger gefährdete. «Die Anhänger der Generalklausel, welche die Bundesverwaltung unter Vormundschaft stellen möchten» und glauben, «den richtigen Vormund im Verwaltungsgericht gefunden zu haben», seien nicht gerade zahlreich, schrieb der Bundesrat unter herabwürdigendem Hinweis auf einen Bericht der Basler Handelskammer, welcher im Kern wie folgt lautete: «Die Erfahrungen, die in den letzten zehn Jahren mit den eidgenössischen Verwaltungen aller Departemente gemacht worden sind, haben unverkennbar ein grosses Misstrauen in allen Kreisen von Handel und Industrie zurückgelassen. Die durch die Kriegsverhältnisse bedingte erhöhte Selbständigkeit einzelner Verwaltungschefs hat in viele Zweige der Verwaltung, auch in untergeordnete Stellen eine Selbstherrlichkeit hineingebracht, die dringend der Korrektur bedarf. Wir gestatten uns, dabei die Ansicht zu haben, dass diese Korrektur eben leider nicht von oben herab, d.h. aus der Verwaltung selber kommen kann, sondern dass sie von aussen her durch eine unbeteiligte Instanz ausgeübt werden muss... Ganz unangebracht wäre, aus unsern Ausführungen heraus zu lesen, dass wir die Autorität der Verwaltung untergraben wollen. Einer Verwaltung, die ihrer Verantwortung bewusst ist und dementsprechend handelt, kann ein Verwaltungsgericht auch nicht ein Jota ihres Ansehens abbrechen und eine Verwaltung, die dieses Verantwortungsgefühl nicht hat, muss durch das Verwaltungsgericht auf das ihr zukommende Mass beschränkt werden. Ist die Verwaltung gut, dann schadet ihr das Verwaltungsgericht nichts, ist sie schlecht, so hat sie das Verwaltungsgericht bitter nötig.»<sup>23</sup> Beinahe leidenschaftlich fuhr indes der Bundesrat in der Verteidigung der «Enumerationsmethode» fort und rief als Träger derselben Auffassung das Bundesgericht an, das die beträchtliche Mehrbelastung zu tragen gehabt hätte, ferner die Mehrzahl der Kantonsregierungen, die sich ebenfalls betroffen fühlten, sowie den in derartigen Fragen nicht gerade wegweisenden schweizerischen Bauern- und den Gewerbeverband!

Das Bundesgericht war deshalb als Verwaltungsbeschwerdeinstanz eingeschaltet worden, weil man entgegen der ursprünglichen Absicht die Idee eines selbständigen Verwaltungsgerichtes hatte fallen lassen; staats- und verwaltungs-

<sup>22</sup> Bundesblatt 1925 II, S. 307 f.

<sup>23</sup> Bundesblatt 1925 II, S. 191.

rechtliche Jurisdiktion seien «geschwisterliche Rechtspflegefunktionen», fand man nun. Erst 1925 – nach einem weiteren fünfjährigen Justizkulturkampf – veröffentlichte der Bundesrat seine zweite Vorlage.<sup>24</sup> Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes als Verwaltungsgericht wurde nun schwergewichtig für öffentliche Abgaben, Registersachen, Konzessionen und Bewilligungen sowie für Ordnungsbussen festgelegt.

Das schlussendlich von der Bundesversammlung erlassene Bundesgesetz über die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege trat – ohne Referendum – erst 1929 in Kraft. Der Zuständigkeitskatalog des Bundesgerichtes war unübersichtlich, unsystematisch und von punktuellen Einbrüchen geprägt. Die Forderungen Fritz Fleiners nach einer klaren und einfachen Regelung waren übergangen worden. Dies war möglich geworden wegen des fehlenden politischen Bodens für eine öffentlichrechtliche Gerichtsbarkeit sowie wegen des inhaltenden, interessenbedingten Widerstandes der Verwaltung, des Bundesrates und, am Rande, des Bundesgerichtes. Es sollte erst 1968, nach einer durch die «Mirage»-Affäre<sup>25</sup> bewirkten Schwächung der Autorität der Verwaltung möglich werden, die «Generalklausel» der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit einzuführen – dies jedoch mit zahlreichen unsystematischen und punktuellen Ausnahmen, bewirkt durch dieselben Kräfte wie in den zwanziger Jahren. In den Kantonen, welche vor oder nach dem Zweiten Weltkrieg die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit anstrebten, fanden vergleichbare Auseinandersetzungen statt. Im Kanton Zürich etwa sollte ein auf der Basis eines Fleinerschen Entwurfes ausgestaltetes Gesetz 1933 in der Volksabstimmung scheitern, obwohl Regierungs- und Kantonsrat die «Generalklausel» bereits aus dem Entwurf entfernt hatten.

1925, noch vor der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht, wurde eine Zollrekurskommission geschaffen, eine Art Spezialverwaltungsgericht für Streitigkeiten aus dem Zoll- und dem Zolllarifgesetz. Man kürzte, den «Anforderungen des modernen Rechtsstaates entsprechend», den verwaltungsinternen Rechtsweg ab und übertrug die letztinstanzliche Entscheidung einer neunköpfigen, vom Bundesrat gewählten Zollrekurskommission. Der Bundesrat konnte sich jedoch mit seinem Vorschlag durchsetzen, dass in dieser Rekurskommission ein Vertreter der Oberzolldirektion und einer der Handelsabteilung Einsitz nahmen.<sup>26</sup> Dies, obwohl im Nationalrat eingewendet worden war, auf der einen Seite entscheide die Oberzolldirektion und dann «erscheine die gleiche Oberzolldirektion wieder im Rekursfalle als Richter». Doch

<sup>24</sup> Bundesblatt 1925 II, S. 181 ff., 301 ff.

<sup>25</sup> Politische Vertrauenskrise, verursacht vom Eidgenössischen Militärdepartement im Zusammenhang mit der Beschaffung neuer Kampfflugzeuge, welche hohe Kostenüberschreitungen auslöste. Eine parlamentarische Untersuchungskommission stellte schwere Mängel in der Verwaltungstätigkeit fest.

<sup>26</sup> Bundesblatt 1924 I, S. 54 ff.

ohne Vertreter der Oberzolldirektion, fand man verwaltungshörig, «riskieren wir einen sehr verschleppenden Geschäftsgang in dieser Kommission», denn man müsste in jedem Fall die Oberzolldirektion um eine schriftliche Vernehmlassung angehen. «Da macht es sich doch viel besser und ist viel richtiger, wenn ein Vertreter der Oberzolldirektion gleich in der Rekurskommission sitzt.»<sup>27</sup> – Die Bundesverwaltung hatte deshalb noch Einfluss in der Rekursbehörde bewahren können, weil in jener Pionierzeit des rechtsstaatlichen Denkens in der Schweiz die Grundlagen eines Verwaltungsjustizverfahrens noch in der Luft hingen und die Trennung zwischen Verwaltungs- und Justizfunktion noch nicht klar herausgearbeitet war. Die Methode der Schaffung von Spezialrekurskommissionen sollte in der Folge Schule machen, so dass gegen Ende des 20. Jahrhunderts ein ganzer Strauss solcher unabhängiger, aber doch verwaltungsnaher Kommissionen existierte.

Fritz Fleiner und Gustav Vogt waren bei ihren Bestrebungen um die Einführung völlig verwaltungsunabhängiger Gerichte vom süddeutschen Modell des Schutzes der «subjektiven öffentlichen Rechte» der Bürger ausgegangen. Diese im öffentlichen Recht problematische Konstruktion führte dann zu einer engen Legitimationsumschreibung, welche nur denjenigen als beschwerdebefugt ansah, der «in seinen Rechten» verletzt zu sein behauptete. Sowohl das Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflegegesetz als auch das 1943 geschaffene Bundesrechtspflegegesetz gingen von solchen subjektiven öffentlichen Rechten aus. Dies sollte in der Folge zu erheblichen Rechsschutzproblemen, ja zu einer Schwächung der Stellung der Rechtsuchenden führen.

#### 4. Weitere Entwicklung

Erst die Revision von 1968 brachte eine bessere Legitimationsumschreibung, indem derjenige als legitimiert erklärt wurde, der durch eine Verfügung «berührt» ist und ein «schutzwürdiges Interesse» an ihrer Aufhebung hat.<sup>28</sup>

Mit der am 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommenen Justizreform ist schliesslich die Grundlage für ein eigenes Bundesverwaltungsgericht mit Sitz in St. Gallen geschaffen worden. Zudem müssen die Kantone ihrerseits für Streitigkeiten aus allen Rechtsbereichen richterliche Behörden bestellen. Das neue Bundesverwaltungsgericht soll nach der Gesetzesvorlage die rund 30 eidgenössischen Rekurskommissionen zusammenfassen, welche die richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichtes in der Bundesverwaltungsrechtspflege bilden oder als Gerichtsbehörden letztinstanzliche Entscheide fällen. Damit wird die von der Justizreform garantierte allgemeine Rechtswegga-

<sup>27</sup> Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1925, Nationalrat, S. 113.

<sup>28</sup> Art. 103 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943.

rantie für den gesamten Bereich des Bundesverwaltungsrecht verwirklicht. Das Bundesverwaltungsgericht soll 2007 seine Tätigkeit aufnehmen.