RENÉ A. RHINOW Dr. iur., Professor an der Universität Basel Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel

Sonderdruck aus Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel Festschrift für Kurt Eichenberger Verlag Helbing & Lichtenhahn Basel 1982

Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel

RENÉ A. RHINOW

I. Die Verwaltungsjustiz als Essentiale des Rechtsstaates

Es mag Zufall sein, daß der von Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau herausgegebene Sammelband mit ausgewählten Schriften von Kurt Eichen-BERGER 1 mit einem Vortrag über den Richterstaat und die schweizerische Demokratie 2 eingeleitet wird und mit einer Festansprache über die «Justiz im modernen Staat» 3 schließt. Der Jubilar hat sich nicht nur auf besonders vertiefte Weise mit Staatsaufbau, Staatsleitung und (Verfassungs-)Rechtssetzung im «Wandel» befaßt, sondern sich auch in verschiedenen Beiträgen mit grundlegenden Fragen der dritten Gewalt, der er selbst als aargauischer Oberrichter während vier Jahren angehört hat, auseinandergesetzt 4. In der Tat ist heute der Richter, und in ganz besonderem Ausmaß der Verfassungs- und Verwaltungsrichter, nicht mehr aus dem «rechtsstaatlichen Ganzen» der Staatsfunktionen wegzudenken. Zwar hat sich das politische wie das wissenschaftliche Interesse der Schweiz seit dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde 1968 – unter maßgeblicher Mitwirkung des Jubilars – auf Probleme und Reformen der ersten beiden Gewalten konzentriert: etwa auf die Suche nach Möglichkeiten, direktdemokratische Elemente im Sozialstaat Schweiz neu zu beleben oder veränderten Verständnisbestimmungen zuzuführen, auf die Herausbildung einer Rechtssetzungslehre, an deren Entwicklung Kurt Eichenberger in der Schweiz

¹ Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1980.

² Richterstaat und schweizerische Demokratie, erstmals publiziert in ZSR 82 I, 1963, S. 1-37.

³ Von der Justiz im modernen Staat, erstmals publiziert in Aargauisches Beamtenblatt 68, 1971, S. 3-11.

Vgl. neben den sub Anm. 1 und 2 zit. Aufsätzen vor allem die Habilitationsschrift: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, sowie den von Kurt Eichenberger verfaßten Landesbericht «Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz», in: Gerichtsschutz gegen die Exckutive, Länderberichte des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1969, Bd. 2, S. 943–987; vgl. ferner derselbe, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Aargau, Aargauisches Beamtenblatt 59, 1962, S. 113–125; derselbe, Die aargauische Verwaltungsgerichtsbarkeit im System der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Festschrift des Aargauischen Juristenvereins, Aarau 1969, S. 293–306 (nun ebenfalls enthalten in: Der Staat der Gegenwart, a. a. O. [zit. Anm. 1], S. 535 ff.).

wohl die führende Rolle beanspruchen dürfte⁵, auf Fragen der Verfassungsrevision in Bund und Kantonen sowie - eng damit verbunden - auf Funktionen und Reformen von Parlament, Regierung und Verwaltung. Um die Justiz ist es gleichsam still geworden in diesem Land, eine Feststellung, die allerdings in mehrfacher Hinsicht einer Relativierung bedarf: Einmal hat der von der Expertenkommission Furgler im Entwurf 1977 für eine neue Bundesverfassung vorgeschlagene Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund in bescheidenem Umfang Kritik hervorgerufen; offenbar wird in diesem Bereich die unausweichliche «Politiknähe» der Rechtsprechung (auch) als Gefahr für die demokratische Entscheidungsprärogative von Parlament und Volk empfunden und zum Anlaß genommen, über die Funktion des Richters zu reflektieren. Sodann dringt in zunehmendem Ausmaß die angesichts der stark anwachsenden Geschäftslast prekäre Lage des Bundesgerichts, namentlich der beiden öffentlichrechtlichen Abteilungen, ins Bewußtsein der Juristen und einer weiteren Öffentlichkeit. Schließlich schreitet der Prozeß der Einführung und des Ausbaus der unabhängigen Verwaltungsjustiz in den Kantonen beharrlich voran; während im Jahre 1969 erst 8 Kantone eine Verwaltungsgerichtsbarkeit aufwiesen, die diesen Namen verdient, sind es zur Zeit immerhin bereits 18. Trotzdem: die Verwaltungsjustiz jedenfalls wächst in einem Umfeld relativer Ruhe heran; von «Krisenerscheinungen», wie sie in Deutschland diagnostiziert worden sind6, ist nicht die Rede. Einmal eingerichtet, erfreut sie sich eines regen Zuspruchs der von der Verwaltung «berührten» Bürger und erregt erfreulicherweise – kaum mehr (grundsätzlichen!) Widerspruch auf der Seite der der Gerichtskontrolle unterworfenen Exekutivgewalt. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer spezifischen Ausprägung gehört heute zum «Gesamtsystem» der schweizerischen Rechtspflege; sie ist zu einem Essentiale des schweizerischen Rechtsstaates geworden 7.

5 Vgl. auch die wegleitenden Arbeiten namentlich von Walther Hug, Peter Noll, Thomas Fleiner und Georg Müller.

Hans-Jürgen Papier, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat,

Berlin/New York 1979, S. 7ff.

Anlaß zur sel Verwaltungs schweizerisch so offenbart s sen, die nach Beispiele mü

1. Einmal ist unter die just Verwaltungs stanz weiter Ablehnunger verschiedene juristisch-do Ausbau der 1 Rechtsfragen nach» der ge sich etwa bei die die Besc Unterstellun einer Genera für ein gutes

Die Zur anderer, meh aus, daß die gesetzliche H nicht der Orl Vorstellung Konformität Rechtsschutz

WALTHER BURCKHARDT vertrat 1931 noch die Auffassung, es habe keine dringende Notwendigkeit bestanden, 1929 auf Bundesebene die Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuführen. Diese könne zwar aufgrund rechtspolitischer Gerechtigkeitserwägungen, nicht aber «im Namen der allgemein gültigen Forderung des Rechtsstaates gefordert werden» (Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Eidgenossenschaft, wieder abgedruckt in: WALTHER BURCKHARDT, Aufsätze und Vorträge 1910-1938, Bern 1970, S. 236ff., 241, 257).

⁸ Die zahlreic Wissenschaf (zit. Anm. 4) Gegenwart,

Vgl. etwa A A. RHINOW. 139; BGE 1 Verwaltung

II. Einzelne Aspekte eines Lagebildes

n in nen

still

icht

im

fas-

ıbar

ich) Tolk

tie-

nden

cht-

ceit.

gen

st 8

sind

st in

sch-

t sie

gt –

der

keit

zeri-

ates

INER

staat.

gkeit

zwar

tigen

izeri-

träge

Anlaß zur selbstzufriedenen Kontemplation besteht indessen nicht. Die Ruhe um die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist eine trügerische, denn wenn der aktuelle Stand der schweizerischen Administrativjustiz etwas genauer unter die Lupe genommen wird, so offenbart sich eine ansehnliche Fülle von Problemstellungen und Ausbaubedürfnissen, die nach einer aufmerksamen Behandlung durch Wissenschaft und Politik rufen. Beispiele müssen genügen:

1. Einmal ist der Widerstand gegen die integrale Unterstellung der vollziehenden Gewalt unter die justizförmige Kontrolle immer noch beträchtlich. Die Vorstellung, daß alle Verwaltungsakte der Administrativbehörden an eine unabhängige Beschwerdeinstanz weitergezogen werden können, hat sich noch keineswegs durchgesetzt. Die Ablehnungen und Bedenken artikulieren sich in unterschiedlichen Formen und bei verschiedenen Gelegenheiten, teils mehr politisch-offen motiviert, teils mehr in juristisch-dogmatische Erwägungen gehüllt. So wird bei der Einführung oder beim Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit regelmäßig diskutiert, welche Gebiete oder Rechtsfragen sich für die Unterstellung eignen würden und welche sich «ihrer Natur nach» der gerichtlichen Überprüfung entzögen. Das Resultat solcher Debatten zeigt sich etwa bei der gesetzlichen Verankerung der sogenannten Enumerationsmethode, die die Beschwerdefälle einzeln aufzählt und somit auf die generalklauselartige Unterstellung aller Verwaltungsakte verzichtet, oder beim unechten Bekenntnis zu einer Generalklausel, die flugs mit vielen Ausnahmetatbeständen versehen und damit für ein gutes Stück wieder ausgehöhlt wird.

Die Zurückhaltung gegenüber der Verwaltungsjustiz kommt aber auch in anderer, mehr dogmatischer Hinsicht zum Ausdruck. Wir gehen immer noch davon aus, daß die Verwaltung – zumindest in einigen «Reservaten» – befugt sei, auch ohne gesetzliche Ermächtigung in den Formen des Privatrechts zu handeln⁹. Es kann hier nicht der Ort sein, diese historisch überlieferte, heute aber kaum mehr befriedigende Vorstellung näher unter die Lupe zu nehmen und auf ihr Staatsverständnis und ihre Konformität mit dem geltenden Recht zu untersuchen. Festzuhalten ist aber, daß das Rechtsschutzanliegen, das der alten Fiskus-Theorie und ihren schweizerischen

3 Die zahlreichen Ausnahmetatbestände in der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit sind in der Wissenschaft wiederholt kritisiert worden: vgl. etwa EICHENBERGER, Landesbericht Schweiz, a. a. O. (zit. Anm. 4), S. 948; Die aargauische Verwaltungsgerichtsbarkeit, a. a. O. (zit. Anm. 4) (Der Staat der Gegenwart, a. a. O [zit. Anm. 1], S. 546).

9 Vgl. etwa André Grisel, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 51 f.; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 2, 47, 139; BGE 103 Ib 332 ff. Kritisch Thomas Fleiner, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen

Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 43 f.

Ausläufern zugrundelag, im Rechtsstaat der unabhängigen Verwaltungsjustiz ohne die Konstruktion zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse erfüllt werden kann (und z. T. auch erfüllt worden ist). Zu beklagen ist aber nicht nur, daß Doktrin und Praxis diese Entwicklung noch nicht hinlänglich aufgearbeitet haben, sondern daß mit der Einräumung zivilrechtlicher Gestaltungsbefugnisse der Verwaltung auch die Kompetenz erteilt wird, über den Rechtsweg und damit die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ad hoc zu bestimmen. Die Wahl einer zivilistischen Handlungsform, etwa die privatrechtliche Anstellung anstelle einer Beamtung, schließt den öffentlichrechtlichen Rechtsschutz aus, auch – und dies ist besonders gravierend – für allfällig berührte Dritte, die anfechtungsberechtigt wären, ohne im zivilgerichtlichen Verfahren legitimiert zu sein.

Die beiden Beispiele – Ausklammerung zahlreicher Sachbereiche und Typen von Verwaltungsakten sowie aller zivilrechtlicher Handlungsformen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit – belegen stellvertretend die zurückhaltende Begeisterung, die der Administrativjustiz immer noch entgegengebracht wird. Die Gründe für diese harzige Entwicklung sind von Kurt Eichenberger – auch aus heutiger Sicht immer noch zutreffend – zusammengetragen worden: der «Glaube» an die Notwendigkeit und Effizienz verwaltungsinterner Kontrollvorgänge, die spezifisch demokratischen Bremsen und die föderativen Hindernisse 10. Man müßte vielleicht auch auf die immer noch vorhandenen «Widerstandsbewegungen» in den Exekutivorganen selbst hinweisen, die der Ausweitung der justiziellen Kontrolle im politisch-demokratischen Prozedere oft mit Skepsis begegnen.

2. Die verwaltungsgerichtliche *Praxis* selbst verhält sich jedoch erfreulicherweise bedeutend weniger zurückhaltend. Im Gegenteil läßt sich eher die Tendenz feststellen, den Anwendungsbereich der Administrativjustiz unter Ausschöpfung der gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten zugunsten des Bürgers auszudehnen. Einmal sind hier die Bemühungen anzuführen, den Begriff des (anfechtbaren) *Verwaltungsaktes* nicht eng, sondern im Interesse des Rechtsschutzes eher weit zu definieren. Ungeachtet der dogmatischen Elemente des Verfügungsbegriffs, die eine klare Abgrenzung einerseits zum vertraglichen Geschäft, andererseits zum Rechtssatz gewährleisten sollten, kennt die tägliche Praxis vielfältige Übergänge, «Zweifelsfälle», die – im Rahmen des Haltbaren – durchwegs zugunsten des beschwerdeführenden Bürgers entschieden werden. Auch wenn der These Fritz Gygis im Grundsatz zuzustimmen ist, daß die Verfügung im materiellen und verfahrensrechtlichen Sinn eine Einheit bildet 11, so

bleibt d Rechtss nicht w gungsb im Bere der Bur subjekt die Kan angeseh vom Be Beziehu beeinträ hätten i Verwalt und alle

Schl dender ab. Das überprü den «st: eindeuti erweiser Entwick griff vor bestände zunehme gungen Überprü handhab schreitur zipien u

ausschli

¹⁰ Landesbericht Schweiz, a.a.O. (zit. Anm. 4), S. 951 ff.

¹¹ FRITZ GYGI, Über die anfechtbare Verfügung, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979, S. 517ff., 521 f.

¹² Gemäß angefo Änder 1965 II 13 Vgl. et

S. 268 f praxis

bleibt doch die - praktische - Erfahrung bestehen, daß oft als Verfügung gilt, was vom Rechtsschutzanliegen her Verfügung sein soll, damit die Zuständigkeit des Gerichts nicht wegen formeller Zweifel entfallen muß. Noch bedeutsamer, mit dem Verfügungsbegriff eng verhängt, ist die Öffnung, die die schweizerische Verwaltungsjustiz im Bereich der Beschwerdebefugnis vollzogen hat. Im Gefolge der «Berner Schule» hat der Bundesgesetzgeber mit dem Verzicht auf das Erfordernis der «Verletzung in subjektiven Rechten» des Beschwerdeführers ein wichtiges Zeichen gesetzt und für die Kantone Schrittmacherdienste geleistet 12. Heute darf die Praxis als vorherrschend angesehen werden, trotz unterschiedlicher Gesetzestexte als Prozeßvoraussetzung vom Beschwerdeführer nur eine faktische Betroffenheit und eine besonders nahe Beziehung zur Streitsache zu verlangen 13. Ob eine Partei in eigentlichen Rechten beeinträchtigt worden sei, ja ob überhaupt «Rechte» begründet wurden und damit hätten tangiert werden können, wird vom Bundesgericht und vielen kantonalen Verwaltungsgerichten bei der Eintretensfrage nicht mehr geprüft. Es kommt einzig und allein auf ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an, das die Popularbeschwerde ausschließen soll.

Schließlich spielt sich ein für den Alltag der Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheidender Ausweitungsprozeß im Bereich der Abgrenzung von «Recht» und «Ermessen» ab. Daß Verwaltungsgerichte in aller Regel das administrative Ermessen nicht überprüfen dürfen, sondern auf die «reine» Rechtskontrolle beschränkt sind, gehört zu den «standards» der schweizerischen Verwaltungsjustiz. Doch so plausibel und eindeutig diese Topoi erscheinen mögen, so unbestimmt und problembefrachtet erweisen sie sich in der Handhabung und in der dogmatischen Erfassung. Die Entwicklung verläuft in einer doppelten Richtung: Einerseits wird der Ermessensbegriff von der Rechtsfolgeseite der Norm auch auf andere unbestimmte Regelungstatbestände ausgedehnt, worauf noch zurückzukommen ist; andererseits findet eine zunehmende Anbindung und Durchwirkung des Ermessens mit rechtlichen Erwägungen und Kriterien statt, die eine beträchtliche Ausweitung der richterlichen Überprüfungsbefugnis mit sich gebracht haben 14. «Rechtsfehler» bei der Ermessenshandhabung sind nicht nur – wie die klassische Formulierung lautet – Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch, sondern jede Verletzung von Verfassungsprinzipien und allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Insbesondere die vielschichtige und

hne

iese

der

om-

val-

rm, ich-

llig

fah-

von 1gs-

der

zige och

und hen

mer

nin-

hen

eise

len,

lich

hier

icht der

eits

nnt

des

den die

, so

ntag

¹² Gemäß Art. 103 lit. 2 OG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ermächtigt, «wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat». Vgl. hiezu Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979, S. 110 ff.; BBI 1965 II, S. 1318 ff.

¹³ Vgl. etwa die ausgezeichneten Erwägungen des aargauischen Verwaltungsgerichts, ZBl 81, 1980, S. 268 ff., wo sich auch ein Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Legitimationspraxis in anderen Kantonen findet.

¹⁴ Gygi, a. a. O. (zit. Anm. 12), S. 218 ff.

schöpferische Entwicklung von Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot (Art. 4BV) sowie des Verhältnismäßigkeitsprinzips, ja des Fairneßprinzips schlechthin, haben zu einer «Verrechtlichung der Ermessensausübung» (Fritz Gygi) geführt und damit auch zu einer empfindlichen Einengung des von der Exekutivgewalt abschließend zu verantwortenden, «rein» zweckmäßigen Verwaltungshandelns.

3. Auf einen vereinfachten Nenner gebracht, könnte die aktuelle Situation der schweizerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit folgenden Stichworten umschrieben werden: auf der Seite der Rechtspflegegesetzgebung ein recht großes Beharrungsvermögen, allerdings gepaart mit dem Willen, die Rückstände auf kantonaler Ebene langsam aufzuholen; auf der Seite der richterlichen Spruchpraxis eine moderierte Bereitschaft zur Öffnung in formellen Fragen und eine zwischen Bändigung des Ermessens und Ausdehnung administrativer Gestaltungsbefugnisse bei unbestimmten Tatbestandselementen schwankende Rechtsprechung.

III. Zum Dreiecksverhältnis zwischen Recht, Verwaltung und Verwaltungsjustiz

1. Mit der skizzen- und lückenhaften Auflistung von Phänomenen können zwar Zeichen des Beharrungsvermögens und des stillen Wandels im Bereiche der Administrativjustiz aufgewiesen werden. Indessen bleibt die beschreibende Darstellung an der Oberfläche der Erscheinungen haften, wenn der Blick nicht auf die Grundproblematik der Verwaltungsgerichtsbarkeit schlechthin geweitet wird: auf das Verhältnis von Rechtsprechung und Recht, von Richter und Gesetz, oder von Kontrolle und Kontrollmaßstab. Welchem «Recht» steht eigentlich die Verwaltungsjustiz heute gegenüber? Funktion und Erfolg der Gerichtsbarkeit im Verwaltungsbereich sind in ganz besonderer Intensität vom Schicksal der Rechtsordnung, vornehmlich des öffentlichen Rechts, abhängig. Der «Zustand» und die Entwicklung dieses objektiven Rechts, an welchem die Akte der Exekutive gemessen werden (müssen), bestimmt auf weite Strecken auch Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen der Verwaltungsjustiz. Es wird oft übersehen, daß Idee und Vorläufer der Verwaltungsgerichtsbarkeit sich auf ein Verwaltungsrecht ausgerichtet hatten, das mit dem Recht des modernen, hochkomplexen Sozialstaates kaum mehr zulänglich verglichen werden kann. Hans Huber hat bereits vor über 30 Jahren skeptisch signalisiert, das moderne Verwaltungsrecht sei «in seiner ganzen Atmosphäre der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit irgendwie (feindlich)» 15.

Zwei scheinbar widersprüchliche Tendenzen prägen das Bild des aktuellen Rechts, das der Verwaltungsrichter seiner Kontrolltätigkeit zugrunde legen muß:

einmal schwin

2. Die o sens, ir durch einer (o

Die durch da Resultan der Sch eindimer chenden Das Rec Normsys innen, di von Gen

An Wissens Gericht demokrin über zip (i. S

elementar Bestimmt Unterstell keit, alle Verwaltu

Rech (Hrsg

Recht S. 111 rie ur theor Hans

18 Vgl.2 zur sozial

20 BGE

¹⁵ Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen, Basel 1950, S. 19.

einmal eine zunehmende Verrechtlichung in vielen Sozialbereichen, dann aber auch eine schwindende Steuerungskraft und Maßstabsfähigkeit der anzuwendenden Rechtsnormen.

2. Die erste Erscheinung ist bekannt: Die sozialstaatliche Entwicklung des Gemeinwesens, insbesondere die Übernahme neuer oder der Ausbau bestehender Staatsaufgaben durch Bund und Kantone, haben zu einer *Vermehrung* des (geschriebenen) *Rechts*, zu einer (oft beklagten) Gesetzesflut geführt ¹⁶.

Die Zunahme des Rechtsstoffes ist vor allem Ausdruck eines wachsenden Problemlösungsbedarfes durch das Gemeinwesen, wobei der Bedarf sowohl Folge wirtschaftlicher und sozialer Prozesse als auch Resultante politischer Meinungs- und Willensbildungsprozesse darstellt. Man hat diese Erscheinung in der Schweiz zuerst mit dem Etikett des Interventionsrechts versehen, ist aber heute von dieser eindimensionalen Betrachtungsweise eher wieder abgerückt und stellt die konfliktregulierenden, ausgleichenden, freiheitssichernden wie freiheitsbegrenzenden Funktionen des Rechts in den Vordergrund ¹⁷. Das Recht hat aber offenbar auch zunehmend Aufgaben zu übernehmen, die andere, außerrechtliche Normsysteme nicht mehr zu erfüllen in der Lage sind. Verrechtlichung realisiert sich nach außen wie nach innen, durch Regelung neuer Lebenssachverhalte und Abläufe wie durch dichtere Normierung im Bereich von Generalklauseln, die auf soziale Normen und allgemeine Rechtsanschauungen Bezug nehmen ¹⁸.

An der Verrechtlichung ist jedoch nicht nur der Gesetzgeber beteiligt. Auch die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und ihr – mehr oder weniger – folgend die Gerichtspraxis haben Anteil an dieser Entwicklung. Unter rechtsstaatlicher und demokratischer Flagge werden seit langem (und mit Recht) Postulate aufgestellt, das in überholte Staats- und Rechtsverständnisse eingebundene tradierte Legalitätsprinzip (i. S. des Vorbehaltsprinzips) zum umfassenden Grundsatz für die gesamte Staatstätigkeit auszugestalten.

Die Praxis ist auf diese Linie eingeschwenkt, zuerst mit der Anerkennung, daß Eingriffe in *alle* elementaren Freiheitspositionen einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfen, die mit hinreichender Bestimmtheit ausgestattet ist ¹⁹, auch und gerade in sog. besonderen Rechtsverhältnissen. Es folgte die Unterstellung der Leistungsverwaltung unter den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit, allerdings mit der erforderlichen Zurückhaltung und Differenziertheit angesichts disparater Verwaltungsbereiche, Regelungsmöglichkeiten und Normierungsbedürfnisse ²⁰. Und es gehört zu dieser

16 Vgl. etwa Daniel Börlin/Gottlieb Andreas Keller/Christophe Zumstein, Die Normenflut als Rechtsproblem, in: Kurt Eichenberger/Walter Buser/Alexandre Métraux/Paul Trappe (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978, S. 291 ff., mit weiteren Hinweisen.

17 Vgl. vor allem Hans Huber, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts, 1970, jetzt in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, S. 11 ff., 19 f.; Ulrich Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung (1969), jetzt in: Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften, Berlin 1978, S. 545 ff.; René A. Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 427 ff., 442 f.

8 Vgl. zur Verrechtlichungsproblematik neuerdings etwa RÜDIGER VOIGT, Verrechtlichung, Analysen zur Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, Königstein/Ts. 1980, mit weiteren Hinweisen.

19 Imboden/Rhinow, a. a. O. (zit. Anm. 9), Nr. 60; BGE 104 Ia 198 f.

ar

n

ιd

te

es en uf

ch

n,

ιl-

e-

en

ß:

20 BGE 104 Ia 232 f.; 103 Ia 376 ff. Zurückbuchstabierend angesichts der «Rechtswirklichkeit»: BGE 106 Ia 249 ff. (betr. Gerichtsgebühren).

Entwicklung, daß auch die Verwaltungsverordnungen von der Praxis vermehrt unter «Rechtsaspekten» durchleuchtet werden, zumindest um den Rechtsschutz des Bürgers sicherzustellen 21. Diese gleichsam durch «Selbstauslöser» initiierten Verrechtlichungsprozesse haben nicht nur Behörden und Verwaltungen in Verunsicherung versetzt, indem sie sich über Inhalt, Dichte und Ausmaß der nun höchstrichterlich verlangten Gesetzesgrundlagen quasi im Dauerzweifel befinden, sondern sie kurbelten den Motor der Rechtssetzung in manchen Bereichen an und tragen zur Vermehrung des geschriebenen Rechtes auf der Stufe des Gesetzes bei. Hinzu kommt, daß politische und dogmatische Verrechtlichungsanstöße kumulieren, da der Normierungsdrang des Sozialstaates gerade Verwaltungsbereiche betrifft, die neu dem Legalitätserfordernis geöffnet wurden, und umgekehrt der «Totalvorbehalt» des Gesetzes u. a. auch dadurch legitimiert wird, daß der Staat im Leistungssektor der gleichen demokratischen und rechtsstaatlichen Ausrichtung und Grundlegung bedürfe wie in der Eingriffsverwaltung 22.

3. Mit der quantitativen Zunahme des Rechtsstoffs kontrastiert aber auf eigentümliche Weise eine schwindende Steuerungsfähigkeit des Rechts in vielen Bereichen, ein Phänomen, das Hans Huber als «Überanstrengung des Rechts» gedeutet hat ²³. Die moderne Gesetzgebung zeichnet sich zunehmend durch inhaltliche Offenheit und Unbestimmtheit aus, durch eine Verlagerung der Konkretisierungsaufgabe auf untergesetzlichen Erlaßstufen, ja oft sogar auf die Anwendung im Einzelfall ²⁴. Dieser «Verdünnungsprozeß» dürfte weniger auf ein prinzipiell vermeidbares Versagen des Gesetzgebers ²⁵ als auf die oft unreflektierte Verwendung (tradierter) rechtlicher Instrumentarien zur Initiierung, Steuerung und Korrektur gesellschaftlicher Zustände und Abläufe zurückzuführen sein. Erst langsam dringt die Mahnung vor der Überforderung des Rechts ins Bewußtsein einer weiteren Öffentlichkeit, wird die beschränkte Leistungsfähigkeit von Rechtsnormen im Bereich des sozialen Wandels thematisiert.

Diese qualitative Veränderung der Rechtsgrundlagen des Verwaltungshandelns äußert sich in unterschiedlichen Ausdrucksformen, von denen beispielhaft einige zu nennen sind:

a) Im Bereich der Leistungsverwaltung ist es kaum mehr möglich, durch Rechtssätze subjektive Leistungsansprüche einzuräumen, ohne gleichzeitig die Anspruchsvoraussetzungen in eine mehr oder weniger hohe Unbestimmtheit zu versetzen. Was mit der einen Hand allenfalls noch dargeboten wird (Einräumung eines «subjektiven Rechts»), wird mit der anderen wieder weggenommen, weil die materiellen Voraussetzungen erst durch (administrative oder richterliche) Konkretisierung inhaltlich näher bestimmt werden können.

21 BGE 104 Ia 150, 351 ff.

Vgl. dazu grundlegend: Georg Müller, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979, S. 57 ff.

3 HANS HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, 1953, abgedruckt in: Rechtstheorie, a.a.O. (zit. Anm. 17), S. 27 ff., 47 ff.

In der gesetzlichen Verwendung von offenen und unbestimmten Normbestandteilen liegt oft eine Delegation von Entscheidungskompetenzen an die Exekutive, und nicht oder nur beschränkt auch an die Judikative; vgl. René A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel/Stuttgart 1979, S. 49 ff.

25 Wie etwa Papier, a. a. O. (zit. Anm. 6), S. 31, meint.

b) Eine in der Verw zwar zu bes unter Grund auf G

c) Es sir Entwi Mitve läßt si Verwe und U außerr die rie Veran

Daß ihrer re bleiben, Vermeh bar auf c als zwar chung is Ausmaß lisierung Gesetzes setzungs und des Regelun

4. Schlie «früherer zweierlei ken, also Interesse Zwecke relevante

26 Vgl. da 27 So die ekten»
ichsam
tungen
terlich
or der
tuf der
nstöße
u dem

liche änolerne nmtchen ngsers ²⁵ n zur äufe

staatli-

ngsch in

wird

il die

ltlich

der heo-

h an ersugart b) Eine andere Erscheinung besteht im *Planungscharakter* des Rechts: die Verwendung von Rechtssätzen in der Form von Zweckprogrammen anstelle der «klassischen» Konditionalprogramme versetzt die Verwaltung in eine besonders ausgeprägte Verantwortung zur Zweckerfüllung. Die Exekutive wird zwar mit Anweisungen über zu erreichende Ziele, mit Grundsätzen, die bei der näheren Ausführung zu beachten sind, mit Verfahrensvorschriften auf das Gesetz verpflichtet. Sie ist und bleibt dem Gesetz unterworfen, aber in eher loser Form, weil angesichts konfligierender Ziele, Wertungen und Grundsätze, aber auch infolge politischer Scheinkompromisse mit wenig «Komplexitätsreduktion» auf Gesetzesebene maßgebliche und relevante Entscheidungen erst in der nachgesetzlichen Konkretisierung getroffen werden ²⁶.

c) Es sind in diesem Zusammenhang auch die unzulänglichen Versuche anzuführen, die gewaltigen Entwicklungen der Technik mit dem Mittel des Rechts «in den Griff» zu bekommen. Die staatliche Mitverantwortung für die Sicherheit der Bevölkerung beim Betrieb technologischer Großanlagen läßt sich schwer in «vollzugsreife» Formeln der Gesetzessprache kleiden. Der Rückgriff auf offene Verweisungen, wie etwa auf den «Stand von Wissenschaft und Technik» oder den «Schutz von Mensch und Umwelt» erscheint unausweichlich. Auch hier obliegt es dem Rechtsanwender, aufgrund eines außerrechtlichen, in sich nie konsistenten und dem steten Wandel unterworfenen Erkenntnisstandes die richtigen Festlegungen «zur Zeit» vorzunehmen. Ihm ist somit vom Gesetzgeber etwa die Verantwortung für die Formulierung von Sicherheitserfordernissen überbunden worden.

Daß neben diesen Erscheinungen auch die «klassischen» Eingriffsbereiche mit ihrer relativ hohen Durchnormierung (wie etwa das Steuerrecht) von Relevanz bleiben, soll nicht verschwiegen werden. Aber in der Tendenz steht der quantitativen Vermehrung eine qualitative Verminderung des Rechts gegenüber. Was nun scheinbar auf den ersten Blick als Widerspruch erscheint, erweist sich bei näherem Zusehen als zwangsläufige Konsequenz der eingetretenen Rechtsentwicklung. Verrechtlichung ist nur einerseits ein Prozeß der «Vergesetzlichung»; sie ist in zunehmendem Ausmaß auch und vor allem ein Voranschreiten der «Bürokratisierung» und «Justizialisierung» ²⁷. Der Rechtsstoff nimmt unweigerlich zu, einmal auf der Stufe des Gesetzes, aber angesichts der beschriebenen «Verdünnung» auch auf anderen Rechtssetzungsebenen: in der Form der Verwaltungserlasse, der Verwaltungs(rechts)praxis und des Richterrechts. Der Verlust der Direktionsfähigkeit des Gesetzes steigert den Regelungsbedarf durch Administrative und Judikative.

4. Schließlich ist auf eine weitere Erscheinung hinzuweisen. Das Verwaltungsrecht «früherer Zeiten» wurde, wenn auch etwas gekünstelt, unter Rechtsschutzaspekten in zweierlei Normen aufgegliedert: einmal in solche, die den Schutz des Bürgers bezwekken, also die Rechtsstellung des Verwaltungsadressaten berühren sollen und dessen Interessen zu dienen bestimmt sind; dann aber auch in andere, die «bloß» öffentliche Zwecke verfolgen, Interessen der Allgemeinheit betreffen und deshalb keinen relevanten Bezug zum Individuum aufweisen. Nur die erste Kategorie vermittelte

²⁶ Vgl. dazu insbes. Müller, a. a. O. (zit. Anm. 22), S. 78 ff., 86 ff.

²⁷ So die Terminologie bei Voigr, a. a. O. (zit. Anm. 18).

dem Bürger einen «Anspruch» auf Rechtsschutz, während die zweite von ihm regelmäßig nicht angerufen werden konnte, da sie nicht «zu seinen Gunsten» aufgestellt worden sei. Abgesehen davon, daß dieser Theorie mit dem Verzicht auf das Requisit der «Verletzung rechtlich geschützter Interessen» als Beschwerdevoraussetzung der Boden entzogen worden ist, entspricht das moderne Verwaltungsrecht dieser Zweiteilung in keiner Weise. Öffentliche und private Interessen sind weit ineinander verzahnt, lassen sich nicht einfach entgegensetzen oder gar gegeneinander ausspielen. Die Wahrung privater Interessen ist gerade auch (vordringliches) öffentliches Interesse, und das Allgemeinwohl bildet sich nicht zuletzt im Widerstreit privater Interessenverfolgung heraus. Wo öffentliches und privates Interesse einander gegenüberstehen, erscheint das öffentliche Interesse oft auch als Inbegriff gebündelter anderer privater Interessen, etwa im Polizeiwesen, im Umweltschutzbereich, in der Raumplanung, im Energiesektor. Das Recht trifft den Bürger in unterschiedlicher Weise: bald als Belastung, bald als Begünstigung, dann aber auch wieder abwartendneutral, ohne daß die nämliche Rechtsnorm in «Auswirkungsbestandteile» zerlegt werden könnte. Die Vorstellung ist deshalb endgültig zu verabschieden, es lasse sich aus dem Kuchen des Verwaltungsrechts ein Stück herausschneiden, das zugunsten Privater gebacken worden sei, während der Rest ausschließlich öffentliche Zwecke anspreche, welcher die Privaten «unberührt» lasse 28.

5. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum mit der sozialstaatlichen Entwicklung eine zunehmende Gewichtsverlagerung von der Legislative auf die Exekutive einhergeht. Es wird aber auch offenbar, daß die Tendenz wachsender Verwaltungsverantwortung den über die Verwaltung wachenden Richter vor neue Herausforderungen stellt. Er soll ja berufen sein, die Verwaltungsaktivitäten auf Rechtmäßigkeit hin zu kontrollieren. Er soll die Fehlerhaftigkeit oder Rechtskonformität des angefochtenen Aktes feststellen und allenfalls Korrekturen vornehmen oder in die Wege leiten. Er muß - bei gegebener Sachzuständigkeit - einen Entscheid treffen, ohne Rücksicht auf die Art und Dichte der Vorbestimmtheit des Verwaltungshandelns durch das Gesetz. Abgesehen von den Fällen klassischer Eingriffstatbestände in Grundrechtspositionen, wo mangelnde Tatbestandsbestimmtheit zu einer Kassation des Verwaltungsaktes führen kann, steht der Verwaltungsrichter bei weitmaschiger Verwaltungsbindung regelmäßig vor der heiklen Frage, in welchem Umfang er Nachprüfungen aufgrund eigener Wertungen und Abwägungen vornehmen darf oder muß. Diese Problematik erschöpft sich nicht, wie die traditionelle Methodenlehre annimmt, in Fragen der Auslegung und Rechtsfortbildung oder in einer liche Verw zen zu erfülle darin, Verw ausge

Versuc an die richtige Andere die Tat auf eine akt nur von Vo grunds; differer Überpr zulängl

IV.L

1. Das

gerich justiz vorder Recht, Admir Jahrze bedürt Dabei vorans gerich beharr Auslös

Ann

²⁸ So schon in aller Deutlichkeit die bundesrätliche Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund (BBI 1965 II, S. 1318).

²⁹ Vgl

einer abstrakt thematisierten «Ermessenslehre». Vielmehr stehen funktionellrechtliche Kriterien zulässiger Normkonkretisierung im Vordergrund²⁹; Richter und Verwaltung haben aufgrund der Verfassungsordnung nicht die gleichen Kompetenzen zugewiesen erhalten, sondern je spezifische Aufgaben in besonderen Verfahren zu erfüllen. Die Hauptschwierigkeit der modernen Administrativjustiz besteht nun darin, diese Arbeitsteilung auf der Basis eines in Kern und Struktur veränderten Verwaltungsrechts vornehmen zu müssen, auf das sie im Grunde genommen nicht ausgerichtet ist.

Die geringe Steuerungskraft vieler Verwaltungserlasse führt den Verwaltungsrichter einerseits in Versuchung, unter Ausschöpfung einer fortschreitenden Ermessensverrechtlichung und in Anlehnung an die Theorie voller Überprüfbarkeit auch sog. unbestimmter Tatbestandselemente, nach der «einzig richtigen» Konkretisierung 30 zu suchen und seine Wertung derjenigen der Verwaltung vorzuordnen. Andererseits ist er aber auch wieder geneigt, den nicht überprüfbaren Ermessensanteil der Verwaltung auf die Tatbestandsseite auszudehnen und sich im Gefilde starker «Politikanfälligkeit» der Gesetzesausführung auf eine Art Vertretbarkeits-, ja Willkürkontrolle zurückzuziehen und einen angefochtenen Verwaltungsakt nur aufzuheben, wenn er schlechterdings nicht haltbar erscheint. Dieses Pendeln zwischen Usurpation von Verwaltungsbefugnissen und Rückzug auf eine bloße Willkürkontrolle ist nicht Ausfluß eines grundsatzlosen Opportunismus, sondern Ausdruck eines praktischen Bemühens um die richtige, differenzierende, die Exekutive weder drangsalierende noch aus dem Recht entlassende Ausübung der Überprüfungspflicht. Es ist aber gleichzeitig auch untrügliches Zeichen des theoretisch noch nicht zulänglich verarbeiteten Dreiecksverhältnisses zwischen Recht, Verwaltung und Verwaltungsjustiz.

IV. Die Aufgabe des Verwaltungsrichters im sozialen und demokratischen Rechtsstaat

1. Das mit grobem Pinsel gemalte Bild über Lage und Problematik der Verwaltungsgerichtsbarkeit soll die Notwendigkeit belegen, Rolle und Funktion der Verwaltungsjustiz im Sozialstaat immer wieder neu zu überdenken, das Augenmerk nicht nur auf vordergründige Streitfragen, sondern auch auf tiefgreifende Wandlungsprozesse von Recht, Verwaltung und Verwaltungsjustiz zu richten. Ein weiterer Ausbau der Administrativjustiz hat sich nicht an Verwaltung und Verwaltungsrecht vergangener Jahrzehnte zu orientieren, sondern sich an der Lage des Rechts und der Rechtsschutzbedürfnisse des Sozialstaates Schweiz im ausgehenden 20. Jahrhundert auszurichten. Dabei dürften für die Weiterentwicklung der Verwaltungsjustiz zwei Grundanliegen voranstehen, denen sich je konkrete Postulate zuordnen lassen: Einmal ist die gerichtliche Kontrolle von administrativer Rechtssetzung und Rechtsanwendung beharrlich weiter auszuhauen; die vielfältigen Einengungen auf tradierte Formen und Auslösungsmechanismen sind schrittweise zu lockern. Zum andern müssen die

²⁹ Vgl. etwa Rhinow, a. a. O. (zit. Anm. 24), S. 176 ff., 184 ff.

³⁰ Zur Unhaltbarkeit der Theorie der «einzig richtigen Entscheidung» vgl. Rhinow, a. a. O. (zit. Anm. 24), S. 20, 59 ff.

kompetenziell- und funktionellrechtlich begründeten Entscheidungsprärogativen der Verwaltung volle Beachtung finden; die Weiterentwicklung darf nicht zu einer verfassungswidrigen Verantwortungsverlagerung auf die Gerichte führen und damit dem Schlagwort von der «Entfesselung der dritten Gewalt» in die Hände spielen.

2. Zum ersten Anliegen: Die postulierte Ausweitung der Kontrollaufgabe basiert auf mehreren Überlegungen. Vorausgesetzt wird einmal, daß es im Rechtsstaat keine «Reservate staatlicher Willkür» geben kann und darf: alles Verwaltungshandeln ist, wenn u. U. auch nur locker, (verfassungs-)rechtlich eingebunden 31. Daß die Abstützung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der – ohnehin umstrittenen – Figur des subjektiven Rechts nicht (mehr) trägt und dem modernen Verwaltungsrecht «Normschutztheorien» fremd sind, ist bereits hervorgehoben worden. Letztlich wird ja auch das «subjektive Element» nur mehr mit der Verhinderung der Popularbeschwerde gerechtfertigt. Zusätzlich ist auf das wachsende Bedürfnis nach richterlicher Überprüfung des Verwaltungshandelns im sozialen Rechtsstaat hinzuweisen. Offenbar ist der moderne Staat mit seiner «Verwaltungsmacht» und anonymisierten Verwaltungsorganisation in besonderem Ausmaß auf justizielle Kontrollvorgänge angewiesen, nicht anstelle von anderen Überwachungsprozeduren, wie sie etwa durch das Parlament oder die Medien wahrgenommen werden 32, sondern in spezifischer Ergänzung zu diesen mehr politisch motivierten Kontrollmechanismen. Mit zu dieser Entwicklung beigetragen haben zweifellos verschiedene Faktoren, so etwa ein feststellbarer Vertrauensschwund in die selbstlose, fachkundige und unvoreingenommene Aufgabenerfüllung durch Regierung und Verwaltung, der wiederum nur vor dem Hintergrund der Verantwortungsfülle und Gestaltungsfreiheit der Exekutive erklärbar wird. Die Verwaltungsjustiz wächst immer mehr in die Funktion der Verwaltungskontrolle hinein und nimmt damit Teil an allen vier Begründungen, mit welchen nach Kurt Eichenberger Kontrolle in der Demokratie eingerichtet wird: der Machthemmung, der Realisation von Verantwortlichkeiten, der Integrationswirkung und der Vorsorge für das richtige Staatshandeln 33.

Die Anerkennung dieser Wächterrolle wirft verschiedene Fragen auf. Ein erster Fragenkomplex betrifft die sogenannten *Prozestvoraussetzungen*: Sind diese nicht im Interesse einer durchgängigen, über Zufälligkeiten und historische Verkettungen

der just Rechtsfo gen 34), I handeln auch bei sprung» Sinne zu tungsfül Daß mit tiver Ar

hinwegs

Nur Ebene) der Sch Verwalt personel aufzuste kenden» Organe, staates z

 Nun richtsbar geredet. Verwalt

³¹ So mit Recht Georg Müller, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozeß und Gefüge, a. a. O. (zit. Anm. 17), S. 109 ff.

³² Vgl. zur Kontrollproblematik generell Kurt Eichenberger, Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in: Andreas Kohl (Hrsg.), Recht und Kontrolle, Wien 1978, S. 19–33, jetzt auch in: Der Staat der Gegenwart, a.a. O. (zit. Anm. 1), S. 127 ff.

EICHENBERGER, a.a.O. (zit. Anm. 32) (Der Staat der Gegenwart, a.a.O. [zit. Anm. 1], S. 132 f.). Damit knüpft die Diskussion wieder an das alte preußische System an, das in der Verwirklichung der objektiven Rechtsordnung die eigentliche Rechtfertigung der Verwaltungsjustiz erblickte (vgl. etwa Otto Mayer, Verwaltungsrecht [3. Aufl., 1924], Bd. I, S. 132 ff.).

Verwa gung gen w

³⁵ Die E weitge Verwa muß (

³⁶ Die A doch e mühsa von K abgese immer in die

³⁷ Das B Rechts

hinwegschreitenden Kontrolle zu öffnen? Sind nicht alle Rechtsakte der Verwaltung der justizförmigen Überprüfung zu unterstellen, ungeachtet der Bereiche und Rechtsformen des Verwaltungshandelns, womit etwa auch Rechtssätze (Verordnungen ³⁴), Pläne, Verträge, organisatorische Verwaltungsakte, zivilrechtliches Verwaltungshandeln überprüft werden könnten? Warum sollen Verfahrensfehler nicht generell, auch bei fehlender Sachzuständigkeit, überprüft werden können ³⁵? Wäre der «Mutsprung» zu gewagt, die immer wieder unkritisch abgelehnte Popularbeschwerde in dem Sinne zu anerkennen daß das Interesse des Bürgers an einer rechtmäßigen Verwaltungsführung in «seinem» Gemeinwesen generell als schutzwürdig zu gelten hätte ³⁶? Daß mit derartigen Ausweitungen Probleme rechtsdogmatischer und rechtskonstruktiver Art verbunden sind, ist nicht zu bestreiten; sie sind bei gutem Willen aber lösbar.

Nun mag es frivol anmuten, angesichts der (zumindest auf höchstrichterlicher Ebene) chronischen Überlastung der Verwaltungsjustiz einer zusätzlichen «Öffnung der Schleusen» das Wort zu reden. Indessen hat sich die Weiterentwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht starr an den bestehenden organisatorischen und personellen Kapazitätsengpässen auszurichten. Vielmehr ist eine doppelte Forderung aufzustellen: an die Wissenschaft, Realisationsweisen und Modelle einer «flächendekkenden» Administrativjustiz zu entwickeln, und an die politisch verantwortlichen Organe, den Reformweg auch effektiv zu beschreiten und die «Kosten» des Rechtsstaates zu tragen ³⁷.

3. Nun wird mit dem Postulat nach größerer Breitenwirkung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zugleich einer pauschal vermehrten Tiefenwirkung das Wort geredet. Im Gegenteil! Ob der – im Grundsatz richtigen – Verrechtlichung des Verwaltungsermessens droht zuweilen die primäre Verantwortung der Exekutivge-

Es ist von verschiedenen, hier nicht näher zu untersuchenden Umständen abhängig, ob die Verwaltung über den Erlaß von Verordnungen oder über eine grundsatzgebundene Ermessensbetätigung im Einzelfall «regelbildend» Konkretisierungen vornimmt. Eine Anfechtung von Verordnungen würde sich m. E. auch zur Entlastung des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens aufdrängen.

Die Einsicht in die große Tragweite des Verfahrensrechts im Verwaltungsbereich ist heute weitgehend vorhanden. Sie ruft m. E. nach einer eigenständigen Überprüfungsmöglichkeit durch Verwaltungsgerichte, ohne daß zwingend auch die Zuständigkeit in der Sache selbst gegeben sein muß (z. B. bei Planungsverfahren).

Die Ausweitungen nach aktuellem Legitimationsstand gehen zweifellos bereits in diese Richtung, doch erweisen sich die Abgrenzungsversuche aufgrund der «Nähe» zum Streitgegenstand eher als mühsam und wenig befriedigend (vgl. etwa die Praxis des Bundesrates zur Frage, in welchem Radius von Kernkraftwerken Einwohner noch als berührt anzusehen sind: VPB 44, 1980, Nr. 89) – ganz abgeschen davon, daß bei Massenverfahren alle Abgrenzungsfragen illusorisch werden und in praxifimmer ein «Berührter» gefunden werden kann. Auch die Einführung von Verbandsbeschwerden zielt in die Richtung der Popularbeschwerde.

Das Bundesgericht hat die (verfassungsrechtliche) Verpflichtung zur gehörigen Dotierung der Rechtspflege erst kürzlich mit aller Deutlichkeit hervorgehoben: BGE 107 Ib 165.

walt zur Konkretisierung abstrakter Rechtsgrundlagen im Bereich des öffentlichen Rechts verdunkelt zu werden. Der Richter hat aber die Entscheidungsprärogative (nicht: das Entscheidungsmonopol!) der Verwaltung als verfassungsrechtliches Gebot zu respektieren ³⁸. Nicht ihm, sondern den von Verfassung und Gesetz eingesetzten «Vollzugsorganen» obliegt es in erster Linie, das vorgegebene Recht «anzuwenden», sei es durch Regelbildung auf verschiedenen Stufen oder durch Anordnung im Einzelfall, sei es durch Programmentwicklung oder durch Programmerfüllung. Sie haben im Rahmen der gesetzlichen Aufträge und Zielvorgaben Unterziele zu bestimmen, Mittel zur Zielverfolgung auszuwählen und einzusetzen, kurz: die gebotenen Wertungen in sachlicher, personeller und finanzieller Hinsicht vorzunehmen.

Der Verwaltungsrichter kommt – wenn überhaupt – erst im Nachhinein zum Zuge: er hat die von der Exekutive in der Form von Rechtsakten vorgenommenen Konkretisierungen auf das vorhin erwähnte «vorgegebene Recht» hin zu überprüfen. Er befaßt sich mit den rechtlichen Schranken, die der Verwaltung auferlegt sind, nicht aber mit der Ausfüllung des administrativen Handlungsspielraums. Seine Aufgabe ist es, Rechtsakte der Verwaltung am vorgelagerten Rechtsganzen zu messen: namentlich an Verfassung und Gesetz, aber über das Scharnier von Verfassungs- und Rechtsgrundsätzen auch an Rechtsakten und Praxis der Verwaltung selbst.

Die Hauptschwierigkeit besteht nun, wie vorne bereits ausgeführt wurde, zweifellos darin, die Schranken dieses administrativen Handlungs- und Wertungsspielraumes zu bestimmen. Wegleitend müssen aber Argumente und Kriterien der Kompetenz- und Funktionenzuteilung sowie der beschränkten Prognose- und Folgenberücksichtigungskapazität der Justiz sein. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit teilt in dieser Beziehung das Schicksal der Verfassungsgerichtsbarkeit, die auf einer höheren Stufe die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu wahren hat und den politischen Willensbildungsprozeß unterhalb und innerhalb der Verfassung nicht richterrechtlich abwürgen darf. Dieses administrative Feld der Entscheidungsprärogative kann mit «Ermessen» (als Inbegriff des richterlich nicht Korrigierbaren) gekennzeichnet werden, wobei aber, dies ist nochmals hervorzuheben, dieses Ermessen auch die Tatbestandsseite der Normen (sog. unbestimmte Begriffe und Generalklauseln) umfaßt. «Recht» erscheint dann in dieser, «prozeßualen» Terminologie als Inbegriff der der Verwaltung vorgegebenen Normenordnung, die alleiniger, aber durchgehender Kontrollmaßstab für die Verwaltungsjustiz darstellt.

Der Appell zur Respektierung der verfassungsrechtlichen Funktionenzuordnung darf allerdings nicht im Sinne eines generellen «Zurückhaltungsgebotes» für den Verwaltungsrichter oder gar eines durchgängigen Rückzuges auf eine Willkürkontrolle mißverstanden werden. Die Kognition des Richters ist etwa bei Grundrechtsverletzungen keineswegs beschränkt; ebenso wird er in gesetzlich durchnormierten Bereichen, die der Verwaltung wenig Anwendungsspielräume offen lassen (wie z. B. oft im Steuerrecht), auch wenig «Eigenleben» der Exekutive zu schützen haben. Für

die Ver Konra jeweilig und -ge

4. Sind tungsv ders gr überhai Genera erforde che Üb chende den Ric den, die sätze, b in der soll, nu Willkür justiz ha antwor den Har nicht m Verfahr keit imi höhlen

kann.

³⁸ RHINOW, a.a.O. (zit. Anm. 24), S. 178 ff., 185. Im gleichen Sinne auch Pierre Moor, Le juge administratif et l'application de la loi, in: Recht als Prozeß und Gefüge, a.a.O. (zit. Anm. 17), S. 667 ff.

³⁹ Koni Gefü

⁴⁰ Der F gerich gehar nur «) zuwei Rahm kürlic

⁴¹ Daß o versch indess

die Verwaltungsgerichtsbarkeit erhebt sich die gleiche Forderung, wie sie kürzlich Konrad Hesse für die Verfassungsgerichtsbarkeit aufgestellt hat, nämlich «für die jeweiligen Problem- und Fallgruppen funktionsgerecht abgestufte Kontrollmaßstäbe und -gesichtspunkte zu entwickeln» ³⁹.

en

ve

ies etz

ht

ch

m-

en

en, eht

ım

en

en. eht

ist

ch

nd

die

nd

ten in

tal-

nd

ieich-

der

ser die

ng

n-

ts-

en

В.

ür

ff.

4. Sind in einem bestimmten Sachbereich die Schranken des administrativen Wertungsvorrangs nur weitmaschig aufgerichtet, ist also das Feld des Ermessens besonders groß, so stellt sich de lege ferenda die bedeutsame Frage, ob denn nicht besser überhaupt auf eine justizmäßige Kontrolle zu verzichten sei. Die Furcht vor der Generalklausel wird regelmäßig mit dieser Erwägung begründet; es fehle hier an der erforderlichen «Justiziabilität». Das Dilemma ist offenkundig: Wird keine gerichtliche Überprüfung eingerichtet, so unterbleiben «nutzlose» Verfahren und entsprechende Frustrationen, die eben aus der beschränkten Überprüfungsmöglichkeit durch den Richter resultieren können 40. Es werden aber damit auch Beschwerden unterbunden, die just die Schranken des Ermessens, etwa in Form allgemeiner Rechtsgrundsätze, betreffen und die deshalb die richterliche Kontrolle wohl verdient hätten. Es ist in der Tat nicht recht einzusehen, warum der Richter gänzlich ausgeschaltet bleiben soll, nur weil er in seiner Nachprüfung beschränkt ist, eventuell sogar auf eine bloße Willkürkontrolle. Das Postulat nach möglichst 41 «flächendeckender» Administrativjustiz hat Vorrang und bleibt bestehen, es muß hingegen in einer die Verwaltungsverantwortung respektierenden, in unterschiedlichen Kontrolldichten sich aktualisierenden Handhabung der gerichtlichen Überprüfungen seine Ergänzung finden. Und, was nicht minder wichtig erscheint, es bedarf einer Abstützung auf eine Institutionen- und Verfahrensordnung, welche die Verwaltungsverantwortung nicht durch die Möglichkeit immer neuer Anfechtungsprozesse und schleppender Prozeßerledigungen aushöhlen und damit rechtzeitiges Staatshandeln wie private Rechtspositionen vereiteln kann.

39 Konrad Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Recht als Prozeß und Gefüge, a. a. O. (zit. Anm. 17), S. 261 ff., 266 f.

40 Der Bürger gelangt zuweilen mit einer zivilprozeßual vorgespurten Vorstellung an das Verwaltungsgericht. Er erwartet, daß der Verwaltungsrichter darüber befindet, ob die Verwaltung «richtig» gehandelt hat. Gerade diese Richtigkeitskontrolle kann das Gericht jedoch oft nicht leisten, sondern nur «Haltbarkeit» im Rahmen von Recht und Gesetz bescheinigen oder verneinen, was für den Bürger zuweilen ebenso schwer verständlich erscheint wie die Differenzierungen des Bundesgerichts im Rahmen der Willkürpraxis, wenn es zwischen «bloß falscher» und «geradezu unhaltbarer» (d. h. willkürlicher) Rechtsanwendung unterscheidet.

41 Daß es – im Bund – wenige Sachbereiche geben mag, die sich einer gerichtlichen Rechtskontrolle verschließen, soll damit nicht in Abrede gestellt werden. Der heute geltende Ausnahmekatalog geht indessen weit darüber hinaus.

Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel? Die vordergründige Stille um die Administrativjustiz darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich ein behutsamer Wandel in der täglichen Gerichtspraxis vollzieht. Aber vor allem ist der Gesetzgeber aufgerufen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Rechtsschutz- und Kontrollerfordernisse des modernen Sozialstaates auszurichten und damit einen Beitrag zur zeitgemäßen Weiterentwicklung der Verwaltungsrechtspflege zu leisten. Denn: «In der Justiz von heute und morgen wird sich in allererster Linie bewähren, ob Recht und moderner Staat auf den Menschen in seiner Freiheit und in seiner Würde zugeschnitten bleiben können» (Kurt Eichenberger 42).

 V_{orw}

K_{URT} De

Josef Di∉ Zur

Alois Mil

HANS Speyer Plu

> Dietr We inte

Günte Zur

Paul T Mac

Hans I

Der Joseph

Lausanne Le p

Con Luzius

Ents

Reinho Mac

Von der Justiz im modernen Staat, a.a.O. (zit. Anm. 3) (Der Staat der Gegenwart, a.a.O. [zit. Anm. 1], S. 559).

Inhaltsverzeichnis

Admini-

andel in gerufen, nisse des emäßen stiz von oderner bleiben

a.O. [zit.

Vorwort	j 11
Kurt Furgler Dr. iur., Bundesrat, Vorsteher des EJPD Der Dienst am Staat als nobile officium	15
I. Grundfragen moderner Staatlichkeit	
Josef Isensee Dr. iur., Professor an der Universität Bonn Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates . Zur Legitimationskrise des modernen Staates	23
ALOIS RIKLIN Dr. iur., Professor an der Hochschule St. Gallen Milizdemokratie	41
HANS RYFFEL Dr. phil., em. Professor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer Pluralismus und Staat	59
DIETRICH SCHINDLER Dr. iur., Professor an der Universität Zürich Wechselwirkungen zwischen der inneren Struktur der Staaten und der internationalen Ordnung	71
GÜNTER STRATENWERTH Dr. iur., Professor an der Universität Basel Zum Prinzip des Sozialstaats	81
Paul Trappe Dr. phil., Professor an der Universität Basel Macht und Recht	
HANS PETER TSCHUDI Dr. iur., a. Bundesrat, Professor an der Universität Basel Der Sozialstaat im gesellschaftlichen Wandel	93
JOSEPH VOYAME Directeur de l'Office fédéral de la justice, Professeur à l'Université de Lausanne	107
Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons	I 2 I
Luzius Wildhaber Dr. iur., Professor an der Universität Basel Entstehung und Aktualität der Souveränität	
REINHOLD ZIPPELIUS Dr. iur., Professor an der Universität Erlangen Machtkontrolle durch strukturelle Vielfalt und Funktionenteilung	

II. Grundrechte und Verfassung

Ern Freib

JEAN-FRANÇOIS AUBERT Driur., Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur	161
JÖRG PAUL MÜLLER Dr. iur., Professor an der Universität Bern Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidstrukturen Eine Skizze	169
FRITZ OSSENBÜHL Dr. iur., Professor an der Universität Bonn Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht	183
KLAUS STERN Dr. iur., Professor an der Universität Köln Die Verbindung von Verfassungsidee und Grundrechtsidee zur modernen Verfassung	197
III. Staat und Wirtschaft	
VERENA BÜCHLER-TSCHUDIN Dr. iur., Rechtsanwältin Rechtsprobleme bei der Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln und Fleisch	2 I I
RENÉ L. FREY Dr. rer. pol., Professor an der Universität Basel Gerechtigkeit, soziale Grundrechte und Ökonomie	
FRITZ GYGI Dr. iur., Professor an der Universität Bern Zum Polizeibegriff	235
WILHELM HILL Dr. oec., Professor an der Universität Basel Marketing im öffentlichen Sektor	249
GERHARD SCHMID Dr. iur., Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Sandoz AG, Privatdozent an der Universität Basel Bemerkungen zum Verhältnis von Leistungsstaat und Wirtschaft	263
LEO SCHÜRMANN Dr. iur., Dr. rer. publ. h.c., Generaldirektor der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft, Professor an der Universität Freiburg i. Ue. Staat und Wirtschaft im Lichte der neueren Verfassungsrevisionen.	273
Frank Vischer Dr. iur., Professor an der Universität Basel Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Eingriffe in die Lohn- vereinbarung	283

IV. Entscheidungsprozesse in der Demokratie

Ernst-Wolfgang Böckenförde Dr. iur., Dr. phil., Professor an der Universität Freiburg i. Br. Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie	30)
Etienne Grisel Driur., Professeur à l'Université de Lausanne La validité partielle des initiatives populaires	3 2 9
Hans Huber Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Bern Über den Initiativenbetrieb und über Ausführungsgesetze zu Volksinitiativen Zugleich eine Auseinandersetzung mit einer Richtung der Politikwissenschaft	341
RICCARDO L. JAGMETTI Dr. iur., Professor an der ETH Zürich Der Bürger im Entscheidungsprozeß	363
MAX KUMMER Dr. iur., Professor an der Universität Bern Allgemein gültige Führungsregeln?	375
ALEXANDRE MÉTRAUX Dr. phil., Dozent an der Universität Heidelberg Condorcets Entscheidungstheorie und das Problem der Legitimation des Mehrheitsentscheids	395
Pierre Moor D ^r iur., Professeur à l'Université de Lausanne Abstentionnisme et groupes de pression: réflexion sur la structure du pouvoir étatique	413
CHARLES-Albert Morand Driur., Professeur à l'Université de Genève La crise du droit vue à travers la participation aux décisions concrètes	423
LEONHARD NEIDHART Dr. rer. pol., Professor an der Universität Konstanz Notizen über die öffentliche Meinung im Kleinstaat	443
Peter Saladin Dr. iur., Professor an der Universität Bern Die Beteiligung der Kirchen an politischen Entscheidungsprozessen	461

2 I I

V. Rechtssetzung und Planung

Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur «Nachbesserung» von Gesetzen	481
THOMAS FLEINER-GERSTER Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg i. Ue. Wie kann man einfache und verständliche Gesetze schreiben?	493
Heinrich Koller Dr. iur., lic. oec., Mitarbeiter der Rechtsabteilung der CIBA-Geigy AG Die Finanzgewalt im System der staatlichen Funktionenordnung	507
MARTIN LENDI Dr. iur., Professor an der ETH Zürich Gesamtplanung und Sachplanungen	531
GEORG MÜLLER Dr. iur., Professor an der Universität Zürich Rechtskenntnis und Gesetzessprache	549
HANS NEF Dr. iur., em. Professor an der Universität Zürich Die Flut der Gesetze	559
ERICH ZIMMERLIN Dr. iur., Dr. h. c., a. Stadtammann und Fürsprecher Über die Raumplanung, ihr Instrumentarium und das Planungs-	
ermessen) /1
VI. Probleme der Rechtsanwendung und Rechtsfindung) /1
VI. Probleme der Rechtsanwendung und Rechtsfindung KARL AUGUST BETTERMANN Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Hamburg	593
VI. Probleme der Rechtsanwendung und Rechtsfindung KARL AUGUST BETTERMANN Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Hamburg Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle	593

Alfrei Eige (Art Mögi RENÉ A Ver Hans S Gres Walte Der (Art Christ Die Walte Der Kurt Mitt Base BLAISE De l FRIEDR Hab DETLE Zur ALEXA

Kantons I Stre

Regi RAINER Geso

Alfred Kuttler Dr. iur., Bundesrichter, Professor an der Universität Basel Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen (Art. 22 ^{ter} Abs. 3 BV)	645
RENÉ A. RHINOW Dr. iur., Professor an der Universität Basel Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel	657
Hans Schneider Dr. iur., Professor an der Universität Heidelberg Grenzüberquerungen des öffentlichen Rechts Deutschland-Schweiz	673
VII. Staatsaufgaben und Behördenorganisation	
Walter Buser Dr. iur., Bundeskanzler, Professor an der Universität Basel Der Bundesrat als oberste leitende Behörde der Eidgenossenschaft (Art. 95 BV)	683
CHRISTMUTH M. FLÜCK Dr. iur., Bibliothekar, Lektor an der Universität Basel Die Rechtsdatenbank im Staatsgefüge	
Walter Haller Dr. iur., Professor an der Universität Zürich Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen	
Kurt Jenny Dr. iur., Regierungsrat, Ehrendozent an der Universität Basel Mittelbeschaffung als öffentliche Aufgabe am Beispiel des Stadtstaates Basel	
BLAISE KNAPP D ^r iur., Professeur à l'Université de Genève De l'administration de police au service public	. ,
FRIEDRICH KOJA Dr. iur., Dr. rer. oec., Dr. h. c., Professor an der Universität Salzburg Haben die Universitäten einen «politischen Auftrag»?	
Detlef Krauss Dr. iur., Professor an der Universität Basel Zur Reform der baselstädtischen Strafprozeßordnung	
ALEXANDER RUCH Dr. iur., Chef der Rechtsabteilung des Baudepartementes des Kantons Basel-Stadt Streiflichter auf das Verhältnis zwischen Großem Rat und Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt	
RAINER J. SCHWEIZER Dr. iur., Wissenschaftlicher Adjunkt des Bundesamtes für Justiz Gesetzgebungsprobleme des Datenschutzes in den Kantonen	